



1 MAGGIO 2024

La disciplina degli appalti pubblici nei
settori speciali: la deroga per le attività
esposte alla concorrenza

di Nicola Brignoli

Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche – Diritto amministrativo
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia



La disciplina degli appalti pubblici nei settori speciali: la deroga per le attività esposte alla concorrenza*

di Nicola Brignoli

Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche – Diritto amministrativo
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Abstract [It]: Il presente contributo, premessa una breve ricostruzione del cambio di paradigma avvenuto nella disciplina interna degli appalti pubblici e dell'evoluzione della disciplina nei settori speciali, intende analizzare la deroga all'applicazione delle disposizioni codicistiche per quelle attività direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili, contenuta nell'art. 143 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, e quella, ad essa strettamente collegata, per gli affidamenti infragruppo, contenuta nel precedente art. 142. Quella per le attività direttamente esposte alla concorrenza è, infatti, una deroga che discende direttamente dal "ruolo" che la tutela della concorrenza assume nella disciplina (europea e) nazionale degli appalti pubblici ed, in particolare, nei settori speciali, nei quali l'apertura alla concorrenza è stata storicamente più difficoltosa rispetto ai settori ordinari.

Title: Public procurement regulations in the special sectors: the exemption for activities exposed to competition

Abstract [En]: Starting with a brief reconstruction of the paradigm shift occurred in the national discipline of public procurement and of the evolution of the regulation in the special sectors, this paper aims at analysing the exemption to the application of the code provisions for those activities directly exposed to competition on freely accessible markets, contained in Article 143 of Legislative Decree No. 36 of 31 March 2023, and that one, which is closely linked to it, for intra-group assignments, contained in the previous Article 142. That for activities directly exposed to competition is, indeed, a derogation directly stemming from the "role" that protection of competition plays in the (European and) national regulation of public procurement and, especially, in the special sectors, where the opening to competition has historically been more difficult than in the ordinary sectors.

Parole chiave: Appalti pubblici; settori speciali; tutela della concorrenza; servizi pubblici; codice dei contratti pubblici

Keywords: Public procurement; special sectors; protection of competition; public services; public contracts code

Sommario: **1.** Premessa. Il cambio di paradigma della disciplina. **2.** L'ambito di applicazione ed il fondamento della deroga. **2.1.** (segue) Il procedimento. **2.2.** (segue) I criteri guida. **3.** La deroga per gli affidamenti infragruppo. **4.** (Qualche) conclusione.

1. Premessa. Il cambio di paradigma della disciplina

La deroga all'applicazione della disciplina codicistica per le attività direttamente esposte alla concorrenza è strettamente connessa all'evoluzione della materia degli appalti pubblici e al ruolo peculiare che la tutela della concorrenza assume nei settori speciali. In questo contesto, ha assunto un ruolo centrale l'impatto

* Articolo sottoposto a referaggio.

del diritto europeo, il quale, come noto, ha mutato la *ratio* della disciplina interna sugli appalti pubblici, segnando un cambiamento nel “ruolo” assunto al suo interno dal principio della tutela della concorrenza¹. Il legislatore europeo, vista la rilevanza economica del settore degli appalti pubblici, ha iniziato ad occuparsene con le prime direttive degli anni '70 del secolo scorso², volte essenzialmente a perseguire due obiettivi: da un lato, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, dall'altro, lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore³. Tali prime direttive, tuttavia, si caratterizzavano per un approccio essenzialmente “negativo”⁴, diretto a tutelare la libertà di circolazione dei lavoratori, delle merci, dei capitali e delle imprese, nei confronti delle limitazioni allora derivanti dalle normative nazionali, sulle quali continuava a basarsi la disciplina del settore, non ancora caratterizzato da un vero e proprio mercato unico. In questa prima fase, peraltro, la disciplina europea riguardava gli appalti di lavori pubblici e di forniture, con l'esclusione dei “settori speciali”, allora definiti “settori esclusi”⁵, operata sulla base del

¹ Sul percorso evolutivo della disciplina dei contratti pubblici, dalla concezione contabilistica all'avvento del nuovo codice del 2023, v., da ultimo, F. VETRÒ, G. LOMBARDO, M. PETRACHI, *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1, 2023, pp. 31 ss., spec. 34-46. Sul tema, rileva A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa University Press, Pisa, 2011, p. 173, come nel corso degli anni e dei vari interventi di riforma sia rimasta costante la convinzione del legislatore che la gara rappresenti la modalità migliore (dal punto di vista delle garanzie) per la tutela dei molteplici interessi sottesi alla contrattualistica pubblica, ma al contempo a mutare sia stata la valutazione sulla prevalenza dei singoli motivi ispiratori delle differenti discipline. Per una prima ma approfondita analisi delle novità introdotte dal nuovo codice, v. V. FANTI (a cura di), *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023. Per un ampio inquadramento sui modelli di regolamentazione dei contratti pubblici e sulla necessità di una regolamentazione della materia, v. P. TREPTE, *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004 e S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El contrato administrativo*, Civitas, Madrid, 2003.

² Il riferimento è alle direttive 71/304/CEE in materia di appalti di servizi collegati a lavori pubblici, 71/305/CEE sui lavori pubblici e 72/277/CEE in materia di appalti di lavori pubblici, attuate dalla l. 8 agosto 1977, n. 584, e alle direttive 77/62/CEE e 80/767/CEE sugli appalti pubblici di forniture, attuate dalla l. 30 marzo 1981, n. 113.

³ In tal senso, e sui principi generali del diritto europeo ispiratori della disciplina sui contratti pubblici, F.G. SCOCA, *Le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici*, in *I Quaderni della «Associazione Carlo Cattaneo»*, n. 27, 1987, spec. pp. 3-4. Sulle implicazioni della regolamentazione europea del mercato dei contratti pubblici e sul collegamento fra il *public procurement* e le libertà economiche, v. C. BOVIS, *The Liberalisation of Public Procurement and its Effects on the Common Market*, Routledge, Cheltenham-Northampton, 2016.

⁴ In tal senso, M.A. SANDULLI, *L'oggetto*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, *I principi generali. I contratti pubblici. I soggetti*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 8.

⁵ Tale esclusione, come emerge dai *considerando* 3 ss. della direttiva 71/305/CEE, era giustificata dalla presenza in tali settori di soggetti sia pubblici sia privati, con la conseguenza che si sarebbero potute verificare disparità di trattamento in caso di applicazione di un regime normativo unitario. Ciò veniva successivamente confermato anche nella direttiva 93/38/CE, ove nel *considerando* 8 si affermava espressamente che l'esclusione dei settori speciali dall'applicazione delle norme comunitarie sugli appalti pubblici «era principalmente giustificata dal fatto che gli enti che gestiscono tali servizi sono in alcuni casi disciplinati dal diritto privato». Peraltro, secondo N. LUGARESI, *Direttiva comunitaria e legge sugli appalti nei c.d. «settori esclusi». L'ambito di applicazione nel settore dell'energia*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1995, p. 742, la formulazione di tale *considerando* «lascia alquanto perplessi», perché la compresenza di soggetti privati e pubblici può verificarsi anche in altri settori. Sulla disciplina degli appalti nei settori speciali, precedente all'entrata in vigore della direttiva 2004/17/CE, si vedano: S. GIACCHETTI, *La direttiva 90/531/CEE sui settori esclusi: ambito di applicazione soggettivo e oggettivo*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1992, pp. 601 ss.; M. PALLOTTINO, *La direttiva C.E.E. 17 settembre 1990, n. 531 sugli appalti pubblici nei “settori esclusi” (trasporti; acqua; energia; telecomunicazioni)*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1992, pp. 441 ss.; S. NAPOLITANO, *Le procedure di gara per l'affidamento degli appalti secondo la direttiva CEE 90/531 (direttiva c.d. “settori esclusi”)*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1994, pp. 737 ss.; F.

regime derogatorio relativo alle regole generali sulla concorrenza, disposto dall'allora vigente art. 86, par. 2, Trattato CE (ora art. 106, par. 2, TFUE) in favore delle imprese pubbliche o private incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, nell'ambito della specifica missione di interesse pubblico loro affidata⁶.

La svolta verso la creazione di una disciplina comune⁷, finalizzata alla realizzazione della massima apertura alla concorrenza e della *par condicio* fra gli operatori economici privati, avviene sulla spinta dell'Atto unico europeo del 1986 e con le direttive della seconda metà degli anni '80 e degli anni '90⁸. È soprattutto con il pacchetto di direttive del 1993⁹ (e con i relativi atti di recepimento), che si attua una riorganizzazione delle disposizioni previgenti e una sistematizzazione della materia¹⁰, che da quel momento ricomprendeva anche i settori dell'acqua, dell'energia e dei trasporti, segnando un definitivo cambio di paradigma nella disciplina interna, fino a quel momento ancorata alla concezione contabilistica¹¹.

CALARCO, *Appalti pubblici dei settori esclusi. Acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni*, Il Sole 24 Ore, Milano, 1995; A. MUSENGA, G. FISCHIONE, *Gli appalti di lavori, forniture e servizi dei soggetti operanti nei settori esclusi*, Pubblitecnica, Roma-Brescia, 1996; D. GALLI, C. GUCCIONE, *Gli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi dei settori dei trasporti, telecomunicazioni, acqua ed energia*, Jandi Sapi, Roma, 1996; D. TASSAN MAZZOCCO, *Gli appalti nei settori esclusi*, Giuffrè, Milano, 1997; M. PROTTO, *La nuova disciplina comunitaria per gli appalti nei settori speciali*, in *Urbanistica e appalti*, n. 7, 1998, pp. 701 ss.

⁶ In tal senso, L. IANNOTTA, G. MARI, *I contratti dei settori speciali, sottratti alla parte II del codice dei contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, *I principi generali. I contratti pubblici. I soggetti, cit.*, pp. 501-501, secondo cui la deroga in esame era correlata all'esigenza di garantire ai soggetti che offrono tali servizi un regime più agile per l'espletamento del relativo compito. Ma ciò, dovendosi comunque evitare che, per le caratteristiche di tali mercati, le imprese operanti in regime di monopolio legale o di fatto o comunque titolari di diritti speciali od esclusivi, sfruttassero la loro posizione di assoluto predominio a scapito di ogni regola concorrenziale.

⁷ In questo senso, M.P. CHITI, *Regolamentazione e mercato nella disciplina degli appalti pubblici*, in A. ANGELETTI (a cura di), *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 144-145, il quale rileva come l'interesse della Comunità europea fosse per la creazione di un sistema comune agli allora dodici Stati membri ed esso non poteva realizzarsi con la sola abolizione delle limitazioni tradizionali, ma si rendeva necessaria una omogenea disciplina sostanziale e processuale del settore.

⁸ Il riferimento è alle direttive 88/295/CEE (in materia di appalti pubblici di forniture), recepita in Italia con il d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358, 89/440/CEE (in materia di appalti di opere pubbliche), attuata in Italia dal d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, 90/531/CEE (in materia di appalti pubblici di servizi, forniture e lavori nei settori dell'acqua, dell'energia, delle telecomunicazioni e dei trasporti), attuata dal d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158, e 92/50/CEE (in materia di appalti pubblici di servizi), recepita con il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 e con il d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 265. Rileva S.S. COCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in P. RESCIGNO, E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 2010, p. 307, che nel diritto europeo il principio del *favor participationis* e quello della *par condicio* hanno origini diverse. Infatti, mentre il primo è espressione della libera concorrenza, il secondo, quantomeno nelle prime pronunce del giudice comunitario, costituisce applicazione del principio del divieto di discriminazione basato sulla nazionalità e di quello di trasparenza.

⁹ Il riferimento è alle direttive 93/36/CEE (sugli appalti pubblici di forniture), 93/37/CEE (sugli appalti pubblici di lavori) e 93/38/CEE (sugli *ex* settori esclusi).

¹⁰ Cfr. G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, tomo I, Giuffrè, Milano, 2007, p. 463, secondo cui tali direttive erano da considerare una sorta di "testi unici".

¹¹ In argomento, v. F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattualistica pubblica*, in AA. VV., *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 317 ss., il quale osserva come i contratti pubblici venissero considerati soltanto «come operazioni che comportano una "spesa"», tralasciando completamente la loro «rilevanza «aziendale» o commerciale».

La disciplina interna, infatti, era essenzialmente finalizzata alla ricerca del contraente che garantisse la minor spesa per lo Stato. Da qui l'espressione "contabilistica" e l'inserimento delle disposizioni sulla contrattualistica pubblica nel sistema delle norme sulla contabilità di Stato¹². In questa prospettiva, l'evidenza pubblica nella selezione del contraente era posta esclusivamente a tutela degli interessi finanziari dell'amministrazione committente, garantendo, soltanto di riflesso, la competizione fra gli operatori economici privati¹³. Essa, peraltro, rispondeva ad esigenze pratiche (arginare gli abusi dei fornitori dello Stato, ma anche da parte dell'amministrazione stessa nella scelta dei contraenti), e non solo a ragioni di coerenza del sistema del diritto amministrativo con il principio di legalità¹⁴. Ciò spiega perché la vicenda della contrattualistica pubblica in Italia sia sempre stata condizionata da due limiti imposti all'autonomia negoziale degli enti pubblici: il contenimento della spesa e la corretta gestione delle risorse collettive¹⁵.

L'impatto della disciplina europea ha pertanto prodotto una inversione (o, più probabilmente, un allineamento) tra mezzi e fini¹⁶, all'esito della quale la concorrenza non era più un mezzo per il raggiungimento del fine del vantaggio economico per l'amministrazione, quanto piuttosto un fine a sé

¹² Il r.d. 8 novembre 1923, n. 2440, il quale conteneva anche la disciplina della contrattualistica pubblica, era rubricato "Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato".

