

Marco Fratini

Manuale *Sistematico*
di **Diritto**
Amministrativo

edizione
2023-2024

 **NeldirittoEditore**

CAPITOLO III

L'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo del codice dei contratti pubblici

1. I contratti sopra soglia e sottosoglia. L'interesse transfrontaliero certo

La disciplina dei contratti pubblici è caratterizzata da una ripartizione tra affidamenti a rilevanza europea e affidamenti c.d. sottosoglia.

I primi riguardano contratti pubblici che, per l'entità del corrispettivo dovuto dalla p.a., assumono rilevanza ai fini dell'applicazione della normativa europea a tutela della concorrenza e del mercato.

I contratti sottosoglia, invece, per l'entità dell'importo non sono soggetti applicazione delle regole di evidenza pubblica.

La previsione di regimi giuridici differenziati in ragione del diverso importo del contratto impone la necessità di evitare elusioni della disciplina applicabile. Per questo sono state definite regole uniformi per la determinazione del valore stimato dei contratti (art. 14, commi 1-29, del nuovo codice dei contratti pubblici). Si tratta di criteri che assumono una portata generale in quanto sono riferibili alla totalità dei contratti ricompresi nell'ambito di applicazione della disciplina pubblicistica.

Per regola generale, la scelta del metodo per il calcolo del valore stimato di un contratto pubblico non può essere operata con l'intenzione di escluderlo dal campo di applicazione delle norme dettate per i contratti a rilevanza europea.

L'applicazione di criteri uniformi per la definizione dell'importo contrattuale assume rilievo non solo ai fini dell'assoggettamento o meno di un contratto alla disciplina europea dell'evidenza pubblica, ma anche ai fini delle verifiche antimafia, che sono differenziate in ragione della rilevanza sovranazionale o meno dell'affidamento.

La disciplina dei contratti sottosoglia si differenzia da quella per gli affidamenti a rilevanza europea, ma è comunque ispirata a una regola di procedimentalizzazione che si pone in linea di continuità con la disciplina dettata dalle norme di contabilità di stato per i contratti pubblici. L'obiettivo è quello di garantire comunque la trasparenza, la pubblicità e l'imparzialità nell'affidamento del contratto pubblico.

La Parte I del Libro II del nuovo codice dei contratti pubblici contiene, raccolte unitariamente, l'insieme delle norme riferite ai contratti sottosoglia, riguardanti i punti qualificanti della procedura di affidamento, dai principi applicabili, alle modalità di individuazione dell'affidatario, agli snodi dei meccanismi di gara che sono stati disciplinati in termini difforni dal sopra soglia (oltre alle modalità di individuazione del contraente, le offerte anomale, le garanzie delle offerte).

Si tratta di una significativa innovazione rispetto al previgente codice dei contratti (d.lgs. n. 50 del 2016), nel quale le previsioni proprie del sottosoglia erano sparse nell'intera disciplina codicistica. Il nuovo codice, invece, consente una più agevole individuazione della normativa applicabile ai contratti di importo inferiore alle soglie europee e un più diretto apprezzamento del complessivo regime giuridico differenziale che connota questo settore della contrattualistica, settore che, a conferma della sua

rilevante importanza anche pratica, dai dati Eurostat disponibili vale da solo all'incirca l'80 per cento della spesa complessiva per appalti e concessioni".

L'art. 48 del nuovo codice dei contratti pubblici detta la disciplina comune applicabile ai contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, dando attuazione ai principi di "semplificazione della disciplina applicabile, pubblicità, trasparenza, concorrenzialità, rotazione, non discriminazione, proporzionalità, nonché di economicità, di efficacia e di imparzialità dei procedimenti e della specificità dei contratti nel settore dei beni culturali".

Tale disciplina trova applicazione nei confronti dei contratti sottosoglia per i quali non sussista un interesse transfrontaliero certo.

