

COMPENDIO dei
**CONTRATTI
PUBBLICI**

dopo il **NUOVO CODICE**
(D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36)

a cura di
Roberto **GAROFOLI**

Adele **BERTI SUMAN**

Valerio **BELLO**

Pietro **DE BERARDINIS**

Loretta **PALAZZOLO**

I Edizione
2023


Neldiritto
Editore

CAPITOLO IV

L'ambito soggettivo di applicazione del Codice

SOMMARIO:

1. Premessa. La nozione europea “a geometrie variabili” della pubblica amministrazione. – 2. L'organismo di diritto pubblico. – 2.1. L'influenza pubblica dominante. – 2.2. Il requisito teleologico: la preposizione al soddisfacimento di bisogni generali a carattere non industriale o commerciale. – 2.2.1. La necessità di procedere alla doppia verifica relativa al carattere prima generale e poi non commerciale o industriale dei bisogni: il caso dell'Ente Fiera di Milano e di Fiera di Roma S.r.l. – 2.2.2. Il carattere non commerciale o industriale dei bisogni. L'approccio funzionale e il rilievo solo indiziante del regime concorrenziale. La diversa teoria dello scopo istituzionale. – 2.3. La personalità giuridica. 2.4. Organismo di diritto pubblico *in parte qua*. La teoria del contagio. – 3. L'impresa pubblica. Nozione e tratti di distinzione dall'organismo di diritto pubblico. – 3.1. Appalti non rientranti nell'ambito di applicazione della disciplina dei settori speciali: la disciplina applicabile e i connessi profili di giurisdizione. – 4. I soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi. – 5. I soggetti aggiudicatori.

1. Premessa. La nozione europea “a geometrie variabili” della pubblica amministrazione.

Sul **piano soggettivo**, come detto nel capitolo precedente, l'**art. 13** del Nuovo Codice, nell'indicare l'ambito di applicazione del Codice medesimo, rinvia all'Allegato I.1 per la definizione, *in primis*, dei soggetti a cui è rivolto, procedendo in tale ambito ad una innovazione non solo lessicale, tramite l'introduzione delle **nozioni omnicomprensive di “operatore economico”** da un lato, per il quale si rinvia al Capitolo VI, e di **“stazione appaltante”** ed **“ente concedente”** dall'altro.

Con riguardo a queste ultime, la relativa definizione è oggi contenuta rispettivamente alle lett. a) e b) dell'**art. 1 dell'Allegato I.1**, ove per **“stazione appaltante”** è indicato **“qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice”** e per **“ente concedente, qualsiasi amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero altro soggetto pubblico o privato, che affida contratti di concessione di lavori o di servizi e che**

è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice”; così consentendo di introdurre un riferimento unitario che, anche coerentemente con la disciplina processualistica (codice del processo amministrativo, art. 133, lett. e), n. 1), definisce i contorni dell’obbligo di seguire la procedura di evidenza pubblica per l’affidamento del contratto, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura dell’ente che di volta in volta viene in considerazione.

Alle lett. q) ed r) sono, invece, contenute le definizioni di “**Amministrazioni aggiudicatrici**” ove rientrano: “*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*” – e di “**enti aggiudicatori**” riferiti alle imprese pubbliche, ossia le imprese sulle quali le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un’**influenza dominante** o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese.

Nel rinviare al capitolo successivo la trattazione della (nuova concezione di) “**Stazione appaltante**”, in questa sede si tratteranno gli aspetti più salienti della nozione di “**Amministrazioni aggiudicatrici**”, nozione che (come già accaduto con riguardo all’art. 3, comma 1, lett. a, D.Lgs. n. 50/2016) è **più ampia rispetto alla nozione tradizionale di pubblica amministrazione** ex art. 1, comma 2 d.lgs. n. 165/2001 ponendo l’accento su **aspetti sostanziali di soggetto pubblico** e arrivando, così, ad includere in essa anche enti che, (almeno) formalmente, sono soggetti privati, come avviene per gli organismi di diritto pubblico.

