

15 GENNAIO 2025

Gli affidamenti sotto soglia di rilevanza
europea nel nuovo codice dei contratti
pubblici nei settori ordinari e speciali

di Maura Mattalia

Professoressa associata di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Torino

e Alberto Marengo

Avvocato presso il Foro di Torino



Gli affidamenti sotto soglia di rilevanza europea nel nuovo codice dei contratti pubblici nei settori ordinari e speciali*

di Maura Mattalia

*Professoressa associata di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Torino*

e Alberto Marengo

Avvocato presso il Foro di Torino

Abstract [It]: Il contributo analizza la normativa relativa agli appalti pubblici sotto la soglia di rilevanza europea, nei settori ordinari e speciali, soffermandosi sulle novità introdotte dal nuovo Codice dei Contratti Pubblici e al coordinamento tra normativa interna e unionale, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Title: Procurement below the European thresholds in the new public contracts code in ordinary and special sectors

Abstract [En]: The contribution analyses the legislation on public contracts below the European threshold, in both ordinary and special sectors, focusing on the novelties introduced by the new Public Contracts Code and on the coordination between national and EU legislation, also in the light of the case law of the Court of Justice.

Parole chiave: contratti pubblici, affidamenti sotto soglia, settori speciali, settori ordinari, normativa europea

Keywords: public contracts, sub-threshold procurements, special sectors, ordinary sectors, European regulations

Sommario: **1.** L'ambito di applicazione soggettivo delle Direttive sull'affidamento dei contratti di appalto e di concessione. **2.** L'ambito di applicazione oggettivo delle Direttive sull'affidamento dei contratti di appalto e di concessione. **3.** La disciplina degli appalti di importo inferiore alla Soglia di rilevanza europea nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE. **4.** La disciplina degli appalti aggiudicati dagli Enti aggiudicatori in settori diversi dai Settori Speciali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE. **5.** L'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo del Codice dei Contratti Pubblici. **6.** La disciplina dei contratti aggiudicati da imprese pubbliche e da soggetti titolari di Diritti Speciali o Esclusivi non strumentali ai Settori Speciali. **7.** La disciplina dei contratti di importo inferiore alla Soglia di rilevanza europea nel Codice dei Contratti Pubblici: la determinazione del valore dell'appalto. **8.** La disciplina dei contratti di importo inferiore alla Soglia di rilevanza europea nel Codice dei Contratti Pubblici: le procedure di aggiudicazione nei Settori Ordinari. **9.** La disciplina dei contratti di importo inferiore alla Soglia di rilevanza europea nel Codice dei Contratti Pubblici: le procedure di aggiudicazione nei Settori Speciali.

1. L'ambito di applicazione soggettivo delle Direttive sull'affidamento dei contratti di appalto e di concessione

Come noto la materia dell'affidamento dei contratti di appalto e di concessione di lavori, servizi e forniture trova la sua disciplina principale a livello europea e da ultimo nella Direttiva 2014/23/UE afferente all'aggiudicazione dei contratti di concessione ("Direttiva concessioni"), nella Direttiva 2014/24/UE afferente all'aggiudicazione dei contratti di appalto nei settori ordinari ("Direttiva

* Articolo sottoposto a referaggio. Il lavoro è frutto della riflessione comune degli Autori. Tuttavia i paragrafi da 1 a 5 sono da attribuirsi ad Alberto Marengo, mentre i paragrafi da 6 a 9 a Maura Mattalia.

Generale”) e nella Direttiva 2014/25/UE “*sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE*” (“Direttiva settori speciali”)¹.

Le tre Direttive sopra menzionate sono state recepite da ultimo in ambito nazionale in modo unitario nel D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 recante “*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*” (in breve, “C.c.p.”)².

Ai fini che ci occupano, verranno preliminarmente esaminate le tre Direttive sopra menzionate sotto il particolare profilo del loro ambito di applicazione soggettivo e oggettivo³. Infatti, come si vedrà, la Direttiva Generale, la Direttiva settori speciali e la Direttiva concessioni, sotto il profilo oggettivo, si applicano agli appalti e alle concessioni superiori a un certo importo (“Soglia di rilevanza europea” o “Soglia”), sicché l’indagine appare fondamentale per individuare la disciplina eurounitaria degli affidamenti di valore inferiore alla Soglia⁴.

Verrà quindi indagato l’ambito di applicazione soggettivo e oggettivo del Codice dei contratti pubblici al fine di verificare se esso ricalchi esattamente quello delle tre Direttive o se invece vi siano delle differenze. Anche tale indagine è funzionale a individuare la specifica disciplina nazionale per l’aggiudicazione di appalti e concessioni di importo inferiore alla Soglia.

La Direttiva Generale, a differenza della Direttiva concessioni e della Direttiva settori speciali, ha un ambito di applicazione soggettivo più limitato. Essa, infatti, si applica a tutti gli appalti di lavori, servizi e forniture aggiudicati dalle “*Amministrazioni Aggiudicatrici*” (art. 1), vale a dire “*lo Stato, le autorità regionali o locali, gli organismi di diritto pubblico o le associazioni costituite da uno o più di tali autorità o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico*” (art. 2).

La Direttiva settori speciali, invece, analogamente alla Direttiva concessioni, estende il proprio ambito di applicazione soggettivo agli “*appalti indetti da enti aggiudicatori*” (art. 1).

Nel novero degli *enti aggiudicatori*, in particolare, sono ricompresi, oltre alle “*amministrazioni aggiudicatrici*”, anche le “*imprese pubbliche*” e i soggetti che “*non sono amministrazioni aggiudicatrici né imprese pubbliche*”, ma che

¹ Per tutti, da ultimo si veda M. COZZIO, *Appalti pubblici e sostenibilità: gli orientamenti dell’Unione europea e il modello italiano*, in *Giorn. di dir. amm.*, n. 6, 2021, 721 s.; R. CARANTA, D. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. e Appalti*, n. 5, 2014, 493 s.; S. FANTINI e H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2024; F. MARTINES, *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l’articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *federalismi.it*, n. 11, 2015, p. 1 s.

² Per tutti, da ultimo si veda F. Caringella (diretto da), *Nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, Giuffrè, Milano, 2023; M. BOLOGNESI, *Le stazioni appaltanti nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e Appalti*, n. 6, 2023, p. 707 s.

³ A. TRENTI, *L’ambito oggettivo di applicazione*, in M. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino 2019, p. 100 s.

⁴ M. SALZANO, *Gli affidamenti sotto-soglia nel nuovo codice appalti e la prospettiva di un correttivo*, in *Amministrativ@mente*, n. 1, 2024, 2087 s.

“annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 8 a 14⁵ e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro” (art. 4 della Direttiva settori speciali)⁶.

La Direttiva settori speciali e la Direttiva concessioni, quindi, hanno un ambito di applicazione soggettivo più esteso della Direttiva Generale, in quanto si applicano non soltanto alle amministrazioni pubbliche in senso stretto e agli organismi di diritto pubblico⁷, ma anche alle imprese pubbliche⁸ e ai soggetti privati titolari di “diritti speciali o esclusivi”⁹.

2. L'ambito di applicazione oggettivo delle Direttive sull'affidamento dei contratti di appalto e di concessione

L'ambito di applicazione oggettivo delle Direttive è definito da due differenti parametri.

Il primo, di carattere generale e comune a tutte e tre le Direttive, è costituito dall'importo economico degli appalti e delle concessioni da aggiudicare. In sostanza, le Direttive si applicano quando l'appalto o la concessione da aggiudicare abbiano un importo superiore a un determinato valore (Soglia di rilevanza europea)¹⁰.

⁵ *Infra* nota 8.

⁶ Analoga disciplina è dettata dal combinato disposto di cui agli articoli 1, 6 e 7 della Direttiva concessioni, dal quale emerge che la medesima si applica non soltanto alle concessioni affidate da Amministrazioni aggiudicatrici, ma anche a quelle affidate da Imprese pubbliche e da altri soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi.

⁷ Sulla nozione di “organismo di diritto pubblico”, si veda in dottrina: B. AMILCARELLI, *La nozione di organismo di diritto pubblico: il caso di Cassa Depositi e Prestiti investimenti SGR S.p.a.*, in *Giorn. di dir. amm.*, n. 5, 2020, p. 660 s.; in giurisprudenza: Cons. Stato, Sez. V, 27 ottobre 2023, n. 9279, con nota di A. NARDONE: *L' applicazione del Codice dei contratti pubblici nei settori speciali*, in *Giorn. di dir. amm.*, n. 3, 2024, p. 382 s.; Cons. Stato, Sez. V, 26 settembre 2023, n. 8542 con nota di A. LICCI MARINI: *La nozione di organismo di diritto pubblico, fra giurisprudenza e nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in *Urb. e Appalti*, n. 1, 2024, p. 77 s.; Cass. civ., SS.UU., 18 gennaio 2022, n. 1494, con nota di E. GIARDINO, *Organismo di diritto pubblico e requisito teleologico*, in *Giorn. di dir. amm.*, n. 5, 2022, p. 646 s.; Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2018, n. 6534.

⁸ Per Impresa pubblica, in particolare, si intende qualunque impresa su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione (art. 7, par. 4 della Direttiva concessioni e art. 4, par. 2, della Direttiva Settori speciali). In dottrina si veda H. Bonura e A. Ruggetti (a cura di), *L'impresa pubblica in Italia e i servizi per i cittadini*, Franco Angeli, Milano, 2017; in giurisprudenza si veda Corte di Giustizia, Sez. II, 10 dicembre 2020, n. 160/19.

⁹ I “Diritti speciali o esclusivi” sono definiti dall'art. 4, par. 3 della Direttiva settori speciali come “*i diritti concessi da un'autorità competente di uno Stato membro mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa avente l'effetto di riservare a uno o più enti l'esercizio delle attività di cui agli articoli da 8 a 14 e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri enti di esercitare tale attività. I diritti concessi in virtù di una procedura in base alla quale è stata assicurata una pubblicità adeguata, e in caso tale concessione si sia basata su criteri oggettivi, non costituiscono diritti speciali o esclusivi ai sensi del primo comma. Tali procedure comprendono: a) le procedure di appalto con previa indizione di gara ai sensi della direttiva 2014/24/UE della direttiva 2009/81/CE, della direttiva 2014/23/UE o della presente direttiva; le procedure ai sensi di altri atti giuridici dell'Unione di cui all'allegato II, in grado di garantire un'adeguata trasparenza preliminare per la concessione di autorizzazioni sulla base di criteri oggettivi*”. In dottrina si veda A. Vitale, *Gli appalti nei settori speciali*, in *Giorn. di dir. amm.*, n. 3, 2023, 358 ss.; in giurisprudenza si veda T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 1° agosto 2022, n. 1828, con nota di G. URBANO, *Gli appalti nei settori speciali e il trasporto pubblico locale*, in *Giorn. di dir. amm.*, n. 1, 2023, p. 92 s.

¹⁰ Le Soglie di rilevanza europea sono le seguenti:

- a) euro 5.538.000 per gli appalti di lavori;
- b) euro 443.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;

Il secondo parametro riguarda invece soltanto la Direttiva settori speciali e, in parte, la Direttiva concessioni. Nello specifico, la Direttiva settori speciali prevede che la stessa si applichi esclusivamente agli appalti di lavori, servizi o forniture aggiudicati da Enti aggiudicatori¹¹ (art. 1, par. 1) “*a condizione che i lavori, le forniture o i servizi siano destinati all’esercizio di una delle attività di cui agli articoli da 8 a 14*” (art. 1, par. 2).

Le attività elencate negli articoli da 8 a 14 costituiscono i “Settori Speciali”¹².