¹³ Cfr. M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Diritto amministrativo*, n. 2, 2008, p. 297, il quale ricorda come già Santi Romano (S. ROMANO, *Diritto amministrativo*, Società editrice libraria, Milano, 1901, p. 533), all'inizio del Novecento, osservava come le formalità previste nelle gare per pubblico incanto o per licitazione privata fossero «in genere stabilite nell'interesse dell'amministrazione» ed in quanto tali, il loro difetto «non può essere opposto dal privato». Il riferimento era alla disciplina vigente nel Regno d'Italia, al quale fu inizialmente estesa la disciplina vigente nel Regno di Sardegna (l. 23 marzo 1853, n. 1483), seguita poi da una serie di interventi normativi con la legge 22 aprile 1869, n. 5026 e i regi decreti 4 settembre 1870, n. 5852, 17 febbraio 1884, n. 2016 e 4 maggio 1885, n. 3074. A tali ultimi decreti, hanno poi fatto seguito il r.d. 8 novembre 1923, n. 2440, e il relativo regolamento di attuazione, il r.d. 23 maggio 1924, n. 827. Inoltre, rileva V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 116, come le procedure ad evidenza pubblica avessero inizialmente uno scopo «prettamente aziendalistico» per «far sì che le Amministrazioni operassero in sede contrattuale con il minor dispendio di danaro pubblico».

¹⁴ Così, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, p. 677. Sul punto, O. SEPE, *Contratto della pubblica amministrazione. Profili generali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1960, p. 111, osserva che la legge di contabilità dello Stato «è tutta ispirata al concetto di evitare la possibilità di abuso da parte dell'amministrazione nella scelta delle parti contraenti».

¹⁵ Cfr., S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Cedam, Padova, 2008, p. 178.

¹⁶ Così, M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 169. A tal riguardo, M. MAZZAMUTO, *I raggruppamenti temporanei d'impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n.1, 2003, pp. 179-180, rileva come si sia verificato un capovolgimento del rapporto tra i beni giuridici protetti, dal momento che la disciplina comunitaria è finalizzata alla liberalizzazione dei mercati della committenza pubblica, attribuendo una tutela diretta alla libertà economica dei concorrenti, la quale prima otteneva una tutela soltanto indiretta, o meglio di riflesso, rispetto alla tutela dell'interesse pubblico dell'amministrazione. Come osservato da F. LICHÈRE, *L'influence du droit communautaire sur le droit de contrats publics*, in J.B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (diretto da), *Droit Administratif Européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 947, con riferimento all'impatto del diritto europeo degli appalti pubblici sul diritto francese, la disciplina degli appalti pubblici è stata storicamente orientata alla protezione dei committenti pubblici nei confronti dei terzi e dei propri funzionari, mentre il diritto europeo degli appalti pubblici ha lo scopo di realizzare il mercato interno e per questo tende a garantire l'uguaglianza tra imprese, mirando alla tutela degli operatori economici.

stante, centrale nella regolazione degli appalti pubblici¹⁷. Si è verificato così un cambio di prospettiva, laddove alla visuale del diritto interno, di matrice sostanzialmente contabilistica, che vedeva la concorrenza come un mero strumento al servizio dell'amministrazione, si è affiancata quella europea, ove la stessa rappresenta un limite ai poteri negoziali ad essa attribuiti per il perseguimento dei suoi fini istituzionali¹⁸, con il conseguente passaggio da una disciplina incentrata sull'interesse finanziario dell'amministrazione, ad una interessata alla tutela dell'operatore economico¹⁹. Con la conseguenza,

¹⁷ Se può ritenersi pacifico che le norme europee in materia di appalti pubblici siano ispirate al principio di tutela della concorrenza, risultano più incerte le finalità a cui tali norme tendono, potendosi al riguardo individuare le tre tesi, ciascuna delle quali ascrivibile rispettivamente ad A. Sanchez Graells, S. Arrowsmith e P. Kunzlik, analiticamente esposte da E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Jovene, Napoli, 2021, pp. 53-59. Secondo A. Sanchez Graells, le norme europee sugli appalti pubblici avrebbero le stesse finalità delle norme *antitrust* e dovrebbero incentrarsi sul principio di concorrenza come principio generale del diritto UE. Sulla base di tale premessa, le norme sugli appalti pubblici andrebbero interpretate nel senso di evitare pratiche protezionistiche da parte degli Stati membri, ma anche redatte e attuate in modo da non determinare esse stesse distorsioni alla concorrenza. Peraltro, dal momento che gli operatori economici che partecipano alle gare pubbliche sono gli stessi che operano sul mercato dei privati, i committenti pubblici andrebbero sottoposti alle stesse regole e agli stessi controlli a cui sono sottoposti gli operatori privati. Di diverso avviso, S. Arrowsmith ritiene che l'obiettivo primario della disciplina europea degli appalti pubblici sia quello di promuovere il mercato interno e garantire la parità di accesso degli operatori economici, rimuovendo le barriere all'accesso ai mercati e implementando le procedure competitive a fini di trasparenza, senza alcun intento di instaurare una competizione analoga a quella che avviene nel mercato dei privati. Una tesi che può ritenersi intermedia è quella di P. Kunzlik, secondo cui le direttive europee avrebbero autonome finalità proconcorrenziali, ma limitatamente al fine di garantire la più ampia partecipazione possibile degli operatori economici alle gare in parità di condizioni, senza alcun collegamento con il mercato dei privati. Per ciascuna delle tesi sopra ricordate: quanto alla prima, v. A. SANCHEZ GRAELLS, *Public procurement and the Eu Competition Rules*, Hart, Oxford-Portland, 2015, pp. 13, 82 e 202 e ID., *More Competition-Oriented Public Procurement to Foster Social Welfare*, in K.V. THAI (a cura di), *Towards New Horizons in Public Procurement*, PrAcademics Press, Boca Raton, 2010, pp. 81 ss; quanto alla seconda, v. S. ARROWSMITH, *The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 14, 2012, p. 26 e ID., *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*, vol. I, Sweet & Maxwell, Londra, 2014, p. 167; infine, per la terza tesi, v. P. KUNZLIK, *Neoliberalism and the European Public Procurement Regime*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 15, 2013, pp. 283 ss.

¹⁸ In tal senso, A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Diritto amministrativo*, n. 1, 1998, p. 13, il quale osserva come nel primo caso l'amministrazione può e deve rinunciarvi quando le circostanze le impongono di privilegiare altre sue esigenze (come la brevità dei tempi), mentre nel secondo essa vi si potrà sottrarre soltanto in ipotesi ben più circoscritte, quando cioè le specificità del suo ruolo si pongono come limite di protezione degli interessi del mercato e dei soggetti che vi operano. Sulla perdurante coesistenza delle due prospettive, v. S. VINTI, *L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 12, 2020, pp. 252 ss., spec. 254-256. Rilevano A. POLICE, G. GRÜNER, *Le fonti*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, cit., pp. 112-113, come i due diversi principi ispiratori delle normative nazionali e di quelle comunitarie non siano fra loro necessariamente incompatibili, quantomeno in astratto, come dimostrato dalla l. 11 febbraio 1994, n. 109, e che la compatibilità dipende essenzialmente dai modi attraverso i quali la disciplina comunitaria viene effettivamente attuata nell'ordinamento nazionale.

¹⁹ Cfr., E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna University Press, Bologna, 2022, pp. 111, secondo cui questo passaggio ha comportato una "opposizione" tra l'ordinamento contabilistico interno (volto principalmente a tutelare gli interessi economici dell'amministrazione contraente) e quello europeo (finalizzato alla tutela degli operatori economici privati). Sul punto, ha osservato G. GRECO, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in materia di appalti di lavori pubblici*, in ID. (a cura di), *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 12, che la normativa nazionale «si è sempre posta dal punto di vista dell'Amministrazione appaltante», mentre quella comunitaria «viceversa, si pone prevalentemente dal punto di vista delle imprese». Al riguardo, secondo E. PICOZZA, *L'incidenza del diritto comunitario (e del diritto internazionale sui concetti fondamentali del diritto pubblico dell'economia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2, 1996, p. 246, la

quindi, che le procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento dei contratti pubblici sono ora principalmente finalizzate a consentire agli operatori economici di partecipare alla gara pubblica a parità di condizioni²⁰, ma anche a garantire la scelta del contraente migliore, che non sia soltanto quello meno 'costoso' per la stazione appaltante, bensì quello che possa garantire il risultato migliore possibile²¹. Ed è proprio in questa prospettiva, che si inserisce il principio del risultato, di cui all'art. 1 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, il cui 2° comma indica come la concorrenza tra gli operatori economici sia funzionale a conseguire «il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti».

Se, infatti, la definizione dei vincoli procedurali per la conclusione dei contratti pubblici non tutela più soltanto l'interesse pubblico delle stazioni appaltanti e non risponde esclusivamente al principio di legalità, ma è finalizzata a garantire la libertà di circolazione dei beni e dei servizi nel mercato unico e la libera concorrenza in ambito europeo²², da tali situazioni può derivare un miglioramento dell'offerta e una conseguente maggiore possibilità di scelta da parte della stazione appaltante per la realizzazione del risultato migliore possibile, coincidente con l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, all'espletamento del servizio o al conseguimento della fornitura oggetto del contratto. Non che questo

prospettiva europea ha spostato la visuale sui procedimenti in materia di appalti da una prospettiva incentrata sul rapporto potestà/interesse legittimo ad una di parità tra amministrazione e privati.

²⁰ Sul punto, cfr. A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 79. Si consideri, peraltro, che il principio di concorrenza in ambito europeo non coincide soltanto con l'instaurazione di un processo competitivo. Come osserva, infatti, A. SANCHEZ-GRAELLS, *Truly Competitive Public Procurement as a Europe 2020 Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies?*, in *22 European public law*, 2016, pp. 377 ss., spec. 381-382, riprendendo le tesi esposte dall'Avvocato Generale Christine Stix-Hackl nelle conclusioni del c.d. caso *Sintesi* (CGCE, Sez. II, 7 ottobre 2004, C-247/02, *Sintesi S.p.A. c. Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici e Ingg. Provera e Carassi S.p.A.*), «the competition principle embedded in the EU public procurement directives might seem to be multi-faceted and could potentially fulfil at least three protective purposes. First, it would be aimed at relations between undertakings themselves and would require that there exists parallel competition between them when they participate in the tendering for public contracts. Second, it would be concerned with the relationship between the contracting authorities and the tendering undertakings, in particular in order to avoid abuses of a dominant position—both by undertakings against the contracting authorities (*i.e.* through the exercise of market or 'selling' power) and, reversely, by contracting authorities against public contractors (through the exercise of buying power). Third, the principle of competition would be designed to protect competition as an institution». Dalle parole dell'A. è possibile altresì trarre come soltanto l'ultima finalità avrebbe realmente carattere distintivo, facendo direttamente riferimento all'obiettivo generale del TFUE di garantire un sistema che assicuri che la concorrenza nel mercato interno non sia falsata.

²¹ Sul tema del risultato, la bibliografia è vastissima: si vedano, senza pretesa di esaustività: gli atti del convegno dal titolo "Principio di legalità e amministrazione di risultati", tenutosi a Palermo nel 2003, raccolti nel volume M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli, Torino, 2004; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2003; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato delle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1, 2005, pp. 1 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Diritto amministrativo*, n. 1, 2007, pp. 63 ss.

²² Cfr. M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, *cit.*, pp. 310-311, secondo cui, posto che la concorrenza effettiva contiene i prezzi e incentiva la qualità, in quanto idonea a premiare il contraente «giusto» piuttosto che quello soltanto meno esigente, la garanzia del mercato libero assicura la soddisfazione dell'interesse pubblico sul versante sia finanziario sia amministrativo, ma anche le aspettative e i diritti delle imprese, le quali, in assenza di concorrenza, sarebbero esposte a discriminazioni. Sulla rilevanza della concorrenza anche nella fase di esecuzione del contratto, v. R. CAVALLO PERIN, G. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Diritto amministrativo*, n. 2, 2010, pp. 325 ss.

comporti un arretramento nella tutela della legalità nel settore degli appalti pubblici, laddove il rispetto delle regole formali, sia pure con i temperamenti legati al raggiungimento del miglior risultato possibile, non può certo regredire stante la rilevanza del relativo mercato sotto il profilo dell'impiego delle risorse e della percezione che il fenomeno corruttivo determina in questa particolare materia. La legalità, quindi, costituisce il prisma attraverso il quale la disciplina va letta sia da parte delle stazioni appaltanti sia da parte delle istituzioni e delle amministrazioni coinvolte.

Pur lasciando spazio ad altri fini (si pensi a quelli di ordine sociale ed ambientale²³), quindi, la disciplina comunitaria ha posto la tutela della concorrenza al centro delle valutazioni relative all'affidamento dei contratti pubblici, benché nel rispetto del principio di legalità²⁴, il quale, nell'assetto del nuovo codice, conferisce rilevanza giuridica ed efficacia al risultato amministrativo²⁵. In questo modo, nel nuovo codice, la concorrenza assume un ruolo strumentale rispetto al risultato, il quale, per effetto del collegamento con il principio del buon andamento di cui all'art. 97 Cost. e con quelli di efficienza ed economicità, acquista valore costituzionale e rappresenta l'elemento teleologico primario a cui tende la disciplina della contrattualistica pubblica. Se, infatti, l'impostazione caratterizzante il codice del 2016 attribuiva una rilevanza estrema alla dimensione finalistica alla concorrenza e alla prevenzione della corruzione²⁶, il

²³ Sul punto, è utile il richiamo alla sentenza CGCE, 17 settembre 2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab c. Helsingin kaupunki e HKL-Bussiliikenne*, ove la Corte ha chiarito che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa può essere valutata anche sulla base di criteri sociali ed ambientali, oltreché economici, purché gli stessi non producano effetti discriminatori e siano pubblicizzati adeguatamente nel bando di gara. Le prime direttive comunitarie in materia di appalti pubblici non contenevano, peraltro, alcun riferimento alla tutela dell'ambiente. La necessità di integrare tale materia con le esigenze ambientali si è posta soprattutto a seguito della modifica, apportata dal Trattato di Amsterdam, all'art. 6 TCE. Sulla rilevanza degli interessi sociali e ambientali nella contrattualistica pubblica, v.: S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, *Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles*, in S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK (a cura di), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 9 ss.; R. CARANTA, M. TRYBUS (a cura di), *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, DJØF, Copenhagen, 2010; E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, cit. Per un'analisi in materia di interessi ambientali e sociali nella contrattualistica pubblica, alla luce delle direttive europee di ultima generazione, v. P. KUNZLIK, *The 2014 public procurement package. One-step forward and two back for green and social procurement*, in Y. MARIQUE, K. WAUTERS (a cura di), *EU Directive 2014/24 on public procurement. A new turn for competition in public markets?*, Larcier, Bruxelles, 2016, pp. 139 ss. Più di recente, sull'introduzione di requisiti obbligatori di sostenibilità nel diritto europeo degli appalti pubblici alla luce del *Green Deal* europeo, v. W. JANSSEN, R. CARANTA (a cura di), *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law. Reflections on a Paradigm Shift*, Bloomsbury, Londra, 2023.