In base all'art. 48, comma 2, del nuovo codice contratti pubblici, quando per uno dei contratti "sottosoglia" la stazione appaltante accerta l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, allora la medesima stazione segue le procedure ordinarie previste per i contratti sopra soglia. La norma, quindi, assoggetta i contratti sottosoglia alla stessa disciplina dei contratti sopra soglia quando anche per i primi vi sia un interesse transfrontaliero.

La relazione illustrativa evidenzia che tale previsione normativa "è del tutto nuova e "tiene conto della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo la quale gli appalti di valore inferiore alle soglie UE, pur non soggetti alle norme specifiche delle direttive sugli appalti pubblici, devono essere aggiudicati in modo trasparente e competitivo se presentano un interesse transfrontaliero certo.

La norma tiene altresì conto di quanto stabilito nella lettera della Commissione europea del 6 aprile 2022, di messa in mora dell'Italia, la quale, al punto 2.3, occupandosi della disciplina introdotta dai decreti-legge n. 76 del 2020 e n. 77 del 2021, che prevedono affidamenti diretti e procedure negoziate per l'aggiudicazione di contratti pubblici di importi inferiori alle soglie europee, ha ritenuto la suddetta disciplina violativa dei principi europei di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, laddove non obbliga la stazione appaltante a valutare se l'appalto presenti un interesse transfrontaliero certo.

2. I contratti esclusi

L'impatto delle norme di evidenza pubblica sull'attività contrattuale della pubblica amministrazione spiega l'importanza dedicata alla definizione dell'ambito, oggettivo e soggettivo, di applicazione di quelle norme. Il perimetro si individua, in negativo, attraverso la categoria dei c.d. contratti esclusi.

Il legislatore esclude dal campo di applicazione della normativa in tema di evidenza pubblica alcune tipologie negoziali. Le ragioni dell'esclusione, differenti a seconda della singola fattispecie, dipendono dalla presenza di interessi preminenti rispetto alle esigenze di tutela del mercato, ovvero da caratteristiche di certi contratti che non si conciliano con la rigidità delle norme di evidenza pubblica.

L'art. 56 del nuovo codice dei contratti pubblici individua gli appalti pubblici esclusi dall'applicazione della disciplina relativa ai settori ordinari. Il comma 1 reca un lungo elenco di appalti pubblici esclusi. Tale elenco, come sottolineato dalla relazione illustrativa, riproduce nella sostanza quanto previsto "dalla direttiva UE n. 24 del 2014.

Si tratta di norme derogatorie, come tali di stretta interpretazione: comportando la disapplicazione della disciplina di evidenza pubblica, si deve escludere che quelle norme possano essere suscettibili di applicazione estensiva o analogica.

2.1. Gli accordi di cooperazione tra enti pubblici

Sono sottratti alla disciplina pubblicistica anche i contratti che integrino una forma di cooperazione tra soggetti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune.

L'art. 7, comma 4, del nuovo codice dei contratti pubblici dispone che la cooperazione tra stazioni appaltanti o enti concedenti volta al perseguimento di obiettivi di interesse comune non rientra nell'ambito di applicazione del codice. A tal fine, però, la norma richiede il concorso di tutte le seguenti condizioni:

- a) la cooperazione interviene esclusivamente tra due o più stazioni appaltanti o enti concedenti, anche se con competenze diverse;
- b) la cooperazione garantisce la effettiva partecipazione di tutte le parti allo svolgimento di compiti funzionali all'attività di interesse comune, in un'ottica esclusivamente collaborativa e senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni;
- c) la cooperazione determina una convergenza sinergica su attività di interesse comune, pur nella eventuale diversità del fine perseguito da ciascuna amministrazione, purché l'accordo non tenda a realizzare la missione istituzionale di una sola delle amministrazioni aderenti;
- d) le stazioni appaltanti o gli enti concedenti partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.