In estrema sintesi, quindi, si può affermare che gli Enti aggiudicatori e quindi anche soggetti privati che svolgono un’attività rientrante nei Settori Speciali in forza di Diritti speciali o esclusivi siano tenuti ad applicare la Direttiva settori speciali allorché intendano affidare un appalto di lavori, servizi o forniture di importo superiore alla Soglia di rilevanza europea, sempre che, detto appalto sia destinato all’esercizio di un’attività riconducibile a un Settore Speciale.

La Direttiva concessioni, rispetto alla Direttiva settori speciali, ha invece un ambito di applicazione oggettivo più ampio.

Essa, infatti, trova applicazione non soltanto in relazione alle concessioni di importo superiore alla Soglia di rilevanza europea affidate da Enti aggiudicatori nell’ambito dello svolgimento di un’attività rientrante nei Settori Speciali, ma anche in relazione a qualunque concessione di importo superiore alla Soglia di rilevanza europea affidata da un’amministrazione aggiudicatrice¹³ in qualunque settore di attività.

Analogamente, la Direttiva Generale trova applicazione a qualunque appalto di lavori, servizi o forniture affidato da un’Amministrazione aggiudicatrice¹⁴ in qualunque settore di attività non rientrante nei Settori Speciali.

c) euro 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e assimilati elencati nell’allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE.

In dottrina A. ANGELINI, *Articolo 48*, in R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato. D.lgs. 3 marzo 2023, n. 36*, Wolters Kluwer, Padova, 2023; F. FATA, *Il regime giuridico dell’affidamento diretto di servizi e forniture ed il principio di rotazione*, in *Urb. App.*, n. 5, 2023, p. 541 s.; R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, Artt. 1-12*, in *Giur. It.*, n. 8-9, 2023, p. 1950 s.; G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. di dir. amm.*, n. 3, 2023, p. 287; P. FONDERICO, *Contratti sotto soglia*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, II ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 867 s.

¹¹ Nel novero degli Enti aggiudicatori, come visto, sono ricomprese le “*amministrazioni aggiudicatrici*”, le “*imprese pubbliche*” e i soggetti che “*non sono amministrazioni aggiudicatrici né imprese pubbliche*”, ma che “*annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 8 a 14 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall’autorità competente di uno Stato membro*”.

¹² Analoga definizione di Settori Speciali è contenuta nell’Allegato II alla Direttiva concessioni.

¹³ Come visto, nel novero delle Amministrazioni Aggiudicatrici non sono ricomprese le Imprese pubbliche e gli altri soggetti anche privati che operino nei Settori Speciali in forza di Diritti speciali o esclusivi, ma soltanto le Amministrazioni pubbliche in senso stretto e gli Organismi di diritto pubblico.

¹⁴ Nel cui novero non rientrano le Imprese pubbliche e gli altri soggetti privati titolari di Diritti speciali o esclusivi.

In estrema sintesi, quindi, può affermarsi che: le Amministrazioni Aggiudicatrici e quindi le amministrazioni pubbliche in senso stretto e gli organismi di diritto pubblico¹⁵ sono tenuti ad applicare la Direttiva Generale e la Direttiva concessioni per gli affidamenti delle concessioni e degli appalti di lavori, servizi e forniture di importo superiore alla Soglia di rilevanza europea non destinati all'esercizio di un'attività rientrante nei Settori Speciali. Gli Enti aggiudicatori e quindi le amministrazioni aggiudicatrici, le imprese pubbliche e gli altri soggetti titolari di Diritti speciali o esclusivi sono tenuti ad applicare la Direttiva settori speciali e la direttiva concessioni per l'affidamento di concessioni e di appalti di lavori, servizi o forniture di importo superiore alla Soglia di rilevanza europea destinati all'esercizio di un'attività rientrante in uno dei Settori Speciali.

3. La disciplina degli appalti di importo inferiore alla Soglia di rilevanza europea nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE

Poiché, come visto, le Direttive non si applicano alle concessioni e agli appalti di importo inferiore alla Soglia di rilevanza europea, è lecito domandarsi se, a livello europeo, vi siano indicazioni sulla disciplina da applicare a detti contratti¹⁶.

Sul punto, la Corte di Giustizia UE ha in primo luogo affermato che *“quando una normativa nazionale si conforma, per le soluzioni che apporta a situazioni non disciplinate dall'atto dell'Unione considerato, a quelle adottate da tale atto, sussiste un interesse certo dell'Unione a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni riprese dallo stesso atto ricevano un'interpretazione uniforme”*¹⁷. Così, *l'interpretazione delle disposizioni di un atto dell'Unione in situazioni non rientranti nell'ambito di applicazione di quest'ultimo si giustifica quando tali disposizioni sono state rese applicabili a siffatte situazioni dal diritto nazionale in modo diretto e incondizionato, al fine di assicurare un trattamento identico a dette situazioni e a quelle rientranti in tale ambito di applicazione*^{18”}¹⁹.

¹⁵ Ai sensi dell'articolo 4, par. 3 della Direttiva settori speciali Per «organismi di diritto pubblico» si intendono gli organismi che hanno tutte le seguenti caratteristiche: a) sono istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; b) sono dotati di personalità giuridica; e c) sono finanziati per la maggior parte dallo Stato, dalle autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico; o la loro gestione è posta sotto la vigilanza di tali autorità o organismi; o il loro organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico.

¹⁶ P. SIMONETTI, *I contratti di importo inferiore alle soglie europee*, in F. Fantini e P. Simonetti (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, La Tribuna, Piacenza, 2023, p. 97 s.

¹⁷ Richiama sentenze del 18 ottobre 2012, Nolan, C 583/10, EU:C:2012:638, punto 46, e del 7 novembre 2013, Romeo, C 313/12, EU:C:2013:718, punto 22.

¹⁸ Richiama sentenze del 18 ottobre 2012, Nolan, C 583/10, EU:C:2012:638, punto 47; del 7 novembre 2013, Romeo, C 313/12, EU:C:2013:718, punti 22 e 23, nonché del 14 gennaio 2016, Ostas celtnieks, C 234/14, EU:C:2016:6, punto 20)

¹⁹ Corte di Giustizia, causa C-298/14, Borta.

Dalla giurisprudenza citata si ricava pertanto che al legislatore nazionale è data facoltà di prevedere l'applicabilità delle Direttive anche a situazioni non rientranti nell'ambito di applicazione delle Direttive stesse.

In ogni caso, tuttavia, la Corte di Giustizia ha altresì affermato che, in relazione all'aggiudicazione *“di un appalto che, in considerazione del suo valore, non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/17 [previgente Direttiva settori speciali, ma il principio vale anche per l'attuale Direttiva settori speciali, N.d.R.], la Corte può tener conto delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato FUE, in particolare, degli articoli 49 e 56 dello stesso e dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché dell'obbligo di trasparenza che ne derivano, purché l'appalto di cui trattasi presenti un interesse transfrontaliero certo. Infatti, sebbene non siano disciplinati dalla direttiva 2004/17, siffatti appalti restano soggetti al rispetto di tali regole e di detti principi”^{20,21}.*

La giurisprudenza europea, quindi, da un lato, chiarisce che in relazione agli appalti di valore inferiore alla Soglia di rilevanza europea il legislatore nazionale possa prevedere comunque l'applicazione delle Direttive e che, dall'altro lato, laddove ciò non sia avvenuto, la Corte di Giustizia UE possa comunque valutare la conformità del diritto nazionale rispetto alle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato UE²² e in particolare degli articoli 49 e 56 dello stesso e dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché dell'obbligo di trasparenza che ne derivano, sempre che l'appalto o la concessione presentino un interesse transfrontaliero certo.

Quanto al concetto di interesse transfrontaliero certo, la Corte di Giustizia ha chiarito che un appalto possa presentare *“un siffatto interesse in considerazione, in particolare, dell'importo di una certa consistenza, in combinazione con le sue caratteristiche specifiche o ancora con il luogo di esecuzione dei lavori. Può altresì essere preso in considerazione l'interesse di operatori ubicati in altri Stati membri a partecipare alla procedura per l'aggiudicazione di tale appalto, a condizione che detto interesse sia reale e non fittizio”^{23,24}.*

In ogni caso, compete al giudice nazionale che rimetta la questione interpretativa alla Corte di Giustizia UE, valutare se detto interesse transfrontaliero certo effettivamente sussista.

Come rilevato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, *“l'interesse transfrontaliero certo consiste nella capacità di una commessa pubblica o, più in generale, di un'opportunità di guadagno offerta dall'Amministrazione anche*

²⁰ Richiama sentenze del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C 376/08, EU:C:2009:808, punti da 22 a 24; del 18 dicembre 2014, Generali-Providencia Biztosító, C 470/13, EU:C:2014:2469, punto 27, e del 6 ottobre 2016, Tecnoedi Costruzioni, C 318/15, EU:C:2016:747, punto 19.

²¹ Corte di Giustizia, causa C-298/14, Borta, *cit.*

²² Cfr. Corte di Giustizia, ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, punto 19.

²³ Richiama sentenza del 16 aprile 2015, Enterprise Focused Solutions, C 278/14, EU:C:2015:228, punto 20 e giurisprudenza ivi citata.

²⁴ Corte di Giustizia, causa C-298/14, Borta, *cit.*; v. anche Corte di Giustizia, 6 ottobre 2016, causa C-318/15, Tecnoedi Costruzioni. In dottrina, sull'interesse transfrontaliero certo, si veda A. Avino, *La disciplina dei contratti di importo inferiore alle soglie europee alla luce dei pareri del MIT e dei provvedimenti dell'ANAC*, in *Urb. e Appalti*, 2024, 581 s.

*attraverso il rilascio di provvedimenti che non portano alla conclusione di un contratto di appalto o di concessione, di attrarre gli operatori economici di altri Stati membri*²⁵.

La Corte di giustizia UE se ne è occupata soprattutto in materia di appalti di lavori di importo inferiore alla Soglia di rilevanza europea, elaborando alcuni indici identificativi. Per la Corte di giustizia, “*spetta in linea di principio all'amministrazione aggiudicatrice interessata valutare, prima di definire le condizioni del bando di appalto, l'eventuale interesse transfrontaliero di un appalto il cui valore stimato è inferiore alla soglia prevista dalle norme comunitarie, fermo restando che tale valutazione può essere oggetto di controllo giurisdizionale*”. Tuttavia, prosegue la Corte, “*una normativa può certamente stabilire, a livello nazionale o locale, criteri oggettivi che indichino l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo. Tali criteri potrebbero sostanzziarsi, in particolare, nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori. Si potrebbe altresì escludere l'esistenza di un tale interesse nel caso, ad esempio, di un valore economico molto limitato dell'appalto in questione*²⁶. È tuttavia necessario tenere conto del fatto che, in alcuni casi, le frontiere attraversano centri urbani situati sul territorio di Stati membri diversi e che, in tali circostanze, anche appalti di valore esiguo possono presentare un interesse transfrontaliero certo”²⁷.

In particolare, sempre con riferimento agli appalti, la Corte di giustizia ha affermato che tali criteri oggettivi potrebbero identificarsi “*nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, nelle caratteristiche tecniche dell'appalto e nelle caratteristiche specifiche dei prodotti in causa. A tal riguardo, si può altresì tenere conto dell'esistenza di denunce presentate da operatori ubicati in altri Stati membri, purché sia accertato che queste ultime sono reali e non fittizie*”²⁸.

4. La disciplina degli appalti aggiudicati dagli Enti aggiudicatori in settori diversi dai Settori Speciali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE

La Corte di Giustizia UE ha affrontato talune problematiche afferenti alla disciplina applicabile agli appalti e alle concessioni che gli Enti aggiudicatori affidano in settori diversi dai Settori Speciali.