²⁴ Cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 22-24, secondo cui «la concorrenza più ampia possibile [...] è il principio che illumina l'intera materia» della contrattualistica pubblica, ma la sua invocazione «non potrà mai determinare il superamento del chiaro testo della legge».

²⁵ Cfr. S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in G. CORSO, M. IMMORDINO (a cura di), *Studi in onore di Filippo Salvia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 527, il quale rileva, inoltre, come il risultato amministrativo divenga anche «parametro di verifica della legittimità dell'azione amministrativa concretamente posta in essere».

²⁶ Per una critica sul percorso evolutivo della disciplina dei contratti pubblici e sul ruolo centrale assunto dal principio della concorrenza e dall'anticorruzione, divenuti preponderanti sull'interesse dell'amministrazione al perseguimento effettivo del risultato, v. F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più: il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2020. Sul punto, v. anche G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Notazioni su potere amministrativo e 'attitudine' negoziale*, in *Liber amicorum per Marco D'Alberti*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 438-439, secondo cui «il progressivo ampliamento del ricorso alla concorrenza quale principio ispiratore e paradigmatico dell'attività negoziale mai può

nuovo codice opera un riordino degli interessi, (ri)dando centralità alla «funzione di committenza pubblica»²⁷ e al raggiungimento del risultato amministrativo, individuato nell'affidamento del contratto e nella sua esecuzione «con la massima tempestività» e «il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo»²⁸. A tali considerazioni, non osta la previsione di cui all'art. 3 del nuovo codice, per effetto della quale, il libero accesso al mercato assurge a principio fondamentale della disciplina²⁹, anziché come obiettivo. Il codice non ha infatti solo introdotto una «elencazione» di principi³⁰, bensì anche una loro gerarchizzazione³¹, nella quale il principio del risultato si pone al vertice della piramide, in modo da protendere l'attività contrattuale pubblica verso l'interesse realizzativo³², per il quale il rispetto delle regole concorrenziali diviene funzionale (*recte* strumentale). In questo senso, l'accesso al mercato è da considerarsi come un «mezzo», benché di cruciale importanza, per raggiungere il «fine» del miglior risultato possibile³³, dal momento che, come appena rilevato, da un assetto concorrenziale, nel quale può svilupparsi un processo competitivo fra più operatori, tale da migliorare l'offerta, può derivare un vantaggio per la stazione appaltante nella realizzazione del risultato amministrativo.

A conferma della strumentalità dell'accesso al mercato per il perseguimento del risultato può leggersi anche la disposizione contenuta nell'art. 10, terzo comma, in tema di requisiti speciali di partecipazione, laddove si sancisce che l'accesso al mercato delle micro, piccole e medie imprese è favorito, purché ciò

«tradire» la teleologia ultima dell'azione pubblica». Pertanto, la tutela della concorrenza, pur rappresentando un obiettivo da perseguire, si pone in rapporto di strumentalità rispetto all'interesse pubblico affidato alla cura dell'amministrazione, ossia «garantire a tutti i cittadini alcune utilità [...] che strutturano la loro condizione di appartenenza alla comunità di riferimento».

²⁷ G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3, 2023, pp. 287 ss.

²⁸ Cfr. art. 1, d.lgs. n. 36/2023.

²⁹ A tal riguardo, G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, *cit.* opera una distinzione fra principi fondamentali della disciplina, «i quali orientano l'interpretazione e l'applicazione dell'intero Codice» (p. 288), ossia il risultato, la fiducia e l'accesso al mercato, e i principi-regole, che «presentano contenuti prescrittivi di maggior dettagli e ambiti di applicazione più circoscritti» (p. 295), e si distinguono a loro volta in principi-guida per l'amministrazione (l'autonomia organizzativa e contrattuale) e principi-garanzia per gli operatori (il legittimo affidamento, la conservazione dell'equilibrio contrattuale e le tutele sociali).

³⁰ Benché il Titolo I del codice del 2016 fosse infatti rubricato «Principi generali e disposizioni comuni», gli articoli in esso contenuti si limitavano a fissare l'oggetto e l'ambito di applicazione del codice (art. 1), a definire il riparto di competenza fra Stato e regioni (art. 2) e ad introdurre una serie di definizioni (art. 3).

³¹ L'art. 1, comma 4, d.lgs. n. 36/2023 parla infatti del risultato come il «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto». In argomento, v. E. FOLLIERI, *Natura del codice dei contratti pubblici, gli allegati e i principi generali (artt. 1-12)*, in V. FANTI (a cura di), *Corso sui contratti pubblici riformati*, *cit.*, pp. 1 ss.

³² Cfr. L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urbanistica e appalti*, 2023, pp. 5 ss.

³³ Sul punto, rileva E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Diritto amministrativo*, n. 4, 2024, pp. 836-837 e nota 34, come il principio di concorrenza nel nuovo codice sia «rispristinato nella sua esatta configurazione di mezzo rispetto al fine», ma osserva anche come questo non significhi «negare sempre e comunque un valore finalistico alla concorrenza», la quale, intesa in senso dinamico, può «rappresentare una consistente parte del risultato amministrativo». Quanto all'assetto precedente, secondo F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, p. 5, l'impostazione seguita negli ultimi decenni da dottrina e giurisprudenza ha portato a considerare la concorrenza più come un «fine» piuttosto che come un «mezzo», «finendo per oscurare quell'interesse di fondo alla realizzazione dei fini amministrativi che in verità inevitabilmente doveva restare contrassegno di fondo di questa disciplina».

sia compatibile con il perseguimento del risultato amministrativo. E nella stessa direzione sembrano muovere anche lo snellimento delle procedure per ricorrere all'affidamento *in house* (art. 7) e l'ampliamento delle ipotesi di affidamento diretto (art. 50), quali conseguenze della valorizzazione del risultato amministrativo, da perseguire anche tramite strumenti che derogano al normale procedimento di affidamento del contratto pubblico attraverso una procedura competitiva, ove la concorrenza pare atteggiarsi come "limite" al risultato³⁴, che gli Stati membri non possono oltrepassare in quanto posto dal legislatore europeo a tutela delle libertà economiche e del mercato unico³⁵.

Il nuovo codice, quindi, benché emanato sulla base delle stesse direttive del precedente, ha operato una «demitizzazione» della concorrenza», la quale, da «fine da perseguire ad ogni costo», diviene ora un mezzo funzionale al raggiungimento del risultato della «realizzazione delle opere pubbliche e [del]la realizzazione dell'interesse della collettività»³⁶, superando la visione «pan-concorrenziale»³⁷, che ha caratterizzato la disciplina della contrattualistica pubblica a partire già dal codice del 2006.

Così tratteggiata l'evoluzione della disciplina dei contratti pubblici, sempre in chiave di premessa, occorre ora soffermarsi sul «ruolo» che la tutela della concorrenza assume nell'attuale disciplina dei settori speciali. Nonostante la concorrenza sia ritenuta generalmente un principio fondamentale del settore³⁸, infatti, delle

³⁴ Cfr. M. RENNA, *I principi*, in S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, La Tribuna, Milano, 2023, p. 11, secondo cui nell'attuale sistema, assiologicamente sbilanciato sul risultato, «la concorrenza può non essere né un fine né un mezzo, bensì un "limite"».

³⁵ In tal senso, E. CARUSO, *Equo trattamento dei lavoratori nel nuovo codice dei contratti pubblici tra sostenibilità e risultato amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, n. 4, 2023, pp. 871-872, il quale afferma, inoltre, che considerare «il principio di accesso al mercato posto a (diretta) garanzia dell'interesse esterno degli operatori economici, significherebbe attribuirgli una rigidità significativamente maggiore», difficilmente compatibile con le direttrici lungo cui si sviluppa il nuovo codice, il quale «pare presentare una sua logicità di fondo nel senso del superamento delle posizioni più totalizzanti nonché delle letture più formalistiche» (p. 869) del principio di concorrenza.

³⁶ Cfr. Cons. St., *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*, III – *Relazione agli articoli e agli allegati*, Roma, 7 dicembre 2022, p. 13.

³⁷ Cfr. E. CARUSO, *Equo trattamento dei lavoratori nel nuovo codice dei contratti pubblici*, *cit.*, p. 870, secondo cui il nuovo codice realizza il «superamento delle posizioni più totalizzanti nonché delle letture più formalistiche» del principio di concorrenza e l'abbandono di quell'«oltranzismo pan-concorrenziale non inusuale dopo l'entrata in vigore del Codice del 2006».

³⁸ La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha ribadito più volte l'importanza della tutela della concorrenza come principio fondante nel settore della contrattualistica pubblica. Fra le tante, v. CGCE, Sez. VI, 12 dicembre 2002, C-470/99, *Universale-Bau AG c. Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*. La tutela della concorrenza come principio ispiratore della disciplina è stata riconosciuta anche dalla Corte costituzionale con la sentenza del 23 novembre 2007, n. 401 (su cui, v. R. DE NICTOLIS, *I principi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 401/2007*, in *Federalismi.it*, n. 23, 2007), incentrata sull'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., che affida alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la materia della «tutela della concorrenza», con la conseguenza che il nucleo fondamentale della disciplina sulla contrattualistica pubblica è di competenza dello Stato, dovendosi escludere una disciplina differenziata a livello regionale. Sul punto, è intervenuto anche il Giudice amministrativo (v. Cons. St., Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, p. 39), affermando come «l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria [...] 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. Sulle declinazioni e sul fondamento del principio di concorrenza in ambito europeo e nazionale, v. F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Diritto amministrativo*, n. 1, 2013, pp. 15 ss. Sulle dimensioni della concorrenza nella disciplina europea e in quella nazionale sugli appalti pubblici, v. M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo*

tre direttive europee di ultima generazione in materia di contratti pubblici³⁹, soltanto quella sui settori speciali indica espressamente che la relativa disciplina è volta ad «assicurare l'apertura alla concorrenza»⁴⁰. Ciò è dovuto alla natura peculiare di tali settori, la cui “specialità” deriva proprio dalle attività e dai soggetti in essi operanti. Si tratta di settori riguardanti beni primari e servizi essenziali, contraddistinti dalla natura di servizio pubblico di parte o di tutte le attività in essi ricompresi, e dal modello imprenditoriale che ne caratterizza gli operatori⁴¹, i quali tradizionalmente erano individuati in imprese pubbliche operanti in situazioni di monopolio o, comunque, in soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi. La pubblica utilità (unitamente all'interesse nazionale ad essi sotteso) ha infatti determinato storicamente un'apertura alla concorrenza più difficoltosa rispetto ai settori ordinari⁴². Ciò è da attribuire anche al fatto che essi coincidono con quei settori tipicamente riconducibili alla categoria dei servizi pubblici a rete (ad eccezione del settore dei porti e degli aeroporti, che non presenta una struttura a rete), nei quali l'infrastruttura di rete, che ne assicura l'erogazione, ne caratterizza la natura tipica di monopolio naturale, come tale non contendibile⁴³. Da qui l'esclusione dall'applicazione delle disposizioni europee in materia di appalti pubblici e l'originaria denominazione di “settori esclusi”, di cui alla direttiva 90/531/CEE. Ma i venti di liberalizzazione in Europa degli anni Novanta e l'importanza economica in termini quantitativi di tali settori hanno determinato il passaggio, dapprima alla denominazione di “settori *ex* esclusi” con la direttiva 93/38/CEE, ed infine a quella di “settori speciali” con la direttiva 2004/17/CE, passando da una esclusione dalla piena applicazione delle norme relative ai contratti pubblici ad una loro, seppur peculiare

e nazionale, in *Diritto amministrativo*, n. 1-2, 2016, pp. 71 ss. e P. LAZZARA, *Introduzione al sistema dei contratti della pubblica amministrazione*, in ID. (a cura di), *Il diritto dei contratti pubblici*, Aracne, Roma, pp. 14 ss.

³⁹ Il riferimento è alla direttiva 2014/23/UE in materia di concessioni, alla 2014/24/UE sui settori ordinari, e alla 2014/25/UE sui settori speciali.

⁴⁰ Data la «natura chiusa dei mercati». Cfr. *considerando* n. 2 della direttiva 2014/25/UE.

⁴¹ Sul punto, v. F. VETRÒ, *I settori speciali*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, cit., pp. 733 ss.

⁴² La Corte di giustizia ha peraltro affermato più volte come, anche nell'ambito dei servizi pubblici, debbano essere assicurati l'apertura alla concorrenza e l'imparzialità dei procedimenti di aggiudicazione. Fra le tante, v. CGCE, Sez. IV, 13 settembre 2007, C-260/04, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana* e CGCE, Sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG*.