Ciò, come noto, è il frutto di una costante interpretazione fornita dai giudici europei attorno alla **nozione di Pubblica amministrazione** al fine di stabilire l’ambito di operatività della deroga al principio della libera circolazione dei lavoratori all’interno della Comunità (prevista per gli impieghi nella Pubblica amministrazione dall’art. 45, § 4, del TFUE), ed a quella elaborata, sempre in sede giurisprudenziale, allo scopo di individuare gli apparati degli ordinamenti dei singoli Stati membri nei cui confronti devono considerarsi operanti gli obblighi e i divieti previsti dalle stesse norme comunitarie, sì da poter imputare agli Stati di appartenenza le relative violazioni.

Al fine di superare i problemi interpretativi sorti intorno al richiamato art. 45 del Trattato – ed, in specie, in relazione al paragrafo 4, ove è indicato il limite alla libera circolazione dei lavoratori allorché si tratti di impieghi nella Pubblica amministrazioni (cosiddetta **riserva di nazionalità**) – la Corte di Giustizia, muovendo dalla premessa per cui, stante il carattere fondamentale dei principi di libera circolazione e parità di trattamento dei lavoratori, non sarebbero ammissibili deroghe, ha formulato una **definizione restrittiva di Pubblica**

amministrazione, affermando, in primo luogo, che non rientrano in detta nozione gli enti preposti alla gestione di attività che, pur avendo connotazioni pubblicistiche, hanno carattere imprenditoriale, quali per esempio i servizi di trasporto o di distribuzione gas o energia.

In ogni caso il giudice europeo, optando per l'accezione restrittiva di P.A., ha sostenuto che la stessa debba essere elaborata ricorrendo ai criteri della "**partecipazione diretta o indiretta all'esercizio dei pubblici poteri**" o della "*tutela degli interessi generali dello Stato e degli enti pubblici*"; tale concezione è stata recepita anche dalla giurisprudenza nazionale ed in merito si è di recente pronunciata l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (cfr. Cons. St., A.P., 25 giugno 2018, n. 9), che è intervenuta con riguardo alla questione relativa alla legittimità della scelta di ammettere alla procedura di selezione dei direttori dei musei candidati non aventi la cittadinanza italiana, ma quella di altro Stato dell'Unione europea, dichiarando che "*L'articolo 1, comma 1 del d.P.C.M. 174 del 1994 e l'articolo 2, comma 1 del d.P.R. 487 del 1994, laddove impediscono in assoluto ai cittadini di altri Stati membri dell'UE di assumere i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato e laddove non consentono una **verifica in concreto circa la sussistenza o meno del prevalente esercizio di funzioni autoritative** in relazione alla singola posizione dirigenziale, risultano in contrasto con il paragrafo 2 dell'articolo 45 del TFUE e non possono trovare conseguentemente applicazione (fattispecie relativa alla nomina di direttore di un museo ad un cittadino comunitario, sprovvisto quindi della cittadinanza italiana)*", venendo in considerazione per i soli impieghi nell'Amministrazione pubblica "*che hanno un rapporto con attività specifiche della pubblica amministrazione in quanto incaricata dell'esercizio dei pubblici poteri e responsabile della tutela degli interessi generali dello Stato (...), nonché connotate da "una **partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri**"*". La suddetta definizione, qualificata dalla stessa Corte di Giustizia come "*funzionale*", non può considerarsi vincolante per altri settori di incidenza del diritto comunitario, dovendosi, in definitiva, constatare che non esiste a livello europeo una nozione unitaria e "formale" di soggetto pubblico, quanto piuttosto è necessario verificare di volta in volta la sussistenza **in concreto** e sulla base di parametri di tipo sostanziale, dei caratteri pubblicistici della "**partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri**", occorrendo valutare, caso per caso, le condizioni e il contesto in cui l'ente espleta la sua attività, sì da verificare se lo stesso sia o meno effettivamente assoggettato alle regole proprie della competizione economica.

In definitiva, tanto nel contesto europeo quanto in quello nazionale, va progressivamente affermandosi una nozione di **ente pubblico "a geometrie**

variabili”, in base alla quale il criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico non è più fisso e immutabile, bensì si adatta a seconda dell’istituto, del regime normativo che deve essere applicato e della **ratio a esso sottesa**.

2. L’organismo di diritto pubblico.

All’approccio sostanziale cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente non sono estranee le nozioni di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica, le quali rilevano in sede di delimitazione dell’ambito soggettivo di efficacia delle disposizioni dettate dal Codice dei contratti pubblici rispettivamente per gli appalti ordinari e per quelli c.d. speciali.