In particolare, la Corte di Giustizia UE ha chiarito che la Direttiva settori speciali, a differenza della Direttiva Generale, che ha appunto carattere generale, è “settoriale” e per tale motivo le sue disposizioni devono essere interpretate restrittivamente. “*Pertanto, il campo di applicazione della direttiva [...] è strettamente circoscritto, il che non consente che le procedure ivi istituite vengano estese oltre tale campo di applicazione. Di conseguenza, le disposizioni sopra menzionate non lasciano spazio all'applicazione, nell'ambito della direttiva [settori speciali], dell'approccio denominato «teoria del contagio», sviluppatasi a seguito della citata sentenza Mannesman Anlagenbau Austria e a.*”²⁹.

²⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., decisione 18/2021.

²⁶ Richiama sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname, Racc. pag. I-7287, punto 20.

²⁷ Corte di giustizia, 15 maggio 2008, C-147/06.

²⁸ Corte di giustizia, 6 ottobre 2016, n. 318.

²⁹ Corte di Giustizia, 10 aprile 2008, causa C-393/2006, Aigner.

Ne consegue che rientrano nel campo di applicazione della Direttiva settori speciali solo gli appalti che *“un ente, avente la qualifica di «ente aggiudicatore» ai sensi di tale direttiva, aggiudica in relazione e per l'esercizio di attività”* rientranti nei Settori speciali.

È chiaro, tuttavia, che laddove un appalto non sia funzionale allo svolgimento di un'attività rientrante nei settori speciali, ma sia aggiudicato da un soggetto qualificabile come Amministrazione aggiudicatrice dovrà comunque trovare applicazione la Direttiva Generale, avendo quest'ultima carattere generale e quindi anche residuale³⁰.

I concetti sopra esposti sono poi stati maggiormente chiariti.

In particolare, la Corte di Giustizia ha innanzitutto affermato che la precedente giurisprudenza riferita alla previgente direttiva 2004/17, *“è applicabile anche per quanto riguarda la”* Direttiva settori speciali, avendo quest'ultima *“una portata sostanzialmente identica a quella delle disposizioni pertinenti della direttiva 2004/17”*³¹.

La Corte di Giustizia ha quindi affrontato nello specifico il tema inerente all'esatta perimetrazione degli appalti *“destinati all'esercizio di una delle attività di cui agli articoli da 8 a 14”*, in relazione ai quali, come visto trova applicazione la Direttiva settori speciali.

Al riguardo, il giudice europeo ha affermato che *“a proposito della direttiva 2004/17 la Corte ha già dichiarato che tale direttiva si applicava non solo agli appalti aggiudicati nel settore di una delle attività espressamente considerate agli articoli da 3 a 7, ma altresì agli appalti che, sebbene fossero di natura diversa e potessero, in quanto tali, rientrare di norma nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114), servivano per l'esercizio delle attività definite dalla direttiva 2004/17. La Corte ne ha dedotto che, nei limiti in cui un appalto aggiudicato da un ente aggiudicatore aveva un nesso con un'attività da questo esercitata nei settori considerati dagli articoli da 3 a 7 di tale direttiva, nel senso che tale appalto era aggiudicato in rapporto e per l'esercizio di attività in uno di tali settori, detto appalto doveva essere assoggettato alle procedure previste dalla direttiva in parola”*³².

[...]

“A tale riguardo, per poter servire all'esercizio dell'attività rientrante nel settore postale, il nesso tra l'appalto di cui trattasi e tale settore non può essere di una natura qualunque, pena il travisamento del senso dell'articolo 19, paragrafo 1, della direttiva 2014/25. Infatti, non è sufficiente che i servizi oggetto di tale appalto contribuiscano positivamente alle attività dell'ente aggiudicatore e ne accrescano la redditività, al fine di poter constatare, tra detto appalto e l'attività rientrante nel settore postale, l'esistenza di un nesso, ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, di tale direttiva.

³⁰ cfr. Corte di Giustizia, cause riunite C-462/03 e C-463/03, Strabag e Kostmann, punto 37.

³¹ cfr. Corte di Giustizia, causa C-521/18, Pegaso, punto 33.

³² Richiama sentenze del 10 aprile 2008, Ing. Aigner, C-393/06, EU:C:2008:213, punti 31 e da 56 a 59, e del 19 aprile 2018, Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi, C-152/17, EU:C:2018:264, punto 26.

Occorre quindi considerare che rientrano tra le attività relative alla prestazione di servizi postali, ai sensi di tale disposizione, tutte le attività che servono effettivamente all'esercizio dell'attività rientrante nel settore dei servizi postali consentendo la realizzazione in maniera adeguata di tale attività, tenuto conto delle sue normali condizioni di esercizio, ad esclusione delle attività esercitate per fini diversi dal perseguimento dell'attività settoriale di cui trattasi³³.

Sulla base di tali affermazioni di principio, la Corte di Giustizia ha ritenuto che i servizi di portierato, reception e presidio dei varchi aggiudicati da Poste Italiane Spa abbiano un nesso con l'esercizio del servizio postale, dal momento che *“è difficilmente ipotizzabile che dei servizi postali possano essere forniti in maniera adeguata in assenza di servizi di portierato, reception e presidio varchi degli uffici”* siano questi ultimi aperti agli utenti dei servizi postali ovvero utilizzati per lo svolgimento di funzioni amministrative. Ad avviso della Corte, infatti, *“la prestazione di servizi postali comprende anche la gestione e la pianificazione di tali servizi”*.

La Corte ha quindi concluso nel senso che i predetti servizi di portierato, reception e presidio varchi di Poste Italiane Spa non possono essere considerati aggiudicati *“per scopi diversi dal perseguimento dell'attività rientrante nel settore dei servizi postali”* presentando *“al contrario [...] un nesso con tale attività che ne giustifica l'assoggettamento al regime istituito da tale direttiva”*.

La Corte di Giustizia, tuttavia, nulla dice in merito alla disciplina applicabile agli appalti aggiudicati da Enti aggiudicatori che operano in virtù di diritti speciali o esclusivi nei Settori speciali per scopi diversi dal perseguimento delle attività rientrante nei settori speciali e per i quali non possa dunque trovare applicazione in via residuale la Direttiva Generale o la Direttiva concessioni.

Il tema, come meglio si vedrà nel paragrafo 6, è stato al momento affrontato dalla giurisprudenza nazionale.

5. L'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo del Codice dei Contratti Pubblici

Con legge 21 giugno 2022, n. 78, il Parlamento ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, *“anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale [...]”*.

Fra i criteri di delega più significativi in relazione ai fini che ci occupano, vi sono quelli di cui all'articolo 1, comma 2, lettera a) e lettera e).

Il primo riguarda il *“perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse [...]”*. La norma stabilisce il principio del divieto di *gold plating*³³ nel recepimento delle direttive comunitarie.

³³ Sul *Gold plating*, in dottrina, si veda C. BURELLI, *Il "gold-plating" e l'armonizzazione "spontanea", due tecniche legislative a confronto*, in *Riv. It. di Dir. Pubblico Comunitario*, 2022, p. 617 s.; G. RIVELLINI, *Il divieto di "gold plating" e il problema della sua giustificabilità in Italia*, *ivi*, 2021, p. 815 s.

Il secondo riguarda invece “*la semplificazione della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, nel rispetto dei principi di pubblicità, di trasparenza, di concorrenzialità, di rotazione, di non discriminazione, di proporzionalità, nonché di economicità, di efficacia e di imparzialità dei procedimenti [...]*”.

Il Codice dei contratti pubblici, a differenza delle Direttive, non contiene una disciplina connotata da particolare precisione e sistematicità in ordine all’esatta individuazione del suo ambito di applicazione soggettivo.

In linea generale, il Codice dei Contratti Pubblici stabilisce che “*le disposizioni del codice si applicano ai contratti di appalto e di concessione*”, per poi dettare un’elencazione di alcune tipologie di contratti esclusi e di altri contratti per i quali si applicano soltanto alcune specifiche disposizioni del C.c.p. (art. 13, C.c.p.)³⁴.

Per potere individuare il contenuto precettivo della disposizione in esame occorre quindi anzitutto interrogarsi su che cosa si intenda per “contratti di appalto” e per “contratti di concessione”.

L’art. 2 dell’Allegato I.1 del C.c.p. definisce «*contratti di appalto*» o «*appalti pubblici*», “*i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più stazioni appaltanti e aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di beni o la prestazione di servizi*” (sottolineatura aggiunta). Lo stesso articolo definisce poi «*contratti di concessione*» o «*concessioni*», “*i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto a pena di nullità in virtù dei quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l’esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di servizi a uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto dei contratti o in tale diritto accompagnato da un prezzo*”³⁵.

Una volta individuata la definizione di “appalto” e di “concessione”, sempre al fine di individuare l’ambito applicativo del C.c.p., occorre poi verificare se vi siano specifiche definizioni di stazione appaltante, di amministrazioni aggiudicatrici e di enti aggiudicatori, dal momento che i concetti di appalto e di concessione che costituiscono l’oggetto della disciplina del C.c.p. sono appunto definiti in relazione al soggetto che tali contratti affida e dunque in relazione alle suddette tre tipologie di soggetti.

L’articolo 1 dell’Allegato I.1 contiene le seguenti definizioni:

- a) «*stazione appaltante*», “*qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice*”;
- b) «*ente concedente*», “*qualsiasi amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero altro soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di concessione di lavori o di servizi e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice*”;

³⁴ Per l’elencazione dei contratti esclusi si rimanda alla lettura della norma. Si segnala, tuttavia, che l’articolo 56 e l’articolo 181 C.c.p. elencano, rispettivamente, altre tipologie di contratti e concessioni escluse dall’ambito di applicazione del C.c.p.

³⁵ Sulla definizione di appalto e di concessione si veda Cons. Stato, Sez. V, Sent., 6 agosto 2021, n. 5785.

- c) «amministrazioni aggiudicatrici», *“le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti”*;
- d) «enti aggiudicatori», i soggetti indicati all'articolo 7 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014.

Ebbene dalla lettura delle disposizioni sopra riportate, non appare affatto chiaro quale sia l'ambito di applicazione del C.c.p. con riferimento ai contratti di appalto.

L'art. 13 del C.c.p., infatti, stabilisce che le disposizioni del codice dei contratti si applica ai contratti di “appalto”, ma la definizione di appalto rimanda al concetto di “stazione appaltante”, che però è privo di contenuto euristico, dal momento che, del tutto tautologicamente³⁶, per esso si intende qualunque soggetto pubblico o privato “tenuto al rispetto del codice” senza tuttavia specificare chi e quando sia appunto tenuto al rispetto del C.c.p. nell'aggiudicazione di un appalto.

Tale imprecisione definitoria, tuttavia, può essere colmata dal fatto che la nozione di «*contratti di appalto*» è ricompresa nella definizione di «*contratti*» o «*contratti pubblici*» dettata dall'art. 2 dell'allegato I.1 del C.c.p. La definizione è la seguente: *“i contratti, anche diversi da appalti e concessioni, conclusi da una stazione appaltante o da un ente concedente”*.

La definizione di «*ente concedente*», come visto, è più precisa di quella di «*stazione appaltante*», in quanto comprende *“qualsiasi amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero altro soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di concessione di lavori o di servizi e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice”*. Sembrerebbe quindi potersi concludere che l'ambito di applicazione soggettivo del Codice dei Contratti Pubblici rispetto all'aggiudicazione degli appalti riguarda tutti i soggetti rientranti nel novero, per quanto di interesse, delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori.