⁴³ Sulla nozione e sulle caratteristiche del servizio pubblico a rete, v. F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Giappichelli, Torino, 2005, spec. pp. 51 ss. Sul tema dei servizi pubblici nei settori speciali, si vedano: G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, vol. III, *I servizi pubblici. Finanza pubblica e privata*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 2189 ss.; N. RANGONE, *I trasporti pubblici di linea*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, cit., pp. 2265 ss.; ID., *Le telecomunicazioni*, ivi, 2391 ss.; A. FIORITTO, *I servizi idrici*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, cit., pp. 2502 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pre concorrenziale dei servizi pubblici a rete: il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Giuffrè, Milano, 2006; M.A. SANDULLI, *La gestione dei servizi pubblici locali nei settori speciali*, M.P. CHITI (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bononia University Press, Bologna, 2010, pp. 119 ss.; V. PARISIO, *La gestione del servizio idrico (integrato): valorizzazione della specialità e vuoto normativo*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, Cedam, Padova, 2013, pp. 125 ss.; F. CAPORALE, *I servizi idrici: dimensione economica e rilevanza sociale*, Franco Angeli, Milano, 2017.

(*recte*, speciale), applicazione⁴⁴. A tali direttive, si è aggiunta infine la direttiva 2014/25/UE, dedicata esclusivamente alle «procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali». Il legislatore europeo, spinto dalla opportunità di mantenere norme riguardanti gli appalti in tali settori⁴⁵, ha così previsto una normativa separata e autonoma che coordinasse le procedure di appalto degli enti erogatori di tali servizi pubblici.

All'interno della disciplina dei settori speciali, la finalità della promozione della concorrenza assume un ruolo preminente rispetto ad altre finalità tradizionali della disciplina comunitaria degli appalti, come quella di efficace allocazione delle risorse pubbliche, in tal caso soltanto eventuale, dal momento che non tutti i soggetti operanti in tali settori utilizzano risorse pubbliche, potendo essere anche soggetti imprenditoriali puri, e quella relativa al contrasto alla corruzione, dal momento che i soggetti aggiudicatori non svolgono attività inquadrabili come pubbliche funzioni e non sempre sono gestori di servizi pubblici⁴⁶. Tali finalità divengono così recessive, in favore di quella della tutela della concorrenza, che caratterizza in modo peculiare il rapporto fra quest'ultima e i settori speciali, rispetto a quanto avviene nei settori ordinari. Ed è proprio da questo ruolo preminente della concorrenza, che si giustifica l'esistenza di una norma volta ad introdurre un'esenzione dall'applicazione dell'intera disciplina codicistica (e non solo delle norme relative ai settori speciali) per quelle attività direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili. Si tratta dell'articolo 143 del d.lgs. n. 36/2023, il quale recepisce gli artt. 34 e 35 della direttiva 2014/25/UE e 16 della direttiva 2014/23/UE, ponendosi in sostanziale continuità con il previgente art. 8 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50⁴⁷.

⁴⁴ Alla quale è stata data attuazione (unitamente alla direttiva 2004/18/CE) nell'ordinamento interno con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il quale nella Parte III conteneva la disciplina relativa ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali di rilevanza comunitaria, prima contenuta nel d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158, prevedendo per la prima volta una disciplina dei settori speciali, integrata in un sistema normativo dedicato esclusivamente ai contratti pubblici. Prima del codice del 2006, infatti, gli appalti nei settori speciali erano oggetto di una autonoma e separata regolamentazione.

⁴⁵ «In quanto le autorità nazionali continuano a essere in grado di influenzare il comportamento di questi enti» e vista la «natura chiusa dei mercati in cui agiscono gli enti in tali settori», come indicato nel *considerando* n. 1 della direttiva stessa.

⁴⁶ Cfr. S. CADEDDU, S. FIENGA, *Appalti di lavori, servizi e forniture nei settori del gas, energia, acqua, trasporti e servizi postali* (artt. 114-121; artt. 6, 7, 8, 10, 13, 14, 15), in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 1048. Sul fine della prevenzione della corruzione nei contratti pubblici, v., G. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici* (art. 1, commi 17-25, 32 e 52-58), in B. MATTARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 125 ss.; F. DI LASCIO, *Anticorruzione e contratti pubblici: verso un nuovo modello di integrazione tra controlli amministrativi?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 2019, pp. 805 ss.; E. CARLONI, *L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive ai tempi del PNRR*, in *Diritto amministrativo*, n. 3, 2022, pp. 641 ss.

⁴⁷ Cfr. Cons. St., *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 188. Il codice del 2016 dedicava il Capo I del Titolo VI (Regimi particolari di appalto) della Parte II agli «Appalti nei settori speciali», ma collocava le esenzioni dall'applicazione delle norme codicistiche, fra cui quella relativa alle attività direttamente esposte alla concorrenza, nella parte generale. Sulla disciplina dei settori speciali nel codice del 2016, v. L. TORCHIA, *La disciplina dei settori speciali nel nuovo codice dei contratti*, in E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI (a cura di), *Aspetti della transizione nel settore dell'energia: gli appalti nei settori speciali, il market design e gli assetti di governance*, Cedam, Padova, 2018, pp. 17 ss. In tema di attività direttamente esposte alla concorrenza nei settori speciali, v. A. COLAVECCHIO, *Appalti nei settori speciali e*

2. L'ambito di applicazione ed il fondamento della deroga

L'esenzione di cui all'art. 143 del d.lgs. n. 36/2023, correttamente collocato dal legislatore nel Libro III del Codice⁴⁸, interamente dedicato ai settori speciali, sancisce la inapplicabilità delle disposizioni codicistiche per quei contratti relativi allo svolgimento di un'attività inerente ai settori speciali (di cui agli artt. 146-152 del codice), se tale attività è direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili.

Per effetto dell'art. 143 del Codice, quindi, tutti i contratti strumentali allo svolgimento di un'attività inerente ai settori speciali sono esclusi dall'applicazione della disciplina codicistica e, di conseguenza, vengono affidati senza una previa procedura di gara, se l'attività oggetto del contratto è direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili. In tal modo viene, pertanto, ulteriormente delimitato l'ambito di applicazione della disciplina relativa ai settori speciali⁴⁹, per la quale, affinché possa

attività esposte alla concorrenza, in A. MALTONI (a cura di), *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 205 ss.

⁴⁸ Sotto la vigenza del codice del 2016, potevano individuarsi essenzialmente tre problemi: 1) un problema redazionale, secondo cui le norme riferite ai settori speciali erano sparse nel codice e individuate secondo una triplice tecnica: inclusione nella parte generale di disposizioni specifiche per i settori speciali; individuazione di norme dettate per i settori ordinari ma applicabili anche ai settori speciali; disposizioni specifiche; 2) la presenza di rinvii plurimi e fra loro non coordinati; 3) la vaghezza del rinvio a norme "in quanto compatibili" (le disposizioni comuni a tutti i settori, di cui agli artt. 1-58, venivano richiamate anche per i settori speciali "in quanto compatibili") e a norme specifiche individuate per i settori ordinari, complicando l'individuazione delle disposizioni di volta in volta applicabili.

Al fine di realizzare il generale progetto di riordino per dare completezza ed autoconclusività alla disciplina dei settori speciali, il nuovo codice inserisce nel Libro III (agli artt. 142-145) quelle disposizioni prima contenute nella parte generale del previgente codice, relative alle esenzioni generali dall'applicazione delle norme sui contratti pubblici, con conseguente operatività dell'affidamento diretto, ma limitate ai soli settori speciali. In particolare, l'art. 142 accorpa in un'unica disposizione le esenzioni relative agli affidamenti a *joint ventures* e ad imprese collegate, prima contenuti negli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 50 del 2016, l'art. 143, riprendendo l'esenzione di cui al previgente art. 8, prevede l'esenzione relativa ad attività esposte direttamente alla concorrenza su mercati liberamente accessibili, mentre gli artt. 144 e 145 prevedono rispettivamente esenzioni per gli appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi e per attività svolte in Paesi terzi, prima contenute negli artt. 13 e 14 del previgente codice.

⁴⁹ L'ambito di applicazione delle disposizioni contenute nel Libro III del codice è individuato dall'art. 141. L'ambito oggettivo di applicazione riguarda quei contratti relativi alle attività nei settori del gas, dell'energia termica, dell'elettricità, dell'acqua, dei servizi di trasporto, di porti e aeroporti, dei servizi postali e della estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi. Oltre alle disposizioni specificamente dettate per i settori speciali, il 3° comma dell'art. 141 prevede un rinvio espresso alle norme di parte generale, dedicate ai settori ordinari, anche ad essi applicabili. L'obiettivo di tale disposizione è quello di ovviare alle incertezze interpretative del codice precedente, eliminando il rinvio alle norme dei settori ordinari «in quanto compatibili», di cui al previgente art. 114, e individuando in modo completo ed esaustivo l'ambito oggettivo di applicazione delle norme ai settori speciali, attraverso una individuazione puntuale e analitica delle disposizioni dei Libri I e II anche ad essi applicabili. Quanto all'ambito soggettivo di applicazione, ai sensi del 1° comma dell'art. 141, la disciplina si applica alle «stazioni appaltanti» e agli «enti concedenti», che svolgono una delle attività di cui agli articoli 146-152, ossia a qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture o contratti di concessione di lavori o di servizi, e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice. Il 2° comma, in continuità con la disciplina del codice precedente, estende l'ambito soggettivo di applicazione alle imprese pubbliche e agli altri soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi (che non siano amministrazioni o imprese pubbliche), ma limitatamente ai contratti funzionalmente strumentali a una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152. Tale strumentalità è da intendersi «in termini di mezzo a fine, ovvero che può essere considerato come incluso nella gestione di un servizio di cui ai settori speciali» (Cfr., Cons. St., Ad. Plen., 1° agosto 2011, n. 16). Pertanto, tali soggetti sono tenuti ad esperire procedure ad evidenza pubblica soltanto in caso di attività funzionalmente strumentali all'attività svolta nel settore speciale di riferimento, potendo, in

applicarsi, non sarà sufficiente la condizione di ente aggiudicatore in senso soggettivo, ma sarà necessario guardare all'attività svolta da quest'ultimo e al rapporto fra essa e il relativo appalto⁵⁰.

In continuità con l'estensione dell'ambito applicativo operato dall'art. 8 del previgente codice, il quale, rispetto all'art. 219 del codice del 2006⁵¹, allargava l'esclusione in questione anche alle concessioni e ai concorsi di progettazione, la generica espressione "contratti" si riferisce complessivamente ad appalti, concessioni e concorsi di progettazione. Inoltre, tale esclusione riguarda l'applicazione dell'intero Codice, comprese le norme derogatorie relative ai settori speciali, ma anche la sottrazione a tutti gli obblighi di gara, fermo restando soltanto l'obbligo di pubblicazione dell'affidamento⁵².

Il fondamento della disciplina è direttamente collegato alla pubblica utilità, al processo di liberalizzazione delle attività inerenti ai settori speciali e al relativo mutamento del ruolo dei poteri pubblici in tali settori⁵³.

La liberalizzazione e la conseguente esposizione alla concorrenza di tali attività ha comportato una inutilità, se non una dannosità, dell'applicazione delle regole di evidenza pubblica, di fatto finalizzate alla promozione e al rispetto della effettiva concorrenza tra le imprese operanti nel mercato⁵⁴. Una inutilità poiché i soggetti operanti in mercati liberamente accessibili devono già di per sé scegliere i propri contraenti in modo efficiente dal punto di vista economico per poter rimanere competitivi sul mercato.

Con la conseguenza che una scelta arbitraria o discriminatoria finirebbe necessariamente per penalizzare

caso contrario, applicare la disciplina civilistica. Sul concetto di strumentalità, tuttavia, la Corte di Giustizia (CGUE, Sez. V, 28 ottobre 2020, n. C-521/18, sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal TAR Lazio in tema di attività relative alla prestazione di servizi postali (*Pegaso c. Poste Italiane*) ha di recente fornito un'interpretazione estensiva, tale da ricomprendervi «tutte le attività che presentano un nesso con l'attività rientrante nel settore speciale, nel senso che servono effettivamente all'esercizio di tale attività consentendone la realizzazione in maniera adeguata, tenuto conto delle sue normali condizioni di esercizio», considerando in tal modo strumentali anche quelle attività aventi anche una attinenza indiretta ad una delle attività dei settori speciali, (come nel caso di specie i servizi di portierato e di reception).

⁵⁰ Cfr. CGCE, Sez. II, 16 giugno 2005, C-462/03 e C-463/03, *Strabag AG e Kostmann GmbH c. Österreichische Bundesbahnen*, ove si legge che l'applicabilità della disciplina dei settori speciali «dipende dall'attività svolta dall'ente aggiudicatore considerato, nonché dai nessi esistenti fra questa stessa attività e l'appalto progettato dal detto ente».

⁵¹ L'art. 8 del d.lgs. n. 50/2016 sanciva l'inapplicabilità della disciplina codicistica agli «appalti destinati a permettere lo svolgimento di un'attività di cui agli articoli da 115 a 121, [a]i concorsi di progettazione organizzati per il perseguimento di tale attività, nonché [a]lle concessioni aggiudicate da enti aggiudicatori». Il precedente art. 2019 del d.lgs. n. 163/2006 prevedeva la medesima esclusione soltanto per «gli appalti destinati a permettere la prestazione di un'attività di cui agli articoli da 208 a 213».

⁵² In tal senso, v. F. FOLLIERI, *Contratti esclusi (artt. 4-20)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 252.

⁵³ È la stessa Commissione ad affermare nella COM(1998) 143, dell'11 marzo 1998, p. 7, ad affermare come l'imposizione di obblighi in materia di pubblicità e di procedure per l'aggiudicazione degli appalti derivi da un intervento dello Stato che accorda un monopolio od una situazione di privilegio ad un determinato operatore, determinando l'assenza di concorrenza. Pertanto, nel caso in cui sia accertato che in un settore vi è concorrenza effettiva, «i vincoli imposti dalla direttiva dovrebbero essere tolti».