Nella relazione illustrativa del nuovo codice dei contratti pubblici viene sottolineato che la norma tiene conto dell'elaborazione giurisprudenziale nazionale e sovranazionale, che ha esentato dall'applicazione delle regole di evidenza pubblica la cooperazione tra amministrazioni tramite accordi (che possono essere conclusi senza gara) alle stesse condizioni oggi indicate nel nuovo codice dei contratti pubblici.

2.2. Servizi affidati in base a un diritto esclusivo

Sono esclusi dal campo di applicazione del codice anche gli appalti pubblici e le concessioni di servizi aggiudicate da un'amministrazione aggiudicatrice a soggetti titolari di un diritto esclusivo.

In relazione al perimetro applicativo, da un punto di vista oggettivo, il tratto che accomuna le diverse fattispecie escluse riguarda la titolarità di diritti esclusivi in capo ai soggetti affidatari.

Per "diritto esclusivo" si intende il diritto concesso da un'autorità – mediante una disposizione legislativa o regolamentare ovvero tramite una disposizione amministrativa compatibile con i Trattati – avente l'effetto di riservare a un unico operatore economico

l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività.

L'esclusione dal campo di applicazione del codice degli affidamenti a soggetti titolari di un diritto esclusivo può considerarsi espressione dell'esigenza di riservare allo Stato le modalità di organizzazione (e l'individuazione dei soggetti esecutori) di talune attività di preminente interesse generale, che giustifica il riconoscimento di diritti esclusivi. La ratio sottesa all'esclusione è collegata alla particolare condizione del mercato, dovuta al pregresso riconoscimento, in capo a soggetti determinati, di una posizione di esclusiva. In ipotesi del genere, infatti, l'ente titolare del diritto esclusivo è l'unico operatore in grado di fornire la prestazione che l'amministrazione aggiudicatrice intende acquisire.

L'ambito applicativo dell'esclusione dal campo di applicazione del codice dei contratti pubblici va quindi valutato soprattutto in relazione alla tipologia delle prestazioni eseguite, necessariamente rivolte al soddisfacimento di un interesse pubblico e non reperibili sul libero mercato.

2.3. *L'in house providing (cenni e rinvio)*

Tra le ipotesi più rilevanti di esclusione vi è quella degli affidamenti c.d. in house, che per la prima volta trovano regolamentazione nella disciplina dei contratti pubblici.

Da sempre il ricorso agli affidamenti in house è stato valutato con particolare attenzione a livello europeo, perché ne fosse trovata una configurazione idonea a garantire un bilanciamento tra le esigenze organizzative delle pubbliche amministrazioni e la necessità di evitare che il ricorso a tale modalità finisse con il recare un vulnus a principi e meccanismi concorrenziali.

Una prima definizione del fenomeno degli affidamenti in house fu elaborata dalla Commissione Europea (nella Comunicazione dell'11/03/1998), che li qualificò come appalti "aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata".

La giurisprudenza della Corte di Giustizia configura l'*in house* come forma di delegazione interorganica, data l'assenza, nella sostanza, di un'alterità tra soggetto che affida l'incarico e affidatario. La sottrazione degli affidamenti in house dall'ambito di applicazione della disciplina dei contratti pubblici trova la propria giustificazione proprio nell'assenza di una reale distinzione tra committente e appaltatore. E ciò giustifica l'affidamento diretto, senza gara.

I presupposti in presenza dei quali è possibile ricorrere all'*in house providing* sono stati analizzati nel capitolo dedicato alle società pubbliche, cui si rinvia.

3. Settori ordinari e settori speciali

La disciplina dei contratti pubblici si fonda su una macro-distinzione: quella tra contratti che rientrano nei settori ordinari e contratti che ricadono nei settori speciali. La categoria dei settori ordinari è generale e residuale: essa si individua per *viam negationis*, comprende cioè tutti i settori che non sono speciali.