L'imprecisione normativa, tuttavia, è rilevante perché, come si vedrà nel paragrafo 6, potrebbe riproporre il tema, superato dalla giurisprudenza amministrativa sotto la vigenza delle precedenti versioni del codice, dell'applicabilità della Direttiva generale agli appalti aggiudicati da imprese pubbliche e soggetti titolari di Diritti Speciali o Esclusivi per scopi estranei alle attività rientranti nei Settori Speciali.

Appare invece più chiaro l'ambito di applicazione del C.c.p. rispetto alle concessioni, dal momento che la definizione di concessioni richiama il concetto di “amministrazioni aggiudicatrici” e di “enti aggiudicatori” i quali sono definiti in modo puntuale dall'allegato I.1 del C.c.p.

Maggior precisione compilativa la si ritrova anche nell'art. 141, commi 1 e 2 del C.c.p. che perimetra l'ambito applicativo del Libro III del C.c.p, contenente la disciplina degli appalti da aggiudicare nei Settori

³⁶ Sul punto v. anche M. GIUSTINIANI, Sub *art. 13*, in F. Caringella (diretto da), *Nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, Milano, 2023, p. 76, che mette in rilievo l'approccio tautologico delle definizioni codicistiche.

Speciali. Tale disposizione, infatti, prevede che *“le disposizioni del presente Libro si applicano alle stazioni appaltanti o agli enti concedenti che svolgono una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152. Le disposizioni del presente Libro si applicano, altresì, agli altri soggetti che annoverano tra le loro attività una o più tra quelle previste dagli articoli da 146 a 152 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi?”*.

In estrema sintesi, detta disposizione, in stretta aderenza alla Direttiva settori speciali, prevede che il Libro III del codice, dedicato appunto agli appalti nei Settori Speciali, si applichi non soltanto alle amministrazioni aggiudicatrici, ma anche alle imprese pubbliche e agli operatori privati che operino in uno dei Settori Speciali in forza di Diritti Speciali o Esclusivi³⁷.

L'articolo 176 C.c.p. delimita poi l'ambito di applicazione della Parte II del Libro IV del Codice dei Contratti Pubblici, in materia di concessioni, prevedendo che lo stesso si applichi alle concessioni affidate dagli Enti Concedenti, fra cui sono ricompresi gli Enti Aggiudicatori e quindi anche le imprese pubbliche i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi operanti nei Settori Speciali.

L'ambito di applicazione oggettivo del Codice dei Contratti pubblici è più ampio di quello delle Direttive. Esso, infatti, a differenza delle Direttive contiene una disciplina dei contratti di importo inferiore alla Soglia di rilevanza europea, sulla quale si tornerà nel prosieguo.

Il Codice dei Contratti Pubblici esclude poi dall'ambito di applicazione del suo Libro III, contenente la disciplina degli appalti nei Settori Speciali, i contratti affidati dalle imprese pubbliche e dai soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi che non siano *“strumentali da un punto di vista funzionale a una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152”* (art. 141), vale a dire, appunto, le attività rientranti nei Settori Speciali³⁸.

6. La disciplina dei contratti aggiudicati da imprese pubbliche e da soggetti titolari di Diritti Speciali o Esclusivi non strumentali ai Settori Speciali

Come anticipato, sia la Direttiva settori speciali sia il C.c.p. (art. 141, comma 2, C.c.p.) prevedono che la disciplina afferente ai contratti aggiudicati dai soggetti operanti nei Settori Speciali non si applichi ai contratti che non siano legati da un nesso di strumentalità con le attività ricadenti in detti settori.

In particolare, l'art. 141, comma 2, C.c.p. stabilisce che *“le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi applicano le disposizioni del presente Libro solo per i contratti strumentali da un punto di vista funzionale a una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152”*.

³⁷ La definizione di soggetto titolare di Diritti Speciali o Esclusivi è contenuta nell'articolo 1, lettera g) dell'Allegato I.1 del C.c.p. e ricalca nella sostanza quella contenuta nella Direttiva settori speciali.

³⁸ La giurisprudenza nazionale (Cons. Stato, Ad. Plen., 16/2011, *cit.*) ed europea (Corte di Giustizia, causa C-521/18, Pegaso, *cit.*) hanno chiarito che si tratti di strumentalità in senso stretto.

È lecito dunque chiedersi quale sia la disciplina applicabile ai contratti di appalto, affidati da imprese pubbliche e da soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi, non strumentali al Settore Speciale in cui essi solitamente operano.

Il tema è stato affrontato dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento al previgente D. Lgs. n. 163/2006 e in particolare al suo art. 217, di contenuto analogo all'art. 141, comma 2 C.c.p.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha ipotizzato quattro differenti risposte al quesito³⁹:

- (i) secondo una prima interpretazione dovrebbe trovare applicazione la disciplina prevista per i “settori ordinari”;
- (ii) secondo una seconda interpretazione, detti appalti sarebbero stati da ricondurre nel novero degli appalti “esclusi” di cui alla Parte I, titolo II, del D. Lgs. 163/2006. Sarebbe stato quindi applicabile l'articolo 27 del D. Lgs. 163/2006, che, pur escludendo la necessità di esperire le procedure di dettaglio stabilite appunto dal c.d. Codice De Lise, imponeva comunque che l'affidamento avvenisse nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, con la precisazione che l'affidamento medesimo dovesse essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto;
- (iii) secondo una terza interpretazione sarebbero stati applicabili i principi a tutela della concorrenza contenuti nei Trattati UE;
- (iv) secondo una quarta interpretazione, invece, si sarebbe trattato di contratti aventi natura interamente privatistica come tali disciplinati esclusivamente dal Codice Civile.

Il Consiglio di Stato, richiamando sul punto la sopra citata sentenza Aigner della Corte di Giustizia⁴⁰, ha evidenziato che la prima tesi sarebbe praticabile soltanto qualora si trattasse di appalti aggiudicati non già da imprese pubbliche o da soggetti privati titolari di Diritti Speciali o Esclusivi, bensì da Amministrazioni Aggiudicatrici e quindi da amministrazioni pubbliche in senso stretto o da organismi di diritto pubblico. *“Diversamente, nel caso di imprese pubbliche [e di soggetti privati titolari di Diritti Speciali o Esclusivi], che sono enti aggiudicatori nei settori speciali (art. 2, direttiva 2004/17/CE), ma non sono contemplati tra le amministrazioni aggiudicatrici nei settori ordinari (artt. 1 e 2, direttiva 2004/18/CE), per gli appalti “estranei”, aggiudicati per scopi diversi dalle loro attività nei settori speciali (art. 20, direttiva 2004/17/CE), la sottrazione alla direttiva 2004/17/CE non comporta l'espansione della direttiva 2004/18/CE, ma piuttosto la sottrazione ad entrambe le direttive comunitarie”*⁴¹.

³⁹ Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 1° agosto 2011, n. 16.

⁴⁰ Corte di Giustizia, 10 aprile 2008, causa C-393/2006, Aigner.

⁴¹ Secondo il Consiglio di Stato, *“Tanto si desume dalla stessa matrice comunitaria della disciplina dei settori speciali: sia dall'antecedente della direttiva 93/38/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993 che dalla direttiva 2004/17/CE si desume che tale disciplina mira a fronteggiare - mediante un avvicinamento alle regole contrattuali imposte alle amministrazioni - la naturale chiusura dei mercati causata dalla*

Il Consiglio di Stato ha poi escluso la praticabilità della seconda opzione, in quanto l'articolo 27 riguarda *“contratti che in astratto potrebbero rientrare nel settore di attività, ma che vengono eccettuati con norme di esenzione, per le ragioni più disparate”*. Diverso è invece il caso degli appalti aggiudicati per scopi diversi dalle attività dei Settori Speciali, che non sono *“semplicemente “esclusi”, - ossia rientranti in astratto nell’ambito di applicazione delle direttive ma specificamente “esentati” -, bensì di appalti del tutto “estranei” all’ambito di azione direttiva 2004/17/CE”*. Per il Consiglio di Stato non è neppure condivisibile la terza ipotesi interpretativa, in quanto il rispetto dei principi del Trattato non può imporsi ad appalti che *“paiono estranei ai settori di intervento delle direttive dell’Unione”*.

È da chiedersi se le conclusioni a cui giunge il Consiglio di Stato siano ancora attuali alla luce del nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

Il dubbio sorge nella misura in cui, come anticipato nel paragrafo 6, l'art. 13 del C.c.p. prevede che il Codice dei Contratti Pubblici si applichi *“ai contratti di appalto e di concessione”*, mentre la definizione di contratti di appalto e di concessione è tautologica e inidonea a definire con precisione quali soggetti debbano applicare il codice, dal momento che essa afferma che il codice debba essere applicato dalle *stazioni appaltanti*, ma definendo queste ultime, in modo appunto tautologico, come *“qualsiasi soggetto pubblico o privato comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice”*.

L'estrema genericità della definizione di stazione appaltante potrebbe portare a ritenere che in essa possano essere ricondotti anche i soggetti titolari di Diritti Speciali o Esclusivi e le Imprese Pubbliche, dal momento che non v'è dubbio che essi siano comunque tenuti ad applicare la Parte III del C.c.p. Ma se così fosse, traendo tutti i corollari derivanti dalla premessa, si dovrebbe concludere che i soggetti titolari di Diritti Speciali o Esclusivi e le Imprese Pubbliche, rientrando nella definizione di *stazione appaltante*, dovrebbero allora applicare la Parte III del C.c.p. allorché affidino un appalto inerente ai Settori Speciali, mentre dovrebbero applicare la disciplina di cui al Libro II, afferente ai c.d. “Settori Ordinari”, allorché affidino un appalto estraneo ai Settori Speciali.

frequente condizione di monopolio degli esercenti quelle che per l'art. 90 (poi 86) del Trattato CE sono “imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale”.

Viceversa, al di fuori di questi settori speciali, cioè fuori dell’ambito degli oggettivi servizi pubblici nominati, non vi è sostituzione all’attività amministrativa e pertanto non sorge la necessità di assicurare normativamente la garanzia della concorrenza dei potenziali contraenti, mediante l’imposizione di scansioni particolari del processo di formazione contrattuale; vengono infatti meno la rilevanza e la peculiarità dell’attività che giustificano l’eccezionale attrazione e assoggettamento a regole eteronome sulla formazione della volontà contrattuale con terzi; l’impresa pubblica è comunque un’impresa e come tale agisce anch’essa con rischio, fine di lucro (art. 2082 cod. civ.) e moduli privatistici; e questi debbono essere integri ad evitare claudicazioni rispetto alla concorrenza (cioè restrizioni nell’ordinaria capacità di attività e di competizione). La ricordata esigenza di tutela della concorrenza che dichiaratamente presiede alla direttiva 2004/17/CE sugli appalti nei settori speciali per la frequente condizione di monopolio in cui versano quei servizi pubblici, non si ripete per queste altre attività delle imprese pubbliche. Queste altre attività anzi, proprio per lo svolgersi in un mercato competitivo, paiono - salvo singole patologie comportamentali - naturalmente portate verso la compressione dei costi dei contratti, e perciò spontaneamente orientate all’apertura al mercato dei fornitori di beni e servizi: cioè verso il prezzo più basso o l’offerta economicamente più vantaggiosa, e senza che sia imposto da regole esterne”.