⁵⁴ Al riguardo la Commissione, nel punto 5 della Comunicazione sulle «Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di trasferimento di tecnologia» (2004/C 101/02), ha affermato come l'«obiettivo generale dell'art. 81 è quello di tutelare la concorrenza sul mercato in modo da accrescere il benessere dei consumatori e favorire l'allocatione efficiente delle risorse». Su tale base, può, pertanto, affermarsi che, se la normativa concorsuale per l'affidamento di contratti pubblici rientra nell'ambito di applicazione dell'attuale art. 101 TFUE (*ex* art. 81 TCE), finalizzato principalmente alla promozione della concorrenza, in una situazione di per sé già contendibile non dovrebbero ricorrere i presupposti comunitari per l'applicazione delle norme sui contratti pubblici.

economicamente il soggetto che la compie. Una dannosità, dal momento che tali soggetti, qualora dovessero rispettare le procedure concorsuali di scelta del contraente, subirebbero un danno sia in termini di tempi necessari per l'espletamento delle procedure di evidenza pubblica sia in termini di costi per la loro adozione e il loro espletamento⁵⁵, restando penalizzati rispetto ai concorrenti. La conseguenza è il passaggio da un controllo formale sugli atti (e quindi sulla correttezza delle procedure di gara), del quale viene meno l'utilità, ad un controllo di merito sui concreti comportamenti posti in essere dagli operatori, attraverso l'AGCM e le autorità regolatorie di settore, e quindi tramite la tutela della concorrenza e la vigilanza sul rispetto delle normative settoriali⁵⁶.

Dunque, una effettiva concorrenza dal lato dell'offerta comporta un limite alle regole di gara per l'acquisizione del contratto pubblico e l'applicazione dell'esenzione di cui all'art. 143. Tuttavia, la liberalizzazione di un mercato non ne garantisce la contendibilità. L'esistenza di un mercato libero, infatti, non determina in modo automatico che si realizzino i presupposti per consentire la libertà di iniziativa economica individuale⁵⁷. E ciò può avvenire per diversi motivi, come la presenza di barriere all'accesso, che rendono più difficoltoso l'ingresso al mercato di nuove imprese (come nel caso di oligopoli e monopoli naturali), o la presenza dei c.d. *sunk cost*, ossia quei costi che un'impresa sarebbe costretta a sostenere per accedere ad un mercato e che diverrebbero irrecuperabili qualora la stessa decidesse successivamente di uscirne, ma anche come la scarsità delle risorse impiegate o potenzialmente impiegabili in quel dato settore. Ciò premesso, si renderà, pertanto, necessario verificare in concreto la effettiva concorrenza e l'esistenza di quei medesimi effetti che si produrrebbero con l'applicazione delle regole di evidenza pubblica. A tal riguardo, l'art. 143 indica una serie di presupposti finalizzati a determinare se un'attività sia direttamente esposta alla concorrenza, presupposti la cui sussistenza è rimessa ad una valutazione della Commissione europea, di cui si dirà nel paragrafo successivo.

Il quinto comma dell'art. 143 prevede invero una presunzione di libera accessibilità per quei mercati indicati nell'allegato III della direttiva 2014/25/UE, coincidenti essenzialmente con i settori speciali. Tale presunzione, tuttavia, opera soltanto con riferimento a quei settori per i quali siano stati adottati

⁵⁵ Cfr. P. GIAMMARIA, F. TEDESCHINI, *Art. 8*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, Utet, Milano, 2017, pp. 92-93, i quali rilevano come l'impiego di risorse per adottare procedure ad evidenza pubblica non abbia ragion d'essere, rispetto alla normativa comunitaria, se l'apertura alla concorrenza in un certo mercato si sia già realizzata.

⁵⁶ Sul punto, v. L. D'OTTAVI, *Appalti pubblici di forniture e somministrazioni nel "Codice dei contratti pubblici"*, in *Giustamm.it*, n. 4, 2007, p. 1, e F. PELLIZZER, P. D'AMELIO, *I contratti esclusi dalla disciplina dei settori speciali*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. V, *I settori speciali. L'esecuzione*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 3273.

⁵⁷ Cfr. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 5, secondo il quale il concetto di concorrenza è strettamente correlato a quello di mercato, ma se l'esistenza di un mercato libero non determina che si realizzino naturalmente i presupposti per consentire la libertà di iniziativa economica individuale, l'esistenza del mercato può considerarsi un indiscutibile presupposto della concorrenza, ma non vale il contrario, poiché può esserci mercato anche senza concorrenza.

provvedimenti attuativi. In tali casi, l'apertura alla concorrenza di un dato mercato, infatti, è già stata dimostrata, e di conseguenza la Commissione non è tenuta ad accertarla in concreto.

Qualora non sia possibile presumere il libero accesso a un mercato, esso deve essere dimostrato in fatto e in diritto. Come già osservato, infatti, la liberalizzazione di un mercato non ne indica necessariamente la contendibilità, e non si tratta, pertanto, di una presunzione assoluta, ma suscettibile di prova contraria, attuando in concreto la procedura di verifica nel merito di competenza della Commissione europea. In tal caso, l'onere della prova ricade sulle amministrazioni nazionali, le quali non possono stabilire autonomamente l'esenzione, benché non contestata dalla Commissione⁵⁸, essendo comunque necessaria una istanza espressa rivolta a quest'ultima (da parte del Presidente del Consiglio o dell'ente aggiudicatore), la quale assume così un ruolo centrale nella decisione sulla libera accessibilità ad un mercato.

2.1. (segue) Il procedimento

La valutazione dell'esposizione alla concorrenza di una determinata attività è di competenza della Commissione europea, sulla base del procedimento di cui all'art. 35 della direttiva 2014/25/UE, come integrato dalla decisione 2016/1804/UE.

Tale procedimento si apre su iniziativa di uno Stato membro o di un ente aggiudicatore, i quali, quando ritengano che una determinata attività sia direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili, possono richiedere alla Commissione che si applichi l'esenzione in esame, informandola di tutte le circostanze pertinenti e allegando eventualmente la posizione adottata da un'amministrazione nazionale indipendente competente per l'attività in questione.

La disposizione codicistica (art. 143), sulla scorta di quanto sancito dal legislatore comunitario, attribuisce l'iniziativa al Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il relativo Ministro di settore (6° comma), e alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti (7° comma), restando ferma, in tal caso, la competenza del Presidente del Consiglio dei ministri a fornire chiarimenti qualora alla richiesta non sia corredata la relazione dell'autorità indipendente di settore. L'attribuzione dell'iniziativa al solo Presidente del Consiglio dei ministri⁵⁹ è espressione del principio di semplificazione, per il tramite del quale, accentrando in un unico organo le varie competenze per materia, si consente di evitare una dispersione dei procedimenti fra i vari ministeri. Mentre la possibilità che tale richiesta possa provenire anche “dal

⁵⁸ Al riguardo, l'art. 219, 7° comma, del Codice del 2006 prevedeva la possibilità che l'amministrazione nazionale indipendente competente del settore in questione potesse stabilire l'applicabilità dell'esenzione, la quale diveniva direttamente operativa se, una volta notificata, non veniva contestata dalla Commissione. Tale disposizione era, tuttavia, stata espunta già dal Codice del 2016.

⁵⁹ La scelta di affidare tale competenza al Presidente del Consiglio dei ministri è stata operata dal legislatore del Codice del 2016, in discontinuità con il Codice del 2006, dove l'art. 219 attribuiva tale competenza al Ministro per le politiche comunitarie.

basso”, ossia dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti, evitando di passare per l’amministrazione centrale, richiama il principio di prossimità di derivazione comunitaria, già ispiratore dell’art. 35 medesimo, laddove consente espressamente che tali richieste possano riguardare anche soltanto una parte del singolo settore o una zona del singolo Stato membro.

A seguito di tale richiesta⁶⁰, la Commissione, nel termine di 90 giorni lavorativi, se è possibile presumere il libero accesso a un determinato mercato sulla base dei criteri indicati, o in quello di 130 giorni negli altri casi, può adottare un atto di esecuzione, stabilendo se tale attività sia esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili o meno, con la conseguente applicazione dell’esenzione. A differenza di quanto previsto dal Codice del 2006⁶¹, la decisione della Commissione non necessita di alcun atto di recepimento interno, essendo direttamente applicabile nell’ordinamento nazionale.

Tali termini decorrono dal primo giorno lavorativo successivo alla data in cui la Commissione riceve la domanda oppure, qualora le informazioni fornite al momento della domanda siano incomplete, dal giorno lavorativo successivo alla data in cui essa riceve le informazioni complete. Gli stessi possono essere prolungati di 15 giorni lavorativi se la domanda è accompagnata da una posizione motivata e giustificata, adottata da un’amministrazione nazionale indipendente competente per l’attività in questione. Tale relazione, che analizza “in modo approfondito” le condizioni per l’eventuale applicabilità dell’esenzione, rappresenta di fatto una sorta di istruttoria anticipata, che l’autorità nazionale fornisce alla Commissione⁶². Gli stessi termini, inoltre, possono essere prorogati dalla Commissione con l’accordo dello Stato membro o dell’ente aggiudicatore che ha presentato la richiesta.

Una volta ricevuta la domanda, la Commissione, oltre a poter richiedere di fornire tutte le informazioni necessarie, può anche chiedere di integrare o di chiarire le informazioni già fornite entro un termine adeguato. In caso di risposte tardive o incomplete, i termini di cui sopra sono sospesi per il periodo intercorrente fra la scadenza del termine indicato nella domanda di informazioni e il ricevimento delle stesse in forma completa e corretta.

Infine, il procedimento si conclude (nei termini di 90 o 130 giorni poc’anzi detti) con una decisione espressa della Commissione europea, la quale, come detto, sancisce l’operatività dell’esenzione ed è direttamente applicabile nell’ordinamento interno, essendo basata sull’accertamento della presenza di una

⁶⁰ Le cui informazioni minime sono elencate nell’allegato I della decisione 2016/1804/UE, fra le quali: il nome e l’indirizzo completo del richiedente; lo *status* (amministrazione aggiudicatrice, impresa pubblica o impresa privata); la descrizione dell’attività contemplata dalla richiesta; il mercato interessato e l’esposizione alla concorrenza.

⁶¹ Il cui art. 219, 11° comma, a seguito della decisione della Commissione, o del silenzio all’esito del decorso del termine, richiedeva l’emanazione di un decreto del Ministro delle politiche comunitarie, che indicasse le attività escluse dall’applicazione del Codice. Una disposizione analoga non era presente già nel Codice del 2016.

⁶² In tal senso, P. GIAMMARIA, F. TEDESCHINI, *Art. 8, cit.*, p. 96.

effettiva concorrenza nel settore in questione, oppure con il silenzio assenso, il quale comporta le medesime conseguenze.

Le disposizioni di cui all'art. 35, 4° e 5° comma, della direttiva 2014/25/UE, riprese letteralmente dagli ultimi due commi dell'art. 143 del codice, prevedono due meccanismi di semplificazione. Con il consenso della Commissione, infatti, la richiesta di cui sopra può essere modificata relativamente alle attività o all'area geografica interessate, con la decorrenza di un nuovo termine, salvo che la Commissione europea concordi un termine più breve con l'Autorità o con la stazione appaltante o l'ente concedente che ha presentato la richiesta (4° comma). La *ratio* della norma dovrebbe consistere in una maggior completezza dell'istruttoria e, di conseguenza, in una maggior ponderazione della valutazione relativa alla situazione concorrenziale. Pertanto, in tal caso, il beneficio semplificatorio rimane strumentale al fine principale di garantire una istruttoria completa, che accerti correttamente l'esistenza o meno di un mercato contendibile.

È, infine, possibile la riunione in un'unica richiesta (e di conseguenza l'avvio di un'unica istruttoria e l'emanazione di un'unica decisione) di tutte quelle domande riguardanti la medesima attività già oggetto di procedura, qualora le stesse siano pervenute alla Commissione europea prima della scadenza del termine previsto per la prima domanda (5° comma). In tal caso, non può fare a meno di notarsi come l'accertamento della identità fra le plurime domande, soprattutto nei casi più complessi, può comportare la necessità di proroghe istruttorie, le quali vanno in tal modo a “compensare” l'effetto semplificatorio ottenuto con la riunione delle domande. L'accelerazione dell'*iter* procedurale ottenuto con la riunione delle domande non può, infatti, andare a scapito della completezza dell'istruttoria, la quale mantiene un ruolo centrale in relazione al fine ultimo della procedura, ossia quello di operare una corretta valutazione sulla situazione concorrenziale.

All'esito del procedimento poc'anzi delineato, la Commissione europea può adottare una decisione che attesti la sussistenza o meno dei presupposti necessari per l'applicazione dell'esenzione in esame, e talvolta anche relativamente soltanto a talune delle attività rientranti in un dato mercato. È stato questo il caso della decisione 2020/1499/UE, del 28 luglio 2020, relativa alle attività di produzione e vendita all'ingrosso di energia elettrica da fonti rinnovabili⁶³. La richiesta era stata presentata il 3 dicembre 2019 da *Enel Green Power*, senza essere accompagnata da una posizione motivata e giustificata adottata da un'autorità nazionale indipendente. In particolare, i servizi interessati dalla richiesta riguardavano l'energia solare, eolica, mini idroelettrica e geotermica, restando invece esclusi la biomassa e il biogas, in quanto sottoposti

⁶³ Tale decisione è stata preceduta dalla 2012/539/UE, del 26 settembre 2012, nella quale la Commissione aveva ritenuto le attività di produzione e di vendita all'ingrosso di energia elettrica da fonti convenzionali, nelle macrozone del Nord e del Sud Italia, direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili, con la conseguente inapplicabilità della direttiva 2004/17/CE agli appalti diretti a consentire la produzione e la vendita all'ingrosso di energia da fonti convenzionali in tali zone.

a regimi incentivanti, i quali, secondo la prassi della Commissione, escluderebbero la diretta esposizione alla concorrenza dei relativi settori. A seguito delle valutazioni relative al libero accesso al mercato e alla diretta esposizione alla concorrenza, la Commissione ha sancito la inapplicabilità della direttiva 2014/25/UE, relativamente agli appalti diretti a consentire la produzione e la vendita all'ingrosso di energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili in Italia, soltanto in base ai regimi istituiti dai d.m. del 23 giugno 2016 e del 4 luglio 2019. Il primo dei due decreti ha introdotto un sistema di incentivazione, aperto a tutte le fonti di energia rinnovabile (ad eccezione dell'energia solare fotovoltaica), suddividendo i beneficiari in tre categorie in base alla potenza degli impianti⁶⁴, mentre il secondo consisteva in aiuti operativi per la produzione di energia elettrica mediante impianti che utilizzano l'eolico *onshore*, il solare fotovoltaico, l'idroelettrico e i gas residuati dei processi di depurazione, da applicarsi a tre categorie di impianti a seconda del tipo di intervento⁶⁵. In entrambi i casi, la Commissione ha rilevato come, per le tecnologie ammesse nell'ambito di tali regimi, i costi livellati della produzione di energia sarebbero più elevati rispetto al prezzo di mercato atteso dell'energia elettrica e che, in assenza di aiuti e in condizioni normali di mercato, il valore attuale netto (VAN) per i progetti relativi alle energie rinnovabili sarebbe negativo. Quanto, invece, a tutti gli altri regimi oggetto della richiesta, ossia CIP6, CV/GRIN, CE, TO, il regime istituito dal decreto ministeriale del 14 febbraio 2017 e i regimi RID e SSP⁶⁶, la Commissione ha escluso la diretta esposizione alla concorrenza, rilevando come i beneficiari non siano soggetti a pressioni concorrenziali.