Quelli speciali sono i settori ascrivibili alla categoria dei c.d. servizi pubblici a rete, per i quali l'infrastruttura di rete non è contendibile (gas, energia elettrica, acqua, trasporti, etc.). Questi settori sono caratterizzati dalla presenza di un numero ridotto di operatori muniti di un alto livello di specializzazione tecnica e tecnologica. Nell'interesse generale, tali soggetti, nella scelta del contraente, devono essere posti nelle condizioni di operare un confronto quanto più possibile competitivo, nel rispetto dei principi di parità di trattamento, concorrenza e trasparenza.

Nei settori speciali, però, a differenza di quanto si verifica in quelli ordinari, i soggetti che devono osservare le regole di evidenza pubblica sono imprese che non impiegano risorse pubbliche per gestire le loro attività. Si tratta di soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi che attribuiscono un forte potere di mercato. Questo potere viene temperato con l'applicazione di procedure ad evidenza pubblica che presentano alcuni elementi di differenziazione alle procedure che si applicano nei settori ordinari.

4. L'ambito di applicazione soggettivo del codice

Il novero dei soggetti tenuti all'osservanza delle regole imposte dal codice dei contratti pubblici è ampio e tiene conto – in linea con la tradizionale impostazione europea – del processo di progressiva disarticolazione dell'apparato pubblico e di affidamento di funzioni di natura pubblicistica a figure formalmente privatistiche. Il passaggio da una nozione formale di pubblica amministrazione a una concezione sostanziale e funzionale del soggetto pubblico ha imposto, ai fini dell'individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina dei contratti pubblici, il superamento di parametri di identificazione formale a vantaggio di indici di natura sostanziale.

Le categorie di soggetti prese in considerazione dal codice sono tutte attratte nella nozione unificante di stazione appaltante, definita dall'art. 1 dell'Allegato I.1 del nuovo codice dei contratti pubblici, come 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.

Si tratta di una nozione complessa che assume una configurazione di quarto livello. Essa comprende altre nozioni intermedie, anche queste complesse: si tratta della nozione di amministrazione aggiudicatrice; di ente aggiudicatore; di soggetto aggiudicatore. Tutte le definizioni di tali soggetti sono contenute nell'art. 1 dell'Allegato I.1 del nuovo codice dei contratti pubblici.

Ciascuna delle prime tre nozioni vale ad individuare un diverso regime applicabile: la nozione di amministrazione aggiudicatrice vale a definire l'ambito di applicazione della disciplina dei contratti nei settori tradizionali; quella di ente aggiudicatore vale a perimetrare la sfera di operatività della disciplina dei contratti nei settori speciali; quella di soggetto aggiudicatore si riferisce alla disciplina in tema di partenariato pubblico privato e di contraente generale.

Ciascuna nozione è in parte coincidente e in parte divergente rispetto alle altre. Se la nozione di soggetto aggiudicatore, ad esempio, comprende, come si è detto, quella di ente aggiudicatore e quella di amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima è soltanto in parte coincidente con quella, più ampia, di ente aggiudicatore nella quale sono

ricompresi anche imprese pubbliche e soggetti privati operanti in virtù di diritti speciali o esclusivi.

In sostanza, un medesimo soggetto può rientrare in categorie definitorie diverse a seconda della disciplina applicabile al contratto oggetto di affidamento. Un organismo di diritto pubblico, ad esempio, può rientrare nel novero degli enti aggiudicatori laddove affidi un appalto per l'esercizio di attività nell'ambito dei settori speciali, così come nella nozione di soggetto aggiudicatore nel caso in cui realizzi interventi di partenariato pubblico privato.

In alcuni casi l'applicazione della disciplina dei contratti pubblici assume portata generalizzata e incondizionata, essendo indissolubilmente legata alla natura del soggetto. In altri casi, invece, l'applicazione è condizionata da specifiche circostanze che talvolta possono assumere carattere di eccezionalità.