Tale conclusione, peraltro, sembrerebbe essere coerente con il fatto che l'articolo 1 dell'Allegato I.1. al C.c.p. definisce come “*contratto pubblico*”, nel cui novero sono ricompresi anche gli appalti e le concessioni, qualunque contratto affidato da una *stazione appaltante* o da *un ente concedente*. Poiché nel novero degli *enti concedenti* sono ricompresi anche gli *enti aggiudicatori*, fra i quali rientrano a loro volta anche i soggetti titolari di Diritti Speciali o Esclusivi e le Imprese Pubbliche, dovrebbe arguirsi che tali ultimi soggetti siano tenuti ad applicare il C.c.p. allorché affidino un appalto, individuando, di volta in volta, le disposizioni del Codice dei Contratti Pubblici rilevanti in funzione del fatto che l'appalto da aggiudicare rientri nei Settori Ordinari o nei Settori Speciali.

Si tratta di un'interpretazione che in definitiva estenderebbe l'ambito di applicazione soggettivo delle Direttive.

Tuttavia, detta interpretazione non pare corrispondere all'effettiva volontà del legislatore e, in ogni caso, potrebbe porsi in contrasto con la libertà di impresa di cui all'articolo 41 della Costituzione⁴².

Infatti, l'estensione dei principi di concorrenza ai soggetti privati Titolari di Diritti Speciali o Esclusivi e alle Imprese Pubbliche anche al di fuori dei Settori Speciali, imponendo l'utilizzo di moduli di scelta del contraente di tipo pubblicistico in contesti nei quali tale esigenza non sussiste, sembrerebbe limitare irragionevolmente la libertà di autoorganizzazione di soggetti privati e di imprese che, per quanto sottoposte a controllo pubblico, sono comunque imprese che come tali agiscono con rischio e fine di lucro⁴³ e moduli privatistici⁴⁴.

Come condivisibilmente affermato dal Consiglio di Stato, infatti, la Direttiva Settori Speciali “*mira a fronteggiare – mediante un avvicinamento delle regole contrattuali imposte alle amministrazioni – la naturale chiusura dei mercati causata dalla frequente condizione di monopolio degli esercenti quelle che per l'art. 90 (poi 86) del Trattato CE sono “imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale”*. Tale esigenza di tutela della concorrenza in settori sostanzialmente monopolistici, però, non si ripete per le attività dei soggetti titolari di Diritti Speciali o Esclusivi e delle Imprese Pubbliche esercitate al di fuori dei Settori Speciali. “*Queste altre attività anzi, proprio per lo svolgersi in un mercato competitivo, paiono – salvo singole patologie comportamentali – naturalmente portate verso la compressione dei costi dei contratti, e perciò spontaneamente orientate all'apertura del mercato dei fornitori di beni e servizi: cioè verso il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa, e senza che sia imposto da regole esterne*”⁴⁵. Peraltro, è da dubitarsi che soggetti imprenditoriali, anche se lasciati liberi di scegliere i loro contraenti senza vincoli procedurali, non agirebbero comunque secondo logiche concorrenziali e di mercato.

⁴² Sulla libertà di impresa si veda M. LOTTINI, *La libertà d'impresa come diritto fondamentale*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, n. 2, 2004, p. 541 s.

⁴³ Cfr. art. 2082 c.c.

⁴⁴ Cons. Stato, Ad. Plen., 16/2011, *cit.*

⁴⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 16/2011, *cit.*

Si ritiene pertanto che, in continuità con i principi espressi dall'Adunanza Plenaria, i contratti dei soggetti Titolari di Diritti Speciali o Esclusivi e delle Imprese Pubbliche estranei ai Settori Speciali siano retti esclusivamente dalle regole del Codice Civile.

Ulteriore corollario di questa conclusione è che, la giurisdizione a conoscere delle relative controversie, appartenga al giudice ordinario.

Infatti, ai sensi dell'articolo 133, comma 1, lettera e), n. 1 del Codice del Processo Amministrativo, appartengono alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo le controversie “*relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa europea ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative*”⁴⁶.

Con riferimento all'interpretazione dell'analogica disposizione di cui all'articolo 244 del Codice De Lise, il Consiglio di Stato aveva affermato che laddove l'aggiudicazione degli appalti, come nel caso dei contratti estranei, sia retta esclusivamente dal codice civile e non siano applicabili i Principi del Trattato UE o le Direttive o la normativa nazionale in materia di evidenza pubblica, si verte in una situazione non rientrante nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e, pertanto, rientrante in quella del Giudice Ordinario⁴⁷.

E ciò a prescindere dal fatto che il soggetto affidante si sia auto vincolato al rispetto della normativa sull'evidenza pubblica, dal momento che l'auto vincolo è “*inidoneo a determinare spostamenti della giurisdizione*”⁴⁸.

7. La disciplina dei contratti di importo inferiore alla Soglia di rilevanza europea nel Codice dei Contratti Pubblici: la determinazione del valore dell'appalto

In via preliminare il Codice dei Contratti Pubblici stabilisce alcune regole volte a determinare il valore del contratto da aggiudicare.

In particolare, si prevede che “*Il calcolo dell'importo stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), valutato dalla stazione appaltante*”, tenendo conto di qualsiasi forma di rinnovo od opzione prevista nei documenti di gara, nonché di qualsivoglia premio o pagamento per i candidati e gli offerenti (art. 14, comma 4, C.c.p.).

⁴⁶ Cfr. Cass. civ., SS.UU., Ordinanze: 9 settembre 2024, n. 24106; 29 agosto 2023, n. 25427; 27 agosto 2024, n. 23155; 12 giugno 2024, n. 16288.

⁴⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., 16/2011, *cit.*

⁴⁸ Cons. Stato, Ad. Plen., 16/2011, *cit.*

È da chiedersi se il cosiddetto “quinto d’obbligo”, in forza del quale la stazione appaltante può imporre maggiori o minori prestazioni nel limite del venti per cento del valore originario del contratto senza che l’appaltatore possa rifiutarsi di eseguirle, debba essere preso in considerazione ai fini della determinazione della base d’asta.

Con riferimento a una fattispecie disciplinata dal previgente D. Lgs. 50/2016, si è ritenuto che il quinto d’obbligo, inerendo alla disciplina delle varianti, integra *“una prestazione aggiuntiva rispetto al contratto originario che costituisce una sopravvenienza”*. Essa quindi si sottrae alla disciplina delle modalità di determinazione del valore della base d’asta, la quale *“fa riferimento a clausole già previste al momento della predisposizione degli atti di gara ed in questa sede inserite per effetto di scelta discrezionale della stazione appaltante – che evidentemente ne valuta ab initio l’utilità per l’interesse pubblico perseguito –, sia pur rimesse dette clausole, nella loro concreta applicazione, ad una successiva valutazione facoltativa dell’amministrazione”*. Tanto risulterebbe confermato *“dal fatto che il “quinto d’obbligo” rientra tra le modifiche contrattuali, oggetto di variante, e quindi si differenzia nettamente dai patti aggiunti al contenuto del contratto che si inseriscono nella fase di formazione del medesimo ed ai quali la norma in esame si rivolge”*. Inoltre, l’inclusione del quinto d’obbligo negli atti di gara, ma non nel contratto, *“finirebbe per creare una distonia rilevante tra valore della gara e valore del contratto. Infatti l’art. 106, comma 12, del Codice dei contratti pubblici prevede che tale diritto potestativo ha fonte legale e non negoziale, innestandosi ab externo sul contratto il cui valore può essere ridotto o incrementato per effetto di scelte operate solo ex post dalla stazione appaltante, mentre il valore della gara risulterebbe fin dall’inizio ancorato ad un importo solo ipotetico e sicuramente divergente dalle offerte dei concorrenti, dal cui confronto concorrenziale dovrebbe di norma scaturire la difformità tra valore della gara e valore del contratto”*⁴⁹.

Secondo altra decisione anch’essa riferita alla previgente disciplina legislativa e resa con riferimento ad una fattispecie in cui il disciplinare di gara prevedeva la facoltà di prorogare il contratto per il tempo necessario a bandire una nuova procedura fino alla concorrenza di un quinto del valore originario del contratto e, comunque, la facoltà di chiedere aumenti o diminuzioni del servizio, ha ritenuto che fosse illegittima la determinazione della base d’asta che non aveva considerato anche la proroga⁵⁰.

A ben vedere i due citati precedenti non sembrano integrare un contrasto giurisprudenziale, dal momento che le due fattispecie ineriscono, nel primo caso, alla disciplina delle varianti⁵¹ propriamente dette, vale a dire alle modificazioni del contratto dovute a cause sopravvenute in corso di esecuzione, le quali, alle condizioni stabilite dal Codice, sono comunque ammesse anche se non previste nei documenti di gara;

⁴⁹ T.A.R. Lombardia, Milano, 10 febbraio 2020, n. 284. Dello stesso avviso è anche l’ANAC: cfr. relazione AIR al bando tipo n. 1/2017.

⁵⁰ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 5 settembre 2018, n. 5380.

⁵¹ Sulle varianti si veda A. FABRI, *I principi sulla esecuzione del contratto pubblico nella rinnovata disciplina delle “varianti” nel settore degli appalti*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 4, 2017, p. 1691 s.

nel secondo caso, invece, alla disciplina della proroga tecnica che è invece ammessa soltanto laddove espressamente prevista nei documenti di gara⁵².

Va in ogni caso rilevato che l'argomento speso a sostegno della tesi per la quale il quinto d'obbligo non deve essere computato nella base d'asta non avendo fonte negoziale, bensì legale, potrebbe essere non più attuale. L'articolo 120, comma 14, del C.c.p., infatti, a differenza del previgente codice, prevede che il diritto potestativo di imporre una variante di importo inferiore al quinto "può" essere previsto nei documenti di gara iniziali, sicché, nel caso in cui ciò non sia previsto sembrerebbe che l'appaltatore possa rifiutarsi di eseguire la variante e optare per la risoluzione del contratto.

Nel determinare il valore del contratto da aggiudicare non sono poi consentiti metodi volti a evitare l'applicazione delle procedure ordinarie per l'aggiudicazione di appalti sopra Soglia così come è vietato anche il "frazionamento artificioso" dell'appalto, funzionale appunto a sottrarre l'appalto dalle procedure ordinarie, sempre che "*ragioni oggettive [non] lo giustificano*"⁵³.

Peraltro, allorché grazie all'artificioso frazionamento dell'appalto la stazione appaltante proceda con affidamento diretto dei singoli segmenti dell'appalto frazionato, il quale affidamento, come si vedrà, può avvenire anche senza preventiva consultazione di più operatori economici e quindi direttamente tramite la stipulazione del contratto preceduta dalla sola decisione di contrarre, si pone il problema di quali siano gli strumenti utilizzabili dall'operatore economico pretermesso che voglia contestare l'operato dell'amministrazione aggiudicatrice al fine di ottenere una chance di aggiudicazione del contratto. In particolare, la problematica afferisce all'individuazione del giudice munito della giurisdizione a conoscere della controversia. Infatti, da un lato, si è affermato che la decisione di contrarre "*non ha una efficacia propriamente provvedimentale, non producendo effetti giuridici autonomi verso terzi quale atto presupposto suscettibile di autonoma impugnazione*"⁵⁴, sicché sotto questo profilo l'impugnazione avverso la determinazione di contrarre proposta avanti al giudice amministrativo potrebbe essere dichiarata inammissibile; mentre, dall'altro lato, si è affermato che non sussiste la giurisdizione amministrativa a pronunciarsi sulla sorte del contratto stipulato in via diretta in assenza di procedura di evidenza pubblica, dal momento che gli articoli 121 e 122 del Codice del Processo Amministrativo consentono al giudice amministrativo di dichiarare l'inefficacia del contratto stipulato soltanto nel caso in cui tale domanda sia proposta unitamente a quella

⁵² Sulla proroga tecnica si veda S. BIANCARDI, *La proroga 'tecnica' nel nuovo codice: il modello di determina e di lettera da inviare alla ditta*, in *Appalti e Contratti*, n. 6, 2024, p. 60 s.