Nel caso della decisione 2011/372/UE, del 24 giugno 2011, emanata a seguito della domanda presentata da Assomineraria il 23 marzo 2011, invece, la Commissione ha accertato la diretta esposizione alla concorrenza su mercati liberamente accessibili di due distinte attività: la prospezione di giacimenti di petrolio e di gas e la produzione di petrolio in Italia⁶⁷. Premesso, infatti, che, secondo la Commissione,

⁶⁴ Impianti nuovi di grandi dimensioni (con capacità installata superiore a 5 MW), impianti nuovi di medie dimensioni, incluso il rifacimento degli impianti di ogni dimensione (con capacità installata compresa tra 500 kW e 5 MW), e gli impianti più piccoli (con capacità installata non superiore a 500 kW).

⁶⁵ Impianti di nuova costruzione, integralmente ricostruiti e riattivati, di potenza inferiore a 1 MW; impianti oggetto di un intervento di potenziamento, qualora la differenza tra il valore della potenza dopo l'intervento e quello della potenza prima dell'intervento sia inferiore a 1 MW; impianti oggetto di rifacimento di potenza inferiore a 1 MW.

⁶⁶ Il riferimento è: *a*) al meccanismo del Comitato Interministeriale Prezzi del 29 aprile 1992 (CIP6); *b*) al meccanismo dei Certificati verdi o GRIN, il quale, dal 1° gennaio 2016 ha sostituito i Certificati verdi, a seguito dell'emanazione del d.m. 6 luglio 2012; *c*) al regime del Conto energia, introdotto in Italia con il d.lgs. del 29 dicembre 2003, n. 387, di recepimento della direttiva 2001/77/CE, e reso operativo con i decreti interministeriali 28 luglio 2005 e 6 febbraio 2006 (I Conto energia), ai quali hanno fatto seguito il d.m. 19 febbraio 2007 (II Conto energia), il d.m. 6 agosto 2010 (III Conto energia), il d.m. 5 maggio 2011 (IV Conto energia) e il d.m. 5 luglio 2012 (V Conto energia); *d*) alla tariffa onnicomprensiva prevista dal d.m. 18 dicembre 2008; *e*) al regime istituito dal decreto ministeriale del 14 febbraio 2017 per le isole minori, non interconnesse alla rete elettrica del continente; *f*) al regime del Ritiro dedicato, attivo dal 1° gennaio 2008; *g*) al regime dello Scambio sul posto, attivo dal 1° gennaio 2015.

⁶⁷ Sulla differenza tra le due attività è intervenuto il TAR Lazio, Roma, Sez. II-*bis*, 26 settembre 2016, n. 9939, secondo cui la prospezione consiste «in rilievi geografici, geologici, geochimici e geofisici eseguiti con qualunque metodo e mezzo, escluse le perforazioni meccaniche di ogni specie, intese ad accertare la natura del sottosuolo e del sottofondo marino».

un mercato è considerato liberamente accessibile se lo Stato membro ha attuato e applicato le disposizioni della normativa UE sulla liberalizzazione di un determinato settore (o di parti di esso), l'Italia ha attuato e applicato la direttiva 94/22/CE sulle condizioni di rilascio e di esercizio delle autorizzazioni alla prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi, dovendosi considerare, pertanto, liberamente accessibile il mercato in questione. Quanto, invece, alla diretta esposizione alla concorrenza, per entrambe le attività, la Commissione ha rilevato sussistere un basso livello di concentrazione del mercato e la presenza di operatori privati internazionali integrati verticalmente (c.d. *super majors*) e di un certo numero di operatori minori (c.d. *majors*), con una quota di mercato non superiore al 3,2%, oltre alle società pubbliche, presumendo l'esistenza di una effettiva concorrenza.

2.2. (segue) I criteri guida

La Commissione europea, nell'effettuare la valutazione dell'esposizione alla concorrenza di una determinata attività, deve orientare la propria decisione sulla base di criteri oggettivi, quali le caratteristiche del mercato dell'attività in questione e il mercato geografico di riferimento, lasciando impregiudicata l'applicazione della normativa in materia di concorrenza.

Il *considerando* n. 44 della direttiva 2014/25/UE, ispiratore dell'art. 143 del codice, dispone che, nell'operare tale valutazione, occorre tenere conto *a)* delle caratteristiche proprie del settore di riferimento e *b)* dei soggetti interessati in esso operanti, e ciò, *c)* in un lasso di tempo adeguato, in grado di garantire l'applicazione uniforme del diritto comunitario e funzionale ad una tutela effettiva della concorrenza⁶⁸. Se per il legislatore europeo, infatti, le regole concorsuali sono finalizzate alla promozione della concorrenza, e tale esenzione si giustifica per la inutilità di una procedura concorsuale laddove una effettiva concorrenza si sia già realizzata, il fine di quest'ultima (e della procedura volta a verificarne i presupposti di applicazione) va individuato nella tutela di quella situazione concorrenziale già realizzata. Quanto alla disposizione codicistica, il 3° comma dell'art. 143 sancisce che, per la valutazione relativa alle caratteristiche del mercato, occorre valutare: *a)* le caratteristiche dei prodotti o servizi interessati, da considerare in concreto e caso per caso, essendo possibile che prodotti qualitativamente differenti siano

mentre l'attività di ricerca consiste nell'insieme «delle operazioni volte all'accertamento dell'esistenza di idrocarburi liquidi e gassosi, comprendenti le attività di indagini geologiche, geochimiche e geofisiche, eseguite con qualunque metodo e mezzo, nonché le attività di perforazioni meccaniche, previa acquisizione dell'autorizzazione di cui all'articolo 27 della legge 23 luglio 2009, n. 99». Sulla identità fra le attività di estrazione e produzione di petrolio e, più in generale, sul settore dell'Estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi e sulla decisione 2011/372/UE, v. D. NOVELLO, *Esenzione dal rispetto della normativa in materia di evidenza pubblica nei settori speciali e interpretazione dell'art. 121 del codice dei contratti pubblici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 3-4, 2018, pp. 655 ss.

⁶⁸ Va rilevato come tale formulazione discenda direttamente dal *considerando* n. 40 della direttiva 2004/17/CE, secondo il quale era opportuno introdurre una procedura di verifica degli effetti di una apertura alla concorrenza attuale o futura, che potesse offrire «un adeguato procedimento di formazione delle decisioni, assicurando in tempi brevi un'applicazione uniforme del diritto comunitario in materia».

considerati alternativamente dagli utenti⁶⁹, ma anche che uno stesso prodotto ben possa rientrare in mercati differenti⁷⁰; *b*) l'esistenza di prodotti o servizi alternativi considerati sostituibili sul versante della domanda o dell'offerta, dovendosi considerare anche prodotti affini, benché qualitativamente inferiori; *c*) i prezzi, dal momento che, elevate differenze di prezzo di due prodotti funzionalmente simili possono indicare una non sostituibilità degli stessi dal punto di vista commerciale⁷¹; *d*) la presenza, effettiva o potenziale, di più fornitori dei prodotti o servizi in questione, considerando la possibilità di una presenza soltanto potenziale di altri operatori⁷². Si tratta di criteri che evocano la nozione di “posizione dominante”⁷³, ricavata proprio attraverso la delimitazione del mercato rilevante, il quale rappresenta una condizione necessaria e preliminare a qualsiasi giudizio su un comportamento anticoncorrenziale⁷⁴, e la cui definizione risulta dalla combinazione fra il mercato del prodotto e quello geografico. Il primo comprende tutti quei prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati. Il mercato geografico è, invece, un'area nella quale le imprese forniscono o acquistano prodotti o servizi e nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee⁷⁵. Pertanto, per definire il mercato rilevante, occorre valutare una serie di criteri, fra cui la sostituibilità dal lato dell'offerta e della domanda, le caratteristiche dei beni o dei servizi e le loro differenze di prezzo, la presenza di una concorrenza effettiva o potenziale e l'area di riferimento⁷⁶.

⁶⁹ Cfr. fra le tante, la decisione della Commissione europea, 11 febbraio 2004, COMP/M.3280 – *Air France/KLM*, ove, vista la stessa destinazione d'uso, sono stati ricompresi nello stesso mercato del prodotto i servizi di trasporto ferroviario ad alta velocità e il trasporto aereo su tratte brevi per passeggeri «*non time sensitive*».

⁷⁰ Si pensi al caso degli pneumatici nuovi, i quali possono riguardare due settori che vanno tenuti nettamente distinti: il mercato degli pneumatici di primo equipaggiamento e quello degli pneumatici di ricambio. Cfr. CGCE, 9 novembre 1983, C-322/81, *NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin e Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*.

⁷¹ Cfr. decisione della Commissione europea, 2 ottobre 1991, IV/M.53 - *Aérospatiale-Alenia/ de Havilland*, nella quale sono stati ritenuti non interscambiabili o fungibili un velivolo da 60 posti con un velivolo da 30 posti, per i quali i prezzi variano in misura considerevole (par. 10).

⁷² Come indicato nella sentenza CGCE, 21 febbraio 1973, C-6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione delle Comunità europee*.

⁷³ Definita come la «situazione di potere economico, grazie al quale l'impresa che lo detiene è in grado di ostacolare la concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori». Cfr. CGCE, 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione delle Comunità europee*.

⁷⁴ In tal senso, Tribunale di primo grado UE, I sez., 10 marzo 1992, cause riunite T-68/89, T-77/89 e T-78/89, *Società Italiana Vetro S.p.A., Fabbrica Pisana S.p.A. e PPG Vernante Pennitalia S.p.A. c. Commissione delle Comunità europee*, (c.d. sentenza Vetro piano), p. 1463.

⁷⁵ Cfr. *Comunicazione della Commissione sulla definizione di mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, in G.U.C.E., 9 dicembre 1997, C 372/03.

⁷⁶ Al riguardo, la *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit., par. 14 afferma come tra i criteri di determinazione del mercato rilevante, soltanto la sostituibilità dal lato della domanda rappresenta un fattore di per sé esaustivo, i criteri della sostituibilità dell'offerta e della concorrenza potenziale, infatti, richiedono comunque un'analisi di altri fattori concomitanti. Di conseguenza, essi svolgono un ruolo più incisivo durante la fase di valutazione dell'impatto anticoncorrenziale piuttosto che nella fase di delimitazione del mercato. Lo stesso approccio si ravvisa nella sentenza della CGCE, 11 dicembre 1980, C-31/80, *NV L'Oréal e SA L'Oréal c. PVBA “De Nieuwe AMCK”*.



La Commissione europea è intervenuta con la decisione 2023/264/UE sull'applicazione dell'esenzione in esame al settore dei servizi postali, a seguito della richiesta⁷⁷ presentata il 19 aprile 2022 dalla Repubblica italiana, per conto di Poste Italiane S.p.A., il 18 gennaio 2023. Il fine della richiesta era quello di stabilire se l'attività relativa ai servizi di gestione di servizi postali in Italia fosse esposta a un livello di concorrenza, nei mercati liberamente accessibili, tale da garantire che gli appalti siano condotti in modo trasparente e non discriminatorio, anche senza l'applicazione della disciplina contenuta nella direttiva 2014/25/UE. Basandosi sulla situazione di fatto e di diritto all'aprile 2022, sulle informazioni fornite dal richiedente e dalle autorità italiane e sulle informazioni a disposizione del pubblico, la valutazione della Commissione ha riguardato il libero accesso al mercato e il profilo della concorrenzialità. Quanto al primo aspetto, osservando preliminarmente che i servizi di smistamento della posta, nonostante possano essere prestati da fornitori di servizi postali, riguardano attività da mantenere distinte rispetto a quelle relative ai servizi postali (raccolta, smistamento, trasporto e distribuzione), senza che sussista, pertanto, alcun collegamento intrinseco che possa riservare lo svolgimento di tali attività ai fornitori di servizi postali o favorirli direttamente a tale fine, la Commissione ha sancito la libertà di accesso, di diritto e di fatto, al mercato dei servizi di smistamento della posta. Quanto alla libertà di accesso di diritto, ha osservato che i fornitori di tali servizi non hanno la necessità di richiedere un'autorizzazione preventiva, non essendo più richiesto alcun accreditamento dal Codice dell'amministrazione digitale⁷⁸. In relazione alla libertà di accesso di fatto, invece, la Commissione ha accertato l'assenza di norme tecniche o altri ostacoli di natura tecnologica all'accesso al mercato, considerando che in esso operano da anni imprese che detengono una quota di mercato inferiore al 2%, le quali ciononostante rimangono competitive. La valutazione sotto il profilo della concorrenzialità ha, invece, riguardato la preliminare definizione del mercato rilevante, relativamente al mercato del prodotto, coincidente con il mercato dei servizi di smistamento della posta, comprendente tutti i servizi di ausilio al trattamento della posta interna in seno a un'impresa, e a quello geografico, il quale, coerentemente a quanto dichiarato dal richiedente, ha una dimensione nazionale. Ciò premesso, la Commissione ha rilevato come si tratti di un mercato molto frammentato, nel quale operano circa 700 operatori, fra i quali nessuno detiene una quota di mercato superiore al 4%. In esso operano, quindi, imprese che possono esercitare una pressione concorrenziale significativa su Poste Italiane S.p.A., la quale, nel triennio 2019-2021, deteneva una quota di mercato non superiore al 5%. Tale mercato, pertanto, nel quale gli utenti e i consumatori possono scegliere tra una gamma di prodotti e servizi con

⁷⁷ Non accompagnata da una posizione motivata e giustificata, adottata da un'amministrazione nazionale indipendente competente per l'attività in questione, contenente un'analisi approfondita delle condizioni per l'applicabilità dell'art. 34, par. 1, della direttiva 2014/25/UE all'attività in questione.