Le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute in quanto tali all'osservanza della disciplina pubblicistica indipendentemente dalla tipologia di contratto da stipulare.

Per le imprese pubbliche e per i soggetti privati che operano in virtù di diritti speciali o esclusivi, l'applicazione delle norme del codice presuppone che l'appalto sia strumentale alle finalità istituzionali del soggetto aggiudicatore.

4.1. *Le amministrazioni aggiudicatrici*

Nell'ambito della nozione di amministrazioni aggiudicatrici sono ricomprese: “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 questi soggetti”.

Si tratta di una definizione più ampia rispetto alla nozione tradizionale di pubblica amministrazione delineata dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001. E si tratta di una nozione sostanziale di soggetto pubblico, perché include anche enti che, formalmente, sono soggetti privati: è il caso dell'organismo di diritto pubblico.

4.2. *L'organismo di diritto pubblico (cenni e rinvio)*

La figura dell'organismo di diritto pubblico è definita sulla base di indici sostanziali. Ciò al fine di evitare che soggetti sostanzialmente pubblici possano sottrarsi all'applicazione della disciplina dei contratti pubblici soltanto in virtù della loro veste formale di tipo privatistico.

La nozione di organismo di diritto pubblico non individua una figura giuridica a sé stante, ma costituisce un criterio qualificatorio uniforme in grado di attrarre, nell'ambito di operatività della disciplina dell'evidenza pubblica, soggetti caratterizzati da parametri di riconoscimento comuni, indipendentemente dalla loro forma giuridica (pubblica o privata).

Essa prescinde, dunque, dall'aspetto formale – vale a dire dalla forma assunta

– e si basa su indici specifici rilevatori della effettiva natura dell'ente, allo scopo di “snidare” la pubblicità reale che si nasconde sotto forme privatistiche: diventa così

irrelevante il carattere di diritto privato dell'ente, che non può perciò essere escluso dall'applicazione della disciplina pubblicistica in tema di contratti.

La figura dell'organismo di diritto pubblico è stata già analizzata nel capitolo dedicato alla nozione di pubblica amministrazione, cui si rinvia.

Occorre qui precisare che l'elenco degli organismi di diritto pubblico, contenuto nell'allegato IV del codice dei contratti, non assume portata vincolante, sotto un duplice profilo: i) l'elenco non ha natura tassativa, per cui possono essere qualificati come organismi di diritto pubblico anche soggetti ivi non indicati; ii) l'elenco non ha natura precettiva, nel senso che soggetti, pure contenuti nell'elenco, potrebbero non essere tenuti ad applicare la disciplina pubblicistica là dove, in concreto, svolgano la propria attività secondo modalità di ordine commerciale o industriale.

4.3. Gli enti aggiudicatori

La categoria degli enti aggiudicatori è individuata dall'art. 7 della direttiva 2014/23/UE e comprende i soggetti che operano nell'ambito dei c.d. settori speciali. La categoria non trova corrispondenza nella disciplina sui settori ordinari che, come detto, si limita a prendere in considerazione le sole amministrazioni aggiudicatrici. Rispetto a quest'ultima categoria, quella degli enti aggiudicatori ha una portata più ampia, perché comprende anche le imprese pubbliche e i soggetti privati che operano in virtù di diritti speciali o esclusivi.

4.4. Le imprese pubbliche (cenni e rinvio)

Rientrano nella categoria dell'impresa pubblica i soggetti – dotati di personalità giuridica – su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante. La figura è già stata analizzata nel capitolo dedicato alla nozione di pubblica amministrazione, cui pertanto si rinvia.

Occorre qui precisare che l'impresa pubblica è presa in considerazione dalla sola disciplina sui settori speciali, diversamente dall'organismo di diritto pubblico che, invece, è preso in considerazione sia dalla disciplina generale che da quella sui settori speciali. Ne consegue che l'impresa pubblica rientra nel novero degli enti aggiudicatori soltanto nei limiti in cui il contratto oggetto di affidamento sia funzionale all'esercizio di attività in uno dei settori di attività presi in considerazione dalla disciplina sui settori speciali.