⁵³ Sul frazionamento artificioso si veda T.A.R. Toscana Firenze, Sez. I, 10 luglio 2024, n. 858.

⁵⁴ T.A.R. Calabria, Sez. I, 30 marzo 2021, n. 713, secondo cui la determinazione a contrarre non costituirebbe atto autonomamente impugnabile "*in quanto precede l'avvio della procedura di affidamento, lo stesso ha, invece, natura più propriamente "endoprocedimentale" e, quindi, di regola è inidoneo a costituire in capo a terzi posizioni di interesse qualificato. La sua funzione, infatti, attiene essenzialmente alla corretta assunzione di impegni di spesa da parte dell'Amministrazione nell'ambito del controllo e della gestione delle risorse finanziarie dell'ente pubblico, esaurendo gli effetti all'interno dell'Amministrazione stessa (T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 26 maggio 2014 n. 485; T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, 16 febbraio 2017 n. 53; T.A.R. Veneto Venezia, sez. III, 17.07.2017, n. 680)*" (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 5.9.2018, n. 5380)".

di annullamento dell'aggiudicazione. Pertanto, nel caso di affidamento diretto, mancando la serie procedimentale a monte dell'aggiudicazione e della stipulazione del contratto, sarebbe precluso al giudice amministrativo di pronunciarsi in merito all'eventuale patologia del contratto (nullità/annullabilità) della cui cognizione dovrebbe occuparsi invece il giudice ordinario⁵⁵.

D'altra parte, la Corte di Cassazione, ha più volte affermato che le norme che impongono lo svolgimento di procedure di evidenza pubblica a monte della stipulazione del contratto sono norme imperative, la cui violazione determina la nullità del contratto stesso⁵⁶. In particolare, la Suprema Corte⁵⁷, poi seguita anche dalla giurisprudenza di merito⁵⁸, ha statuito che *“nella giurisprudenza di questa corte è infatti indiscusso che appartiene alla giurisdizione la cognizione delle domande di risoluzione o di nullità di un contratto d'appalto pubblico (Cass., sez. un., 31/1/2017, n. 2482, Cass., sez. un., 14/5/2015, n. 9861), perché “rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto tutti gli atti della serie negoziale successiva alla stipulazione del contratto, cioè non solo quelle che attengono al suo adempimento e quindi concernenti l'interpretazione dei diritti e degli obblighi delle parti, ma anche quelle volte ad accertare le condizioni di validità, efficacia, nullità o annullabilità del contratto, siano esse inerenti o estranee o sopravvenute alla struttura del contratto, comprese quelle derivanti da irregolarità o illegittimità della procedura amministrativa a monte e le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica o sussistenza di vizi che ne affliggono singoli atti, accertabili incidentalmente da detto giudice, al quale le parti possono rivolgersi senza necessità del previo annullamento da parte del giudice amministrativo” (Cass., sez. un., 5/4/2012, n. 5446, Cass., sez. un., 31/5/2016, n. 11366)”*.

Siffatta ricostruzione, tuttavia, non convince del tutto, dal momento che, l'articolo 17 del C.c.p. prevede che, in caso di affidamento diretto, la decisione di contrarre deve già individuare anche il contraente privato, talché sembra trattarsi di atto di natura provvedimentale con rilevanza esterna idoneo a ledere posizioni di interesse legittimo degli operatori pretermessi, come tale sicuramente rientrante nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo e, nella sostanza, equivalente a un provvedimento di aggiudicazione⁵⁹. Conseguentemente, in caso di suo annullamento da parte del Giudice

⁵⁵ T.A.R. Toscana, Sez. II, 16 giugno 2022, n. 804, che peraltro, in contraddizione con le pronunce citate nella nota che precede, afferma che *“tale riparto di giurisdizione non fa però venire meno l'interesse a impugnare davanti al giudice amministrativo gli atti amministrativi prodromici di un negozio di diritto privato, atteso che il loro annullamento produce un effetto viziante del negozio a valle, con la conseguente possibilità di: - azionare rimedi risarcitori; - impugnare il negozio privatistico davanti al giudice ordinario; - chiedere all'Amministrazione l'ottemperanza al giudicato amministrativo, e, in caso di perdurante inottemperanza, adire il giudice amministrativo che, in sede di ottemperanza, al fine di adeguare la situazione di fatto al giudicato, può reintegrare in forma specifica la parte vittoriosa e quindi, eventualmente, nella sua posizione di aggiudicataria (Cons. St., ad. plen., 30 luglio 2008 n. 9)”*.

⁵⁶ Cass., Sez. I, 10 maggio 2017, n. 11446.

⁵⁷ Cass., SS.UU. 10 aprile 2017, n. 9149.

⁵⁸ Tribunale di Roma, Sez. XVII, 19 settembre 2018, n. 17548.

⁵⁹ D'altra parte, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la decisione 22 aprile 2013, n. 9689, hanno affermato che la delibera consiliare con cui si decida di alienare un bene del patrimonio disponibile a trattativa privata anziché ricorrere ad una procedura di evidenza pubblica costituisce *“atto prodromico alla stipulazione del negozio di diritto privato comportante il trasferimento del bene, in quanto relativa ad un momento antecedente all'instaurazione del rapporto civilistico, attinente al procedimento formativo della volontà dell'ente ed alla relativa autorizzazione conferita all'organo rappresentativo dello stesso, è stata adottata*

Amministrativo quest'ultimo potrebbe anche pronunciarsi sull'efficacia del contratto stipulato, rientrando tale sindacato nella sua giurisdizione esclusiva ai sensi dell'articolo 133, comma 1, lettera e) del Codice del Processo Amministrativo.

Il divieto di frazionamento artificioso non esclude però che l'appalto possa essere organizzato in lotti funzionali, i quali anzi costituiscono uno strumento pro concorrenziale volto ad agevolare l'ingresso delle piccole e medie imprese nel mercato degli appalti pubblici. Sul punto, i commi 9 e 10 dell'articolo 14 stabiliscono che ai fini della valutazione del superamento della Soglia si abbia riguardo alla somma dei singoli lotti e che, qualora la Soglia sia superata, ogni lotto venga aggiudicato seguendo le procedure ordinarie⁶⁰.

Tuttavia, in deroga alla regola generale, il successivo comma 11 stabilisce che *“le stazioni appaltanti possono aggiudicare l'appalto per singoli lotti senza applicare le disposizioni del codice, quando l'importo stimato al netto dell'IVA del lotto sia inferiore a euro 80.000 per le forniture o i servizi, oppure a euro 1.000.000 per i lavori, purché l'importo cumulato dei lotti aggiudicati non superi il 20 per cento dell'importo complessivo di tutti i lotti in cui sono stati frazionati l'opera prevista, il progetto di acquisizione delle forniture omogenee o il progetto di prestazione servizi”*.

8. La disciplina dei contratti di importo inferiore alla Soglia di rilevanza europea nel Codice dei Contratti Pubblici: le procedure di aggiudicazione nei Settori Ordinari

La disciplina dei contratti di importo inferiore alla Soglia di rilevanza europea è contenuta nella Parte I del Libro II del C.c.p.

Ai sensi dell'art. 48, comma 2 C.c.p. assume particolare rilevanza il concetto di interesse transfrontaliero certo⁶¹, elaborato dalla Corte di Giustizia UE e di cui si è già detto. Infatti, laddove la stazione appaltante

nelle forme di una Delib. Consiliare, vale a dire con un tipico atto amministrativo che, in quanto tale, non avrebbe potuto essere che impugnato, dagli eventuali controinteressati, portatori in tale fase di interesse legittimi (non diversamente dal soggetto nei confronti del quale la scelta era stata indirizzata), davanti al giudice naturale, costituito, per siffatti rapporti, dal Tribunale Regionale Amministrativo competente, cui soltanto era demandato il compito di stabilire se fosse consentito o meno nella fattispecie procedere all'alienazione, del bene, ancorché rientrante nel patrimonio disponibile del Comune, senza ricorrere ad un procedimento ad evidenza pubblica”. Negli stessi termini si veda anche la decisione del Consiglio di Stato n. 3460 del 9 luglio 2015, secondo cui la *“giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (prevista dall'art. 133, co. 1, lettere c) ed e), n. 1, c.p.a.), sussiste anche quando si lamenti che da parte dell'amministrazione è mancata una procedura di affidamento dovuta, ossia, vi sia stato un affidamento a trattativa privata fuori dai casi consentiti; c) in tali situazioni, infatti, qualora si faccia valere (come nel caso di specie), l'illegittimità del metodo della trattativa privata per la scelta del contraente, per contrarietà a norme che avrebbero richiesto l'attivazione di procedure di gara, trattandosi della legittimità dell'esercizio del potere pubblico, la posizione del privato è di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo; una diversa soluzione sarebbe in contrasto con l'evoluzione dell'ordinamento tesa alla restrizione dell'area della trattativa privata nel campo degli appalti pubblici”*.

⁶⁰ Sui lotti funzionali si veda C. ORIOLO, *Prime riflessioni sul nuovo Codice dei contratti per i settori speciali: la suddivisione in lotti come possibile caso di attuazione dei principi codificati*, in *Urb. e Appalti*, n. 2, 2023, p. 160 s.; F. BOTTEON, *Suddivisione in lotti e divieto di formulazione di offerte per ciascun lotto in composizione soggettiva diversa: il problema della unicità della gara*, Nota a sentenza Consiglio di Stato sezione III 6 maggio 2020, n. 2865, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, n.3, 2020, p. 99 s.; E. RIZZI, *Suddivisione in lotti dell'appalto per favorire la partecipazione anche delle piccole e medie imprese*, Nota a TAR CM - Salerno sez. I 12 luglio 2018, n. 1071, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, n. 3, 2018, p. 53 s.

⁶¹ M. COZZIO, *L'esistenza di un "interesse transfrontaliero" non può essere ricavata in via ipotetica ma deve risultare da una valutazione concreta delle circostanze* (Nota a CGUE sez. IV 6 ottobre 2016 (causa C-318/15)) in *Rivista trimestrale degli appalti*, n. 1, 2017,

accerti l'esistenza di un siffatto interesse in relazione all'appalto da aggiudicare, sarà tenuta ad applicare le procedure ordinarie stabilite per gli appalti sopra Soglia.

Laddove invece non sussista un interesse transfrontaliero certo, l'art. 48, comma 1 C.c.p. prevede, in linea generale, che per l'affidamento dell'appalto si applichino i principi di cui al Libro I, Parti I e II.

Ai sensi del comma quarto dell'articolo 48 C.c.p., oltre che dai suddetti principi, i contratti di importo inferiore alla Soglia e privi di interesse transfrontaliero certo sono regolati anche dalle disposizioni del C.c.p. se non derogate dalle disposizioni specificamente contenute nella Parte I del Libro II afferente appunto ai contratti sotto Soglia di rilevanza europea.

La disciplina del Codice dunque introduce livelli di regolazione maggiori di quelli previsti dal diritto eurounitario, dal momento che prevede l'applicazione delle regole ordinarie per l'aggiudicazione di contratti sotto Soglia di interesse transfrontaliero e regole procedurali specifiche per appalti sotto Soglia privi di interesse transfrontaliero, laddove la Corte di Giustizia impone unicamente il rispetto dei principi comunitari desumibili dal Trattato nel caso in cui si debba aggiudicare un appalto sotto Soglia di interesse transfrontaliero⁶².