Prima di procedere all’esame dell’istituto, giova in breve ripercorrere l’evoluzione e la **profonda trasformazione** che la stessa disciplina europea, segnatamente quella concernente la materia degli appalti pubblici di lavori, ha subito proprio avuto riguardo a quelle disposizioni volte a individuare gli enti e le Amministrazioni tenute all’osservanza dei procedimenti di selezione e scelta del contraente: in particolare, si è passati da una definizione di tipo chiuso delle Amministrazioni aggiudicatrici ad una più elastica, contraddistinta dalla mancata previsione di una tassativa elencazione delle stesse, sostituita invece dall’indicazione normativa di una serie di indici di riconoscimento della natura pubblica comunitaria.

Nel dettaglio, la prima direttiva in materia di appalti pubblici di opere, la 71/305/CEE, limitava il suo ambito soggettivo di efficacia alle sole Amministrazioni aggiudicatrici, ivi individuate nello Stato, negli enti pubblici territoriali e nelle persone giuridiche enumerate nell’allegato I, avente carattere tassativo. Tale criterio, tuttavia, si è mostrato inidoneo a ricondurre sotto l’alveo di operatività della normativa concernente gli appalti pubblici quell’elevato numero di soggetti giuridici operanti nell’ambito dei singoli Stati membri che, pur avendo connotazioni pubblicistiche, in quanto patrimonializzati, controllati o sovvenzionati dallo Stato o da altro ente pubblico, non fossero tuttavia qualificabili come pubblici alla stregua di una valutazione formale, non essendo riconducibili nel novero delle persone giuridiche di diritto pubblico tassativamente individuate nell’allegato suindicato.

Per colmare la lacuna, la direttiva 89/440/CE (non modificata sul punto dalle successive), per quel che riguarda la delimitazione dell’ambito soggettivo di efficacia, ha introdotto un nuovo e diverso criterio di individuazione delle amministrazioni aggiudicatrici tenute al rispetto delle procedure di aggiudicazione previste a livello comunitario (cfr. art. 1, lett. b), che sarebbe stato poi

fatto proprio sia dal Codice dei contratti pubblici del 2006 che da quelli del 2016 e del 2023.

La normativa comunitaria, infatti, con il chiaro e palese intento di *snidare la pubblicità reale che si nasconde sotto diverse forme*, ha adottato una nozione sostanziale di organismo pubblico, atteso il carattere non tassativo degli elenchi di cui all'allegato I.

Tale definizione è stata poi trasfusa nelle direttive susseguitesi in materia, da ultimo quelle n. 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE del 26 febbraio 2014, per essere poi recepita anche dal legislatore nazionale.

L'art. 2, comma 1, lett. e), dell'**Allegato I.1 del nuovo Codice dei contratti pubblici**, approvato con d.l.gs. 31 marzo 2023, n. 36, definisce l'**organismo di diritto pubblico** come qualsiasi soggetto, anche avente forma societaria:

- 1) dotato di **capacità giuridica**;
- 2) istituito per soddisfare specificatamente **esigenze di interesse generale**, attraverso lo svolgimento di un'attività **priva di carattere industriale o commerciale**;
- 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.

Secondo il costante insegnamento del giudice europeo, tali elementi devono sussistere necessariamente in modo **cumulativo**, sicché, in assenza anche di una sola di tali tre condizioni, un organismo non può essere considerato di diritto pubblico, e dunque Amministrazione aggiudicatrice (Corte giust. UE 15 gennaio 1998, C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria*; Id. 10 novembre 1998, C-360/96, *BFI Holding*; Id., Sez. V, 10 maggio 2001, (cause C-223/1999 e C-260/1999), punto 26, che ha escluso la natura di organismo di diritto pubblico in capo all'Ente Fiera di Milano; Id. 15 maggio 2003, (causa C-214/2000); Id., Sez. V, 22 maggio 2003, (causa C-18/2001), *TaitotaloOy*).

■ 2.1. L'influenza pubblica dominante.

Tanto chiarito e passando all'esame degli indicati elementi strutturali dell'istituto, viene in considerazione quello della sottoposizione all'influenza pubblica dominante, requisito integrato al ricorrere di una delle **tre seguenti condizioni**:

- i) il finanziamento pubblico maggioritario;
- ii) il controllo pubblico sulla gestione;