

La disciplina codicistica nei settori speciali: un particolare focus sulle imprese pubbliche



di Sergio Cesare Cereda e Giuseppe Civico

27 maggio 2019

Materia: appalti / disciplina

La disciplina codicistica nei settori speciali: un particolare focus sulle imprese pubbliche

Abstract: *Premessa - 1. Settori speciali e platea dei soggetti tenuti all'applicazione - 2. Ratio della disciplina: la tendenziale "chiusura" dei mercati rientranti nei settori speciali - 3. Esclusione dall'applicazione delle norme sui settori speciali: attività su mercati liberamente accessibili e direttamente esposte alla concorrenza - 4. Il ruolo della Commissione Europea ai sensi dell'art. 8 del Codice - 5. L'operare nei settori speciali non preclude necessariamente il confronto concorrenziale - 6. Attività svolte in forza di un diritto d'esclusiva: per le imprese pubbliche rilevano le modalità di acquisto dello stesso (con o senza gara)? - 7. Come ottenere l'esenzione dal Codice per le imprese pubbliche che operano in forza di concessioni affidate con gara? Una possibile soluzione: il ricorso alla Commissione UE ex art. 8 del D.lgs. 50/2016.*

Premessa.

La presente analisi è volta a comprendere se le imprese pubbliche operanti nei c.d. "settori speciali" possano essere esentate dall'applicazione del D.Lgs. 50/2016 laddove svolgano la propria attività in forza di una concessione affidata all'esito di una procedura a evidenza pubblica (alla stregua di quanto avviene per i concessionari privati).

Il tema non è mai stato oggetto di uno specifico approfondimento da parte della giurisprudenza, ma ciò è facilmente spiegabile alla luce del fatto che – ancora oggi – la quasi totalità delle imprese pubbliche opera in forza di affidamenti diretti, di modo che il loro assoggettamento al Codice (per l'affidamento ovviamente di appalti strumentali all'attività "speciale") non è mai stato messo in discussione.

Tuttavia, la *quaestio iuris* qui affrontata diverrà di stretta attualità a seguito dell'imminente "apertura" al mercato dei settori (speciali) come quello della distribuzione del gas (si pensi alle gare d'ATEM ex DM 226/2011, alcune di queste peraltro già aggiudicate)^[1] o delle concessioni di grande derivazione idroelettrica (si veda il recente D.L. n. 135/2018, convertito in L. n. 12/2019)

1. Settori speciali e platea dei soggetti tenuti all'applicazione.

Come noto la normativa, sia nazionale che comunitaria, in tema di contratti pubblici regola - con una disciplina *ad hoc* - gli appalti

riferibili ai cosiddetti “settori speciali”^[2]: vale a dire gli appalti affidati da enti che svolgono le attività previste dagli articoli da 115 a 121 del D. Lgs. n. 50 /2016, (c.d. codice dei contratti pubblici, di seguito Codice). Queste attività si esplicano nei settori relativi al *gas ed energia termica, all’elettricità, all’acqua, ai porti ed aeroporti, ai servizi di trasporto, ai servizi postali e alla estrazione di gas, di carbone e di altri combustibili solidi.*

La principale differenza rispetto ai “settori ordinari” riguarda la platea dei soggetti tenuti all’applicazione della disciplina vincolistica.

In entrambi i settori l’onere di affidamento mediante procedura di gara è posto a carico delle *amministrazioni aggiudicatrici*^[3] tuttavia, per i soli settori speciali, la normativa codicistica trova applicazione anche alle *imprese pubbliche* e – addirittura - *ai soggetti privati che operano in virtù di diritti speciali o esclusivi*^[4].

Poche differenze invece vi sono in ordine alle norme applicabili^[5].