Ci si deve quindi chiedere se tale disciplina non determini la violazione del criterio di delega del divieto di *gold plating* nel recepimento delle Direttive, vale a dire il divieto di prevedere livelli di regolazione superiori a quelli minimi stabiliti dalle Direttive stesse⁶³.

Qualora si dovesse fornire risposta positiva a detto quesito, la disposizione di cui al comma quinto, ultimo periodo, dell'articolo 50 C.c.p. sarebbe incostituzionale per violazione dell'articolo 76 Costituzione, non rispettando i criteri imposti dalla legge di delega⁶⁴.

La perimetrazione del divieto di *gold plating*⁶⁵ è stata indagata, innanzitutto, dalla Corte Costituzionale. In particolare, la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi in merito alla legittimità costituzionale del

p. 190; M. CRISCI, *Risorse scarse e interesse transfrontaliero nelle concessioni demaniali marittime. il giudice che si sostituisce all'amministrazione? brevi riflessioni a margine delle sentenze gemelle dell'adunanza plenaria nn. 17 e 18 del 2021*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3, 2022, p. 241.

⁶² La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha chiarito che “*in relazione all'aggiudicazione di un appalto che, in considerazione del suo valore, non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/17 [previgente Direttiva settori speciali, ma il principio vale anche per l'attuale Direttiva settori speciali], la Corte può tener conto delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato FUE, in particolare, degli articoli 49 e 56 dello stesso e dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché dell'obbligo di trasparenza che ne derivano, purché l'appalto di cui trattasi presenti un interesse transfrontaliero certo. Infatti, sebbene non siano disciplinati dalla direttiva 2004/17, siffatti appalti restano soggetti al rispetto di tali regole e di detti principi (v., in tal senso, sentenze del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C 376/08, EU:C:2009:808, punti da 22 a 24; del 18 dicembre 2014, Generali-Providencia Biztosító, C 470/13, EU:C:2014:2469, punto 27, e del 6 ottobre 2016, Tecnoedi Costruzioni, C 318/15, EU:C:2016:747, punto 19)*” (Corte di Giustizia, causa C-298/14, Borta, cit).

⁶³ L. SQUINTANI, *Beyond Minimum Harmonisation. Gold-Plating and Green-Plating of European Environmental Law*, Cambridge, 2019, 13 s.; E. OJETTI, *Il controllo parlamentare sul gold-plating. L'esperienza italiana nel quadro europeo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017, p. 1 s.

⁶⁴ Sull'incostituzionalità per violazione della norma interposta si veda Corte cost., Sent., 25 luglio 2024, n. 149.

⁶⁵ G.D. COMPORTI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. Soc.*, n. 2, 2017, p. 177; P. LAZZARA, *Introduzione*, in P. Lazzara (a cura di) *Diritto dei contratti pubblici*, Aracne, Roma, 2021, p. 15 s.

previgente art. 192, comma 2, d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in relazione all'art. 76 Cost., nella parte in cui prevede che le stazioni appaltanti debbano dar conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento *in house*, delle ragioni del mancato ricorso al mercato, ha ritenuto infondata la questione. Al riguardo, la Corte ha precisato che “*il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie (il cosiddetto gold plating) è imposto da tale criterio direttivo e dalle norme da esso richiamate, ma non è un principio di diritto comunitario, il quale, come è noto, vincola gli Stati membri all'attuazione delle direttive, lasciandoli liberi di scegliere la forma e i mezzi ritenuti più opportuni per raggiungere i risultati prefissati*”⁶⁶ (salvo che per le norme direttamente applicabili)⁶⁷. Il termine *gold plating* compare però nella comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, dell'8 ottobre 2010 e “*si riferisce alla prassi delle autorità nazionali di regolamentare oltre i requisiti imposti dalla legislazione UE, in sede di recepimento o di attuazione in uno Stato membro*”. Per la Corte, tuttavia, “*la ratio del divieto [...] è quella di impedire l'introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, che riducano la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini, mentre è evidente che la norma censurata si rivolge all'amministrazione e segue una direttrice proconcorrenziale, in quanto è volta ad allargare il ricorso al mercato*”. Tanto trova conferma nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea⁶⁸.

Talché, l'introduzione di disposizioni tese ad ampliare la difesa degli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza non si pone in contrasto con il divieto di *gold plating*.

Per le medesime ragioni, il Consiglio di Stato ha ritenuto che non violi il divieto di *gold plating* la disposizione di cui all'art. 177 del previgente D. Lgs. n. 50/2016 nella parte in cui stabiliva l'obbligo per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere all'entrata in vigore del decreto, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione Europea, di affidare una quota pari all'80%

66 Sul principio del risultato da ultimo: A. GIUSTI, *al centro del risultato: l'affidamento dei servizi globali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, n. 2, 2024, p. 557; M. R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *federalismi.it*, n. 9, 2024, p. 206 s.; F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. e processo amministrativo*, n. 4, 2023, p. 821 s.; G. Napolitano, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *Astrid-online.it*, 2023; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici*, in G. Corso e M. Immordino (a cura di) *Studi in onore di F. Salvia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 517 s.; V. M. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in AA.VV., *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 29 s.

67 Corte Cost., 27 maggio 2020, n. 100.

68 Corte di giustizia, nona sezione, ordinanza 6 febbraio 2020, in cause da C-89/19 a C-91/19, Rioco spa, resa su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, sezione quinta, con ordinanze 7 gennaio 2019, n. 138 e 14 gennaio 2019, n. 293 e n. 296; nello stesso senso, Corte di giustizia, quarta sezione, sentenza 3 ottobre 2019, in causa C-285/18, Irgita.

dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica⁶⁹.

Alla luce della citata giurisprudenza, quindi, deve ritenersi che l'introduzione di obblighi di evidenza pubblica negli affidamenti sotto Soglia di rilevanza europea superiori a quelli stabiliti dalla Direttiva generale non sia in contrasto con il divieto di *gold plating* e che dunque non sia costituzionalmente illegittima per violazione dell'articolo 76 Cost⁷⁰.

Ciò posto in linea generale, può passarsi all'esame della disciplina prevista per l'aggiudicazione di appalti sotto Soglia privi di interesse transfrontaliero.

Tale disciplina è contenuta essenzialmente nell'art. 50 che, in estrema sintesi, prevede che si possa procedere con affidamento diretto, senza neppure un obbligo di consultazione di un numero minimo di operatori economici, degli appalti di lavori di importo sino a Euro 150.000,00 e degli appalti di servizi e forniture sino a Euro 140.000,00.

Per gli appalti di lavori compresi tra Euro 150.000,00 e un milione di Euro è invece prevista una procedura negoziata senza bando con consultazione di almeno cinque operatori economici. La medesima procedura è prevista per l'aggiudicazione di appalti di servizi e forniture di importo superiore a Euro 140.000,00 e inferiore alla Soglia di rilevanza europea, mentre per gli appalti di lavori di importo compreso tra un milione di Euro e la Soglia di rilevanza europea è prevista la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando e con consultazione di almeno dieci operatori economici, fatta salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie per l'aggiudicazione di appalti di importo superiore alla Soglia di rilevanza europea.

Nell'articolo 3 dell'Allegato I.1 al Codice l'affidamento diretto è definito come affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'articolo 50, comma 1 lettere a) e b) del Codice (valori delle soglie al di sotto delle quali è possibile l'affidamento diretto). È quindi stato confermato l'orientamento secondo cui *“la mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori (secondo modalità che corrispondono alle previsioni contenute nelle Linee Guida ANAC n. 4 per gli affidamenti diretti), non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze”*⁷¹.

⁶⁹ Cons. Stato, sez. V, 19 agosto 2020, n. 5097.

⁷⁰ Sul divieto di *gold plating* come violazione del diritto UE si veda Cons. Stato, Sez. V, 13 agosto 2024, n. 7113.

⁷¹ Cons. Stato, Sez. V, 15 gennaio 2024, n. 503.

In ogni caso, l'affidamento diretto deve assicurare che siano selezionati operatori economici in possesso di “documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali”⁷². È da notare come il riferimento alle esperienze “idonee” anziché alle esperienze “analoghe” attiene “alla scelta di ampliare il margine valutativo della stazione appaltante, che può apprezzare attività precedenti dell'operatore economico in ambiti anche non strettamente analoghi all'oggetto della gara ma tuttavia idonei a garantire la buona riuscita dell'affidamento”⁷³.

Le procedure negoziate sono invece definite come “procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti e gli enti concedenti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni del contratto” (art. 3 dell'Allegato I.1 al C.c.p.).

La scelta degli operatori con cui negoziare le condizioni del contratto deve avvenire sulla base di “indagini di mercato” o sulla base della consultazione di “elenchi” predisposti dalle stazioni appaltanti. Le modalità di esperimento delle indagini di mercato e della predisposizione degli elenchi sono disciplinate nell'Allegato II.1 al C.c.p.

È espressamente vietato dall'articolo 50, comma 2, del C.c.p. l'utilizzo del sorteggio o di altro criterio casuale per l'individuazione dei soggetti da invitare alla procedura negoziata, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate, nei casi in cui non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori. In particolare, i criteri per la scelta degli operatori da invitare devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza; essi, inoltre, devono essere resi noti nell'avviso con il quale viene indetta l'indagine di mercato o nel regolamento che disciplina le modalità di compilazione degli elenchi.

Il divieto di utilizzo del sorteggio quale criterio di scelta degli operatori da invitare pare di fatto sterilizzare la facoltà concessa alle stazioni appaltanti di limitare il numero di operatori da invitare alla procedura, dal momento che l'individuazione di criteri idonei per la scelta, oltre a non essere agevole, è anche contestabile, con il rischio quindi di aprire fronti di contenzioso ancor prima della fase di presentazione delle offerte.

D'altra parte, qualora si opti per la scelta di non limitare il numero degli operatori da invitare, non troverà applicazione il principio di rotazione degli affidamenti, che rimane invece l'unico presidio a tutela della concorrenza nel caso dell'affidamento diretto⁷⁴.

⁷² Sui requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico professionale si veda T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 15 novembre 2023, n. 1048, con nota di S. INGEGNATTI: *Requisiti di capacità tecnico-professionale e società di progetto*, in *Urb. e Appalti*, n. 2, 2024, p. 256 s.; Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2021, n. 1540.

⁷³ Cfr. Relazione Illustrativa al Codice dei Contratti Pubblici, pag. 76, pubblicata su <http://www.giustiziaamministrativa.it>.

⁷⁴ Sul principio di rotazione si veda V. LAUDANI, *Il principio di rotazione nel codice appalti del 2023*, in *Appalti e Contratti*, n. 5, 2024, p. 47 s.; S. FATA, *Il regime giuridico dell'affidamento diretto*, op. cit..

In particolare, l'articolo 49 del C.c.p. pone il divieto di affidamento o aggiudicazione al contraente uscente *“nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi”*. L'utilizzo della locuzione *“due consecutivi affidamenti”* pone di fronte al dubbio se il divieto si applichi già a partire dall'affidamento successivo al primo ovvero soltanto al terzo affidamento. Al riguardo, è stato affermato che il divieto si riferisce all'appalto *“da aggiudicare e a quello immediatamente precedente”* con la conseguenza che la disposizione vieta il secondo consecutivo affidamento (avente ad oggetto la stessa categoria di opere) e non [...] il *“terzo”* affidamento da parte dell'operatore già affidatario di due consecutivi affidamenti”, non rivenendosi, per una simile interpretazione, né elementi testuali, né elementi sistematici tenuto anche conto che la disposizione si pone in linea di continuità con la precedente regolamentazione di cui alle linee guida ANAC n. 4 che al punto 3.6 faceva espresso riferimento all'affidamento *“precedente”* e a quello *“attuale”*. Peraltro, in tal caso, la norma avrebbe utilizzato il termine *“abbiano avuto”*, piuttosto che *“abbiano”*, tempo presente che *“attualizza”* la sequenza temporale al momento immediatamente precedente”⁷⁵.