4.5. I soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi

La disciplina pubblicistica è applicabile anche a enti diversi da amministrazioni aggiudicatrici e imprese pubbliche che operano in virtù di diritti speciali o esclusivi conferiti dallo Stato o dagli enti locali mediante disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa avente l'effetto di riservare l'esercizio di una o più attività nell'ambito dei settori speciali.

Non costituiscono diritti speciali ed esclusivi quelli conferiti mediante procedura in cui sia stata assicurata adeguata pubblicità e in cui il conferimento si basi su criteri obiettivi: gli enti cui tali diritti siano stati conferiti in esito ad una procedura di gara non costituiscono enti aggiudicatori.

4.6. I soggetti aggiudicatori

Sono soggetti aggiudicatori sia le amministrazioni aggiudicatrici, sia gli enti aggiudicatori. La categoria assume rilevanza, nei settori ordinari e in quelli speciali, nell'ambito delle forme di partenariato pubblico privato o del contraente generale.

CAPITOLO IV

Le controparti contrattuali

1. Gli operatori economici: una categoria atipica

Le controparti contrattuali della pubblica amministrazione sono i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento del contratto. Si tratta di operatori economici, per tale intendendosi qualunque soggetto che offra sul mercato l'esecuzione di lavori e opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica che assume.

La categoria delle controparti contrattuali non può essere considerata tassativa, essendo destinata a ricomprendere qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica sul mercato in un regime di concorrenza (considerando 14 della direttiva 2014/24/UE).

L'indifferenza per la forma giuridica è espressione del più generale principio di libera organizzazione dell'attività d'impresa, che ha indotto la giurisprudenza europea e, sulle orme di questa, quella interna a includere nella categoria degli operatori economici soggetti che, a prescindere dalla forma giuridica assunta, offrano sul mercato la realizzazione di lavori, la prestazione di servizi, la fornitura di prodotti. E ciò pur in assenza di fini di lucro. Secondo il Consiglio di Stato, l'irrilevanza dello scopo di lucro è ricavabile dalle norme del codice civile che si occupano della nozione di imprenditore, nonché dalla disciplina codicistica delle società: i) è qualificato come imprenditore colui che esercita professionalmente un'attività economica per la produzione o lo scambio di beni e servizi (art. 2082 c.c.), a prescindere, dunque, dal fine di lucro eventualmente perseguito; ii) nell'ambito della disciplina delle società commerciali lo scopo di lucro rappresenta un elemento costitutivo del tipo societario e anche nell'ambito della disciplina delle società cooperative lo scopo di lucro può essere del tutto assente, sostituito dallo scopo mutualistico.

2. Analisi delle figure di operatore economico

Il nuovo codice dei contratti pubblici conferma l'impostazione duale, già fatta propria dal codice previgente, che individua, da un lato, la categoria degli operatori economici "singoli", i quali acquisiscono appunto singolarmente la qualificazione e la relativa idoneità a divenire controparte della p.a., e, dall'altra, quella dei concorrenti in forma "plurisoggettiva", che possono invece avvantaggiarsi della verifica collettiva di alcuni requisiti di partecipazione alla procedura.

Nell'ambito della prima categoria rientra l'imprenditore, sia persona fisica che persona giuridica: l'attività imprenditoriale può essere esercitata sia in forma individuale – qualora l'attività di impresa faccia capo direttamente alla figura dell'imprenditore, senza la presenza di un apparato organizzativo – sia in forma associata, secondo un sistema organizzativo a complessità crescente, in relazione all'espansione dell'impresa nel mercato di riferimento. Nel primo caso, l'attività d'impresa è imputabile alla persona fisica, atteso che il carattere individuale dell'operatore economico è dato dalla necessaria