⁷⁸ A differenza di quanto avveniva fino al 2020, quando i fornitori di tali servizi dovevano richiedere l'accreditamento come organismi di certificazione all'Agenzia per l'Italia digitale (AgID).

caratteristiche simili, che il fornitore non incontra ostacoli nel fornire, si caratterizza per una concorrenza significativa.

A seguito di tale valutazione, la Commissione ha quindi sancito la libera accessibilità del mercato in questione e la diretta esposizione alla concorrenza dell'attività ad esso relativa, con la conseguente non applicazione della direttiva 2014/25/UE agli appalti aggiudicati da enti aggiudicatori intesi a consentire lo svolgimento in Italia dell'attività relativa ai servizi di gestione di servizi postali.

3. La deroga per gli affidamenti infragruppo

Strettamente connessa a quella relativa alle attività direttamente esposte alla concorrenza, in quanto basata su valutazioni di natura concorrenziale, è l'esenzione dall'applicazione delle disposizioni codicistiche per gli affidamenti a *joint ventures* e ad imprese collegate. L'art. 142 del d.lgs. n. 36/2023⁷⁹, infatti, prevede una deroga al principio di concorsualità e la conseguente operatività dell'affidamento diretto per quei contratti aggiudicati da una *joint venture*, composta esclusivamente da più stazioni appaltanti o enti concedenti per svolgere una o più delle attività di cui agli artt. da 146-152 (e all'Allegato II alla direttiva 2014/23/UE), a una di tali stazioni appaltanti o enti concedenti, o da una stazione appaltante o ente concedente alla *joint venture* di cui fa parte (1° comma), e relativamente ai contratti aggiudicati da una stazione appaltante o ente concedente a un'impresa collegata e da una *joint venture*, composta esclusivamente da più stazioni appaltanti o enti concedenti per svolgere una delle attività relative ai settori speciali, ad un'impresa collegata a una di tali stazioni appaltanti o enti concedenti (2° comma).

Si tratta di una deroga ulteriore e distinta rispetto a quella prevista per gli affidamenti *in house*⁸⁰, di cui all'art. 7, comma 2, del codice, il cui fondamento è da rinvenirsi nei *considerando* n. 39-41 della direttiva

⁷⁹ Il quale recepisce sostanzialmente (con minimi interventi di *drafting*) gli artt. 29-31 della direttiva 2014/25/UE e 13 e 14 della direttiva 2014/23/UE e accorpa in un'unica disposizione i previgenti artt. 6 e 7 del codice del 2016. Cfr. Cons. St., *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 188.

⁸⁰ È, inoltre, una deroga antecedente, in quanto già individuabile nell'art. 8 della direttiva 93/38/CEE (benché riferita soltanto agli appalti di servizi), rispetto all'*in house providing*, il quale viene menzionato per la prima volta nel Libro bianco del 1998 relativamente a quegli appalti pubblici «aggiudicati all'interno della Pubblica amministrazione, ad esempio tra Amministrazione centrale e locale o, ancora, tra una Amministrazione ed una società interamente controllata», e si sviluppa successivamente nella giurisprudenza europea. Il *leading case* in materia è la sentenza CGCE, Sez. V, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal Srl c. Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, ove si legge che la situazione di *in house* legittima l'affidamento diretto della gestione di un servizio a una persona giuridicamente distinta in tutti quei casi in cui l'ente aggiudicatore «eserciti sulla persona cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano». Controllo analogo che è escluso in presenza di una partecipazione minoritaria di soggetti privati nella compagine societaria, benché anche soltanto potenziale, essendo necessaria una partecipazione pubblica totalitaria (cfr. CGCE, Sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle e RPL Recyclingpark Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, e CGCE, Sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG*). Pertanto, nello schema dell'*in house providing*, il soggetto affidatario è legato all'ente aggiudicatore da un rapporto talmente intenso da determinare una condizione di soggezione in grado di eliminarne qualsiasi autonomia decisionale. Sul punto, e per una ricostruzione del percorso giurisprudenziale, v. Cons. St., Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, Cons. St., Sez. V, 24 settembre 2010, n. 7092, nonché, più di recente, Cons. St., Sez.

2014/25/UE, secondo cui è opportuno escludere dall'ambito di applicazione delle norme sugli appalti pubblici gli affidamenti infragruppo, pur dovendosi evitare che tale esclusione provochi distorsioni della concorrenza a beneficio di imprese o *joint venture* collegate agli enti aggiudicatori. Di conseguenza, tale deroga è da considerarsi ammissibile nel momento in cui l'affidamento infragruppo, per l'assenza di una alterità soggettiva fra aggiudicatore e aggiudicatario, non genera un impatto sul mercato tale da rendere obbligatoria la procedura concorsuale di scelta del contrente, non configurando una distorsione della concorrenza e non alterando la *par condicio* fra gli operatori economici. In tali casi, più che di veri e propri appalti, sembrerebbe, infatti, trattarsi di modalità organizzative interne per la gestione di attività strumentali al gruppo societario⁸¹, ove la *joint venture* rappresenta lo strumento che rende possibile il collegamento fra i soggetti coinvolti nell'operazione economica avente ad oggetto l'aggiudicazione di un appalto o di una concessione⁸². Se, quindi, il fondamento della deroga è da rintracciare nella tendenziale assenza del carattere di terzietà dell'affidatario, lo scopo è quello di semplificare l'organizzazione e la gestione delle attività strumentali di quei gruppi privati in mano pubblica, gestori di servizi pubblici essenziali⁸³.

Quanto alla deroga di cui al primo comma dell'art. 142 e alla nozione di *joint venture*, non esistendo nel nostro ordinamento una puntuale definizione dell'istituto, è da intendersi un accordo fra imprese, le quali cooperano nel perseguimento di un interesse comune, limitandosi alla realizzazione di uno specifico progetto a breve termine (*joint venture* c.d. contrattuale), oppure dando vita ad un soggetto autonomo per

III, 27 agosto 2021, n. 6062. Sul punto si vedano anche le pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione civile sulla subordinazione dei gestori della società in house all'ente pubblico, ed in particolare Cass. civ., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, con nota di E. CODAZZI, *La giurisdizione sulle società cd. in house: spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*, in *Giurisprudenza commentata*, n. 2, 2015, pp. 236 ss. Nell'ampia letteratura sull'*in house providing*, senza alcuna pretesa di esaustività, si vedano: D.U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 1, 2007, pp. 22 ss.; M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *Federalismi.it*, n. 8, 2010; M. COMBA, S. TREUMER (a cura di), *The In-House Providing in European Law*, DJØF, Copenhagen, 2010; F. FRACCHIA, *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, 2012, pp. 243 ss.; F. FRACCHIA, S. VERNILE, *Nozione, principi e fonti: in house providing e diritto U.E. (principio di autorganizzazione, affidamenti diretti, in house verticale rovesciato, in house orizzontale)*, in AA.VV., *Le società in house*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 5 ss.; M. ANTONIOLI, *I requisiti necessari per gli affidamenti in house. Il controllo analogo: natura, modalità e limiti (dal codice dei contratti al testo unito delle società pubbliche)*, ivi, pp. 75 ss.; C. PECORARO, *Sul controllo analogo nelle società in house providing*, Giuffrè, Milano, 2021; F. GOISIS, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 269 ss.

⁸¹ In tal senso, v. F.A. ALARIO, *Art. 142*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Cedam, Padova, 2023, p. 1247.

⁸² Così, A. ZITO, *Art. 6*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 82.

⁸³ Si pensi a quelle attività accessorie, come la pulizia e la vigilanza, rispetto al servizio principale, relativo ad una delle attività rientranti nei settori speciali. In tal senso, M. PASSALACQUA, *Il gruppo economico controllato da ente pubblico e il difficile percorso di aggregazione di società di servizi pubblici locali a rete*, in *Amministrazione in cammino*, 16 gennaio 2016, pp. 3-4.

la gestione di progetti a lungo termine (*joint venture* c.d. societaria)⁸⁴. La più circoscritta definizione codicistica⁸⁵, tuttavia, coerentemente al requisito del possesso della personalità giuridica richiesto dalle norme contenute nelle discipline previgenti⁸⁶, ricomprende soltanto la *joint venture* societaria, di conseguenza escludendo quelle associazioni temporanee fra imprese che non danno vita ad un soggetto terzo rispetto ai componenti delle stesse. Peraltro, la normativa derogatoria non si applica indistintamente a qualsiasi *joint venture*, ma soltanto a quelle composte esclusivamente da più stazioni appaltanti, ossia qualsiasi soggetto, pubblico o privato che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture e che deve rispettare le norme codicistiche nella scelta del contraente, o da più enti concedenti, da intendersi come qualsiasi amministrazione aggiudicatrice, ente aggiudicatore o altro soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di concessione di lavori o di servizi e che è tenuto al rispetto della disciplina codicistica nella scelta del contraente.

Non solo, affinché operi la disciplina derogatoria, devono essere rispettati un requisito di tipo funzionale ed uno di tipo temporale. Sotto il profilo funzionale, la *joint venture* deve essere stata costituita specificamente per svolgere una o più attività relative ai settori speciali oggetto dell'appalto o della concessione. Per effetto del requisito temporale, invece, tale costituzione deve essere avvenuta (per lo svolgimento delle attività oggetto di affidamento) da almeno tre anni e il suo atto costitutivo deve prevedere che le stazioni appaltanti o gli enti concedenti che la compongono ne facciano parte da un periodo di pari durata. E ciò, al fine di delimitare l'operatività di tale esenzione, evitando l'apposita costituzione di una *joint venture* per eludere l'applicazione delle norme codicistiche. Dal momento che tali requisiti scaturiscono da norme imperative, non derogabili dalle parti, la mancanza delle previsioni

⁸⁴ Cfr. Cass. civ., sez. III, 17 maggio 2001, n. 6757. Il legislatore comunitario ha utilizzato il termine «*joint ventures*» nell'art. 23 della Direttiva 2004/17/CE, recepito in Italia con l'art. 218 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il cui testo originario prevedeva la locuzione «associazione o consorzio o impresa comune avente personalità giuridica», riprendendosi la formula dell'art. 8, comma 3, d.lgs. n. 158 del 1995. Tale dizione era stata censurata dal Consiglio di Stato del 6 febbraio 2006, n. 355, reso sullo schema di codice, ove si riteneva «opportuno un più appropriato adeguamento terminologico, tenuto conto che le formule utilizzate nell'articolo in esame non sembrano del tutto coerenti con la nozione comunitaria», potendo soccorrere al riguardo le indicazioni fornite dalla giurisprudenza della Corte di cassazione. In tal senso, si è giustificato l'intervento del legislatore nazionale, il quale ha aggiunto nella versione definitiva della norma il requisito della personalità giuridica, con la conseguenza che la costituzione dell'associazione, del consorzio o dell'impresa comune avvenga proprio nelle forme della società di capitali. Sul punto, v. A. GRAZIANO, I. RAIOLA, *Art. 218*, in S. BACCARINI, G. CHINÈ, R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 2044.

⁸⁵ Secondo cui si tratta dell'associazione tra stazioni appaltanti o enti concedenti, finalizzata all'attuazione di un progetto o di una serie di progetti o di determinate intese di natura commerciale o finanziaria. Cfr. art. 1, comma 1, lett. b), all. I.1 del d.lgs. n. 36 del 2023.

⁸⁶ L'art. 6, comma 1, lett. a), del codice del 2016, definiva la *joint venture* come una «associazione o consorzio o una impresa comune aventi personalità giuridica composti esclusivamente da più enti aggiudicatori, per svolgere un'attività ai sensi degli articoli da 115 a 121 e di cui all'allegato II». Il nuovo art. 142, peraltro, pur ricomprendendo un ampio insieme di fattispecie associative, non ripropone nella figura generale di *joint venture* le figure del consorzio e dell'impresa comune. Sul punto, il Consiglio di Stato (*Schema definitivo*, cit., p. 188) ha chiarito come il legislatore delegato, nel recepimento delle disposizioni di cui alla direttiva 2014/23/UE, non abbia ritenuto necessario procedere a tale aggiunta.

richieste nell'atto costitutivo determina la nullità dell'aggiudicazione dell'appalto o della concessione, mentre determinano una nullità sopravvenuta lo scioglimento del vincolo o il recesso da parte di uno dei soggetti prima dello scadere del triennio⁸⁷.