Sono poi previste alcune deroghe all'applicazione del principio di rotazione. La prima come visto riguarda i casi in cui il successivo affidamento segua a una procedura negoziata in cui non sia stato posto un limite agli operatori da invitare. La seconda riguarda il caso in cui la stazione appaltante si sia dotata di un regolamento che ripartisca gli affidamenti in fasce di valore: in questo caso il principio di rotazione si applica soltanto con riferimento a ciascuna fascia. Il principio di rotazione, inoltre, non si applica al ricorrere delle seguenti condizioni «cumulative»: casi motivati dalla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative; esecuzione accurata del precedente contratto. Il quarto e ultimo caso riguarda invece gli affidamenti di importo inferiore a cinquemila Euro.

Come sopra accennato, l'articolo 50, comma 1, lettera d) del C.c.p., nel prevedere la possibilità di utilizzare la procedura negoziata, previa acquisizione di almeno dieci preventivi, per l'affidamento di appalti di lavori, privi di interesse transfrontaliero, di importo compreso tra un milione di Euro e la Soglia, espressamente ammette che detti appalti siano affidati ricorrendo alle procedure ordinarie previste per gli affidamenti sopra Soglia. Nulla è detto, invece, sulla possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie per affidare gli altri appalti sotto Soglia e privi di interesse transfrontaliero contemplati dall'articolo 50, comma 1 C.c.p.

Al riguardo la Relazione Illustrativa afferma che la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie è consentita soltanto nei casi stabiliti dalla lettera d) del comma 1 dell'articolo 50 del C.c.p. In ogni caso, non si tratta di *“libera opzione, ma della possibilità di accedere alle più complesse procedure ordinarie in esito a una*

⁷⁵ T.A.R. Sicilia, Catania, 19 marzo 2024, n. 1099.

*specifica motivazione delle ragioni tecniche che, nel singolo caso, rendono preferibile – effettuato il dovuto bilanciamento degli interessi pubblici in gioco – l'utilizzo del più garantistico, ma più complesso, procedimento ordinario di gara*⁷⁶.

Tuttavia, in dottrina si è sostenuto che, nonostante la volontà legislativa espressa nella Relazione Illustrativa, “*non si ritiene che ciò possa impedire in assoluto l'utilizzo delle procedure ordinarie nelle ipotesi di cui all'art. 50, comma 1 lett. a), b), c) del Codice. In primo luogo perché non vi è un divieto espresso di esercitare tale facoltà. Secondariamente perché, in determinati casi, potrebbe esserci l'effettiva necessità di utilizzare un sistema di affidamento aperto alla partecipazione di tutte le imprese potenzialmente interessate, sulla base di criteri di concorrenza, trasparenza e pubblicità*”⁷⁷.

L'obiezione non convince del tutto, dal momento che la partecipazione di tutte le imprese potenzialmente interessate, nei casi di procedure negoziate, può essere comunque garantita nel caso in cui non sia limitato il numero delle imprese qualificatesi in fase di indagine di mercato da invitare alla successiva negoziazione.

9. La disciplina dei contratti di importo inferiore alla Soglia di rilevanza europea nel Codice dei Contratti Pubblici: le procedure di aggiudicazione nei Settori Speciali

L'articolo 50, comma 5, del C.c.p. stabilisce poi una disciplina specifica per i contratti sotto Soglia di rilevanza europea affidati nei Settori Speciali da imprese pubbliche e dai soggetti titolari di Diritti Speciali o Esclusivi.

Tale disposizione così dispone: “*Le imprese pubbliche, per i contratti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alle soglie europee di cui all'articolo 14, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 146 a 152, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, se i contratti presentano un interesse transfrontaliero certo, deve essere conforme ai principi del Trattato sull'Unione europea a tutela della concorrenza. Gli altri soggetti di cui all'articolo 141, comma 1, secondo periodo, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale deve essere conforme ai predetti principi del Trattato sull'Unione europea*”.

Innanzitutto, la disposizione in esame sembra sottrarre alla disciplina del Codice dei Contratti Pubblici gli appalti sotto Soglia di rilevanza europea nei Settori Speciali aggiudicati da imprese pubbliche e dai soggetti titolari di Diritti Speciali o Esclusivi. In particolare, pare che le procedure da applicare non siano quelle stabilite dal comma 1 dell'articolo 50, ma quelle contenute nei regolamenti interni dei predetti soggetti. In sostanza, la norma sembra prevedere un principio di autoregolamentazione.

Sono però previsti dei limiti nell'esercizio dell'autoregolamentazione.

Per le imprese pubbliche è previsto che, laddove l'appalto Sotto soglia di rilevanza europea abbia un interesse transfrontaliero certo, i regolamenti interni debbano essere conformi ai principi del Trattato

⁷⁶ Cfr. pag. 75.

⁷⁷ F. MASCIA, Sub art. 50, in F. Caringella (diretto da), *Nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, cit., p. 320.

sull'Unione europea a tutela della concorrenza e quindi ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché all'obbligo di trasparenza. Ne consegue che, laddove l'appalto non presenti un interesse transfrontaliero certo l'impresa pubblica non sia neppure tenuta al rispetto dei principi del Trattato UE e, in definitiva, possa procedere con affidamenti diretti.

Ne consegue altresì che, non dovendo rispettare i principi del Trattato UE, l'affidamento di detti contratti, secondo le indicazioni fornite dalla menzionata decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁷⁸, sia sottratto alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo rientrando piuttosto in quella del Giudice Ordinario.

La distinzione tra appalti sotto Soglia di rilevanza europea di interesse transfrontaliero e appalti sotto Soglia di rilevanza europea privi di interesse transfrontaliero certo non è invece prevista per gli appalti aggiudicati da soggetti Titolari di Diritti Speciali o Esclusivi. In relazione agli affidamenti sotto Soglia di rilevanza europea di detti soggetti l'ultimo periodo del comma 5 dell'art. 50 del C.c.p. prevede infatti che si applichi la *“disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale deve essere conforme ai predetti principi del Trattato sull'Unione europea”*.

Secondo la Relazione Illustrativa del Codice dei Contratti Pubblici il comma 5 in esame *“detta una disciplina unitaria per le imprese pubbliche e per i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi, rinviando all'applicazione delle norme interne dei singoli enti o società, purché siano conformi ai principi del Trattato posti a tutela della concorrenza. La norma, quindi, non sembra consentire alle imprese pubbliche che esercitano in uno dei settori speciali (che costituisce l'unico presupposto applicativo per essere assoggettate alla relativa normativa prevista dagli artt. 153 ss. del presente codice, anche quando il servizio o l'attività siano state acquisite mediante una procedura di evidenza pubblica), che intendano affidare a terzi appalti strumentali allo svolgimento di una delle predette attività, di utilizzare strumenti di acquisizione più flessibili e semplificati come quelli previsti nei commi da 1 a 3 dell'articolo in commento (si pensi alla previsione dell'affidamento diretto per lavori fino a 150.000 euro, procedura che si sottrae ai principi proconcorrenziali del Trattato e quindi non sarebbe utilizzabile, stando al vigente art. 36, comma 8, cit., dalle imprese pubbliche, né dai privati titolari di diritti speciali ed esclusivi). La regola della conformità ai principi del Trattato è ribadita, per i contratti sottosoglia affidati da soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi (ossia «concessi dallo Stato o dagli enti locali ovvero da altre amministrazioni pubbliche attraverso atti di carattere legislativo, regolamentare o amministrativo, adeguatamente pubblicati [...]» (secondo la definizione di cui all'art. 1, Allegato I.1 al codice) anche quando si tratti di contratti che non presentano interesse transfrontaliero”*.

L'interpretazione della disposizione fornita dalla Relazione Illustrativa reca con sé alcune rilevanti problematiche.

⁷⁸ Cons. Stato, Ad. Plen., 16/2011, *cit.*

Innanzitutto, la disposizione in esame nell'interpretazione della Relazione Illustrativa ha quale effetto di estendere l'ambito di applicazione dei principi comunitari di cui al Trattato UE anche ad appalti sotto Soglia di rilevanza europea, aggiudicati da soggetti titolari di diritti Speciali o Esclusivi, privi di interesse transfrontaliero, ponendosi quindi il problema del rispetto del divieto di *Gold Plating*, in relazione al quale si può rinviare a quanto già osservato in relazione agli affidamenti sotto Soglia nei Settori Ordinari.

Altro profilo di rilevante problematicità è costituito dalla difficoltà di individuare una *ratio* alla base dell'introduzione di una differente disciplina per le imprese pubbliche rispetto ai soggetti privati titolari di Diritti Speciali o Esclusivi nell'affidamento di appalti sotto Soglia di rilevanza europea nei Settori Speciali.

L'articolo 50, comma 5 C.c.p., infatti, prevede che le Imprese Pubbliche applichino i loro regolamenti interni, che dovranno allinearsi ai principi del Trattato UE soltanto laddove gli appalti abbiano un interesse transfrontaliero certo, mentre i soggetti privati titolari di Diritti Speciali o Esclusivi dovranno sempre applicare regolamenti interni conformi ai principi del Trattato UE⁷⁹.

La *ratio* sottesa alla scelta legislativa non è chiara specie laddove si consideri che anche le imprese pubbliche, al pari dei soggetti privati, nella maggior parte dei casi operano nei Settori Speciali in forza dell'attribuzione da parte dell'Autorità pubblica di Diritti Speciali o Esclusivi.

Sotto tale specifico profilo, pertanto, il "doppio regime" introdotto dal legislatore potrebbe essere considerato come foriero di una irragionevole disparità di trattamento tra imprese pubbliche e soggetti privati Titolari di Diritti Speciali o Esclusivi in violazione dell'articolo 3 della Costituzione⁸⁰.

Inoltre, appare del tutto irragionevole e contrario all'articolo 3 della Costituzione il fatto che per gli appalti anche di valore cospicuo, ma sotto Soglia di rilevanza europea, le amministrazioni aggiudicatrici operanti nei Settori Ordinari possano procedere con affidamento diretto a condizione che l'appalto non abbia rilievo transfrontaliero, mentre analoga facoltà non sarebbe consentita ai soggetti privati titolari di Diritti Speciali o Esclusivi operanti nei Settori Speciali.

Pertanto, un'interpretazione della disposizione conforme a Costituzione, peraltro in linea con la normativa europea, porterebbe a ritenere che anche i soggetti privati titolari di Diritti Speciali o Esclusivi debbano rispettare i principi del Trattato UE negli affidamenti sotto Soglia di rilevanza europea, laddove detti affidamenti presentino un interesse transfrontaliero certo, potendo invece procedere con

⁷⁹ Per una critica v. L. BERTONAZZI, *Introduzione alle modalità semplificate di aggiudicazione degli appalti sotto soglia*, in *Foro Amm.*, n. 3, 2024, p. 506, che suggerisce un'interpretazione conforme a Costituzione per arginare le censure di incostituzionalità attraverso "l'applicazione analogica al secondo periodo dell'inciso, inserito nel primo, «se i contratti presentano un interesse transfrontaliero certo»".

⁸⁰ Per una critica alla differenziazione in parola v. A. CAVINA e D. GALLI, *Sub art. 141*, in *Nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, *cit.*, p. 995.



affidamento diretto, almeno sino alle soglie di cui all'articolo 50, comma 1, C.p.c. in relazione ad appalti privi di interesse transfrontaliero certo.