La seconda esenzione contenuta nell'art. 142 riguarda l'inapplicabilità delle disposizioni codicistiche, con conseguente possibilità di ricorrere all'affidamento diretto, per i contratti aggiudicati da una stazione appaltante o ente concedente a un'impresa collegata e da una *joint venture*, composta esclusivamente da più stazioni appaltanti o enti concedenti per svolgere una delle attività relative ai settori speciali, ad un'impresa collegata a una di tali stazioni appaltanti o enti concedenti. In tal caso, la deroga alle procedure ad evidenza pubblica si applica agli appalti e concessioni di servizi e di lavori e agli appalti di forniture, purché l'80% del fatturato totale realizzato in media dall'impresa collegata negli ultimi tre anni, considerando tutti i lavori, i servizi e le forniture prestate, provenga dalle prestazioni rese alla stazione appaltante o all'ente concedente o alle altre imprese cui è collegata. Qualora, tenuto conto del momento di costituzione o di inizio dell'attività dell'impresa collegata, il dato relativo al fatturato degli ultimi tre anni non sia disponibile, è sufficiente che l'impresa dimostri, su base previsionale, che probabilmente realizzerà il fatturato richiesto. Il calcolo della percentuale di fatturato risulta, invece, parzialmente diverso nel caso in cui più imprese collegate alla stazione appaltante o all'ente concedente formino un gruppo economico, fornendo gli stessi o simili servizi, forniture o lavori. In tal caso, infatti, le percentuali sono calcolate tenendo conto del fatturato totale derivante dalla prestazione dei servizi o dall'esecuzione dei lavori, per ciascuna di tali imprese collegate.

Come già osservato per l'art. 7 del codice del 2016⁸⁸ e per l'art. 218, comma 2, del codice del 2006⁸⁹, tale esenzione, in sostanza, consente l'affidamento di appalti e concessioni strumentali al medesimo gruppo industriale, già investito di un'attività rientrante nei settori speciali, semplificando la gestione delle attività strumentali dei gruppi privati in mano pubblica, gestori di servizi pubblici.

Il nuovo codice, tuttavia, non prevede una definizione (a fini codicistici) di impresa collegata, a differenza di quanto avveniva in quello precedente, il quale, riprendendo le disposizioni di cui alle direttive 23 e 25 del 2014⁹⁰, la individuava in «qualsiasi impresa i cui conti annuali siano consolidati con quelli dell'ente aggiudicatore», per quegli enti ai quali sono applicabili gli artt. 25 ss. del d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127, mentre era riconducibile alternativamente a due figure per tutti gli altri: *a)* all'impresa su cui l'ente aggiudicatore può esercitare un'influenza dominante o che può esercitarla sull'ente aggiudicatore; *b)* all'impresa che sia

⁸⁷ In tal senso, con riferimento all'art. 6 del codice del 2016, A. ZITO, *Art. 6, cit.*, p. 84, il quale rileva come la gravità di tali effetti dovrebbe costituire un deterrente sufficiente a vincolare i soggetti che compongono la *joint venture*.

⁸⁸ Cfr. A. ZITO, *Art. 7*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 87.

⁸⁹ Cfr. S. CAEDDU, S. FIENGA, *Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali (artt. 30; 206-238)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 1032.

⁹⁰ Cfr. art. 13, direttiva 2014/23/UE, e art. 29, direttiva 2014/25/UE.

soggetta all'influenza dominante di un'altra impresa in virtù di rapporti di proprietà di partecipazione finanziaria o di norme interne⁹¹. Tale omissione non cambia la portata della deroga in esame, la quale fa riferimento al collegamento sostanziale⁹², che nel diritto degli appalti⁹³ si verifica quando la collegata, in quanto sottoposta all'influenza dominante della capogruppo, risulti priva di autonomia decisionale, benché tale influenza possa non operare costantemente, lasciando alcune decisioni nella disponibilità della collegata⁹⁴. Influenza dominante che può dipendere da un vincolo proprietario, da una partecipazione finanziaria o da disposizioni normative e che si presume quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente: *a)* detengono la maggioranza del capitale dell'impresa; *b)* controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; *c)* possono designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa⁹⁵. Si tratta, pertanto, di una nozione di collegamento, che più si avvicina a quella di società controllata, di cui al primo comma dell'art. 2359 c.c., la quale, tuttavia, non opera in via presuntiva ma va accertata nel caso concreto, da parte della stazione appaltante⁹⁶, e desunta dalla presenza di elementi plurimi, precisi e concordanti, tali da dimostrare l'esistenza di un unico centro decisionale, dal quale derivi un effetto distorsivo alle regole di gara⁹⁷.

⁹¹ Cfr. art. 3, comma 1, lett. *z*), d.lgs. n. 50 del 2016.

⁹² La giurisprudenza nazionale in tema di collegamento sostanziale come causa di esclusione dalle gare è molto ampia, fra le più recenti, si vedano: Cons. St., Sez. V, 30 giugno 2022, n. 5438; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 30 luglio 2021, n. 9093; TAR, Lombardia, Milano, Sez. I, 25 febbraio 2021, n. 517; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 15 febbraio 2021, n. 987.

⁹³ A differenza di quanto sancito dall'art. 2, comma 13, della direttiva 2013/34/UE, in tema di bilanci consolidati, e dall'art. 2359 c.c., ove la nozione di controllo è definita in funzione del concetto di influenza dominante, mentre quella di collegamento in funzione di quello di influenza notevole, la quale, ai sensi del 3° comma dell'art. 2359 c.c., «si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa».

⁹⁴ Cfr. M. PASSALACQUA, *Il gruppo economico controllato da ente pubblico e il difficile percorso di aggregazione di società di servizi pubblici locali a rete*, cit., p. 3, secondo cui il diritto antitrust ammette che le imprese controllate godano comunque di una certa autonomia nella gestione della loro politica commerciale e delle loro attività economiche, magari in forza di disposizioni particolari, anche di tipo contrattuale. È peraltro noto il fenomeno della «*rogue subsidiary*» («controllata canaglia»), ossia della collegata che, pur non potendo determinare autonomamente il proprio comportamento sul mercato, si discosta dalle istruzioni ricevute dalla controllante, rivendicando, conflittualmente, la propria autonomia e conservando margini decisionali su specifiche questioni.

⁹⁵ Cfr. art. 4, comma 2, direttiva 2014/25/UE.

⁹⁶ Cfr. Cons. Stato, St. V, 18 luglio 2012, n. 4189, secondo cui l'onere di provare in concreto l'esistenza di elementi oggettivi e concordanti, tali da ingenerare il pericolo per i principi di segretezza, serietà delle offerte e *par condicio* dei concorrenti ricade in capo alla stazione appaltante.

⁹⁷ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 22 febbraio 2013, n. 1091. Secondo la sentenza Cons. St., Sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2657, tali plurimi elementi possono essere costituiti, «oltre che da intrecci personali tra gli assetti societari delle imprese, anche dalla predisposizione di buste identiche contenenti offerte, documenti redatti in modo identico, dalle certificazioni ottenute il medesimo giorno, fidejussioni rilasciate dalla medesima banca e autenticate con numero progressivo dallo stesso notaio, nonché dalla spedizione con lo stesso corriere». Conforme sul punto è la giurisprudenza europea, secondo cui, ai sensi della sentenza CGUE, Sez. II, 19 maggio 2009, C-538/07, *Assitur Srl c. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, una «normativa, basata su una presunzione assoluta secondo cui le diverse offerte presentate per un medesimo appalto da imprese collegate si sarebbero necessariamente influenzate l'una con l'altra, viola il principio di proporzionalità, in quanto non lascia a tali imprese la possibilità di dimostrare che, nel loro caso, non

In definitiva, nel primo caso, sarà possibile ricorrere all'affidamento da parte di una *joint venture*, composta esclusivamente da stazioni appaltanti o enti concedenti, ad una delle stazioni appaltanti o degli enti concedenti che la compongono, soltanto qualora la stessa sia operante in uno o più settori speciali e costituita da almeno un triennio. Nel secondo caso, invece, potrà aversi affidamento diretto da parte di una *joint venture* (oltreché da parte di una stazione appaltante o di un ente concedente), che abbia gli stessi requisiti di cui al primo comma, ad un'impresa collegata ad una delle stazioni appaltanti o degli enti concedenti che la compongono, in tal caso purché almeno l'80% del fatturato totale realizzato in media dall'impresa collegata nell'ultimo triennio provenga dalle prestazioni rese alla stazione appaltante o all'ente concedente o alle altre imprese cui è collegata. Sulla asimmetria dei requisiti, è stato rilevato⁹⁸ come i differenti presupposti si sommino per legittimare gli affidamenti della *joint venture* nei settori speciali ad imprese collegate ad una delle stazioni appaltanti o degli enti concedenti che la compongono. L'affidamento all'impresa collegata ad uno di tali soggetti si fonda, infatti, sia sulla relazione intercorrente fra questi e la *joint venture*, sia su quella fra questi e l'impresa collegata. Di conseguenza, non tutte le *joint venture* operanti nei settori speciali possono affidare contratti a imprese collegate alle stazioni appaltanti o agli enti concedenti e non tutte le imprese collegate a tali soggetti possono ricevere affidamenti diretti da queste *joint venture*, ma soltanto le *joint venture* che presentano quei caratteri minimi di stabilità del rapporto tra le stazioni appaltanti e gli enti concedenti che la compongono e di esclusività dell'oggetto e le imprese collegate a tali soggetti che svolgono in modo prevalente (pressoché esclusivo) la loro attività nei confronti delle stazioni appaltanti, enti concedenti o altra impresa a questi collegata. In caso contrario, infatti, verrebbe meno lo stretto collegamento fra *joint venture*, stazioni appaltanti o enti concedenti che la compongono, e impresa collegata, il quale rappresenta il presupposto essenziale affinché possa escludersi l'esternalizzazione e la conseguente deroga al principio di concorsualità.

4. (Qualche) conclusione

Lo scopo del lavoro è stato quello di mettere in luce le peculiarità proprie della disciplina sui settori speciali degli appalti pubblici, nella quale la tutela della concorrenza assume un "ruolo" centrale, dal quale deriva l'esistenza di esenzioni dall'applicazione delle disposizioni codicistiche.

La disciplina derogatoria sui settori speciali si inserisce in un contesto nel quale, come detto, l'impatto del diritto europeo ha condizionato l'evoluzione della disciplina degli appalti pubblici, segnando il passaggio da una concezione di matrice contabilistica, nella quale la tutela della concorrenza coincideva con il ricorso ad un regime concorsuale al quale erano sottoposti gli operatori economici per assicurare

sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti», in tal modo riducendo «notevolmente la concorrenza a livello comunitario».

⁹⁸ Cfr. F. FOLLIERI, *Contratti esclusi (artt. 4-20)*, cit., pp. 247-248.

L'imparzialità ai fini della economicamente più conveniente per l'amministrazione, ad una basata sulla *par condicio* fra gli operatori economici al fine della massima apertura alla concorrenza e della piena realizzazione del mercato. In tale passaggio, i settori speciali sono stati dapprima esclusi e poi ricompresi nella disciplina degli appalti pubblici, nel cui ambito è stato definito *corpus* di norme, derogatorio rispetto ai settori ordinari, incentrato essenzialmente sulla finalità di apertura alla concorrenza dei relativi mercati⁹⁹. Da qui, l'opportunità di escludere l'applicazione della disciplina codicistica per quelle attività relative ai settori speciali nelle quali una effettiva apertura del mercato si sia già realizzata, così come per quegli affidamenti nei quali l'assenza di una terzietà dell'affidatario vanifica la possibilità di alterare l'assetto concorrenziale del mercato.

A circa trent'anni di distanza dall'inclusione dei settori speciali nell'ambito di applicazione della disciplina europea degli appalti pubblici, nonostante il processo di liberalizzazione di tali settori sia (nella maggior parte dei casi) tuttora in atto, la loro "specialità" può difficilmente essere messa in discussione. E ciò, per due ordini di ragioni.

Innanzitutto, non può farsi a meno di considerare, che, data la natura di servizio pubblico di parte o di tutte le attività di essi caratteristiche, riguardanti beni primari e servizi essenziali per la collettività, quella della libera accessibilità al mercato è un'opzione necessariamente non definitiva, in quanto dipendente da scelte politiche dettate dal modo d'essere, talora cangiante, del mercato di riferimento¹⁰⁰. Di conseguenza, l'eventuale ripensamento di tale scelta è connaturato alla specialità di tali settori, nei quali l'apertura alla concorrenza è frutto di un'opzione politica nelle modalità di erogazione dei relativi servizi pubblici.

In secondo luogo, la riconducibilità di tali settori nella categoria dei servizi pubblici a rete (ad eccezione, come detto, del settore dei porti e degli aeroporti), nei quali l'infrastruttura ne assicura l'erogazione, comporta che difficilmente essi potranno raggiungere una completa liberalizzazione, dal momento che un segmento della filiera (quello interessato dalla rete) vi resterà inevitabilmente estraneo.

Per quanto, quindi, l'indirizzo sia quello di liberalizzare i mercati, compresi quelli che riguardano i servizi pubblici, i relativi settori sono destinati a rimanere "speciali" e l'apertura alla concorrenza continuerà ad assumere un "ruolo" del tutto peculiare nella loro regolazione.

⁹⁹ Cfr. par. 1.

¹⁰⁰ Emblematica, in tal senso, è stata la crisi energetica maturata in Europa in seguito allo scoppio della guerra in Ucraina (su cui, v. F. VETRÒ, *Il ritorno dell'intervento pubblico al tempo della crisi energetica*, in W. GIULIETTI, F. POLITI (a cura di), *Metamorfosi del diritto amministrativo. Liber amicorum per Nino Longobardi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, pp. 447 ss.), la quale ha determinato una virata decisa nel processo di liberalizzazione dell'approvvigionamento del gas naturale. Con l'art. 16 del d.l. 1° marzo 2022, n. 17 (convertito, con modifiche, dalla l. 27 aprile 2022, n. 34), infatti, al fine di rafforzare la sicurezza degli approvvigionamenti nazionali di tale *commodity*, sono state affidate ad un soggetto pubblico, il Gestore dei Servizi Energetici S.p.A., le procedure per l'approvvigionamento di lungo termine del gas naturale di produzione nazionale.