Va poi osservato che l’applicazione del regime vincolistico è imposta solo laddove l’appalto da affidare sia strumentale allo svolgimento delle attività caratterizzanti detti settori speciali (si pensi ad esempio all’acquisto di una turbina idroelettrica o ad un software per gestire la produzione di energia)^[6]. Per contro la disciplina non trova applicazione in relazione ad appalti inerenti ad attività non caratterizzate da tale specialità (si pensi ad esempio all’affidamento del servizio mensa, o a quello di guardiania).

Per il vero non è chiara la ragione della diversità di trattamento: in effetti, stante l’unitarietà dell’attività imprenditoriale, le stesse esigenze si presentano per tutte le acquisizioni, tuttavia il dato normativo è questo e non possiamo disattenderlo^[7].

2. Ratio della disciplina: la tendenziale “chiusura” dei mercati rientranti nei settori speciali.

La *ratio* della disciplina ora vista, secondo quanto previsto dalle direttive UE succedutesi nel tempo - si veda quella attualmente in vigore (2014/25 UE), in particolare il considerando n. 1^[8] - va ricercata in un duplice presupposto.

Anzitutto viene considerato il fatto che le autorità nazionali sono in grado di influenzare il comportamento degli operatori del settore, anche attraverso la partecipazione al loro capitale sociale e l’inserimento di propri rappresentanti nei loro organi.

Inoltre viene evidenziata la natura chiusa dei mercati di tali settori, caratterizzati dall’esistenza di diritti speciali o esclusivi aventi l’effetto di riservare a uno o più operatori l’esercizio di un’attività, così incidendo sulla (in)capacità di altri di esercitarla.

Questi due elementi (“presenza pubblica” e “chiusura del mercato”), per il sentire comunitario, finiscono con il limitare quelle componenti concorrenziali che dovrebbero garantire una prudente gestione aziendale, in particolare in ordine alla individuazione dei fornitori; da qui l’opportunità di assoggettarne la scelta al rispetto di procedure vincolate.

In altri termini l'esistenza di un ambito operativo protetto consente agli operatori di derogare alle (normali) regole di gestione imprenditoriale che impongono un oculato ed efficiente impiego delle risorse economiche a disposizione.

A dire il vero la presenza pubblica (con la conseguente partecipazione all'azionariato e la nomina di amministratori) si riscontra anche nelle imprese operanti nei settori ordinari senonché, in relazione a queste, il legislatore comunitario (e domestico) non impone il ricorso alle procedure vincolistiche per la scelta dei contraenti.

In tal caso, infatti, il legislatore presume che l'operatore - trovandosi a svolgere la sua attività in mercati concorrenziali e aperti - sia spinto dalle stesse forze del mercato a scegliere i propri contraenti secondo criteri di efficienza ed economicità, alla stregua di un normale operatore privato. Quindi - al di là delle enunciazioni - si deve concludere che l'elemento distintivo tra i settori ordinari e speciali non sia la presenza pubblica (che riceve un trattamento differente) bensì la tipologia di attività svolta. Di conseguenza è logico concludere che, per il legislatore, a rilevare sia proprio il carattere chiuso dei mercati e la circostanza che la protezione che da ciò deriva, depotenzia la capacità di operare secondo le leggi del mercato.

A conferma di questa conclusione milita il fatto che addirittura la normativa (cfr. art. 114 comma 2) impone la disciplina vincolistica anche alle attività dei soggetti privati che operano in un ambiente "protetto" in forza di diritti esclusivi "concessi dall'alto": evidentemente il legislatore ritiene che gli stessi (forti dei finanziamenti, spesso ingenti, e della protezione del mercato) non avrebbero la spinta imprenditoriale a selezionare le migliori condizioni di fornitura.

3. Esclusione dall'applicazione delle norme sui settori speciali: attività su mercati liberamente accessibili e direttamente esposte alla concorrenza

Per il vero, il rigore fin qui descritto è attenuato dall'art. 8 del Codice che esclude l'applicazione del regime vincolistico alle attività riferibili ai settori esclusi ma svolte su mercati "*liberamente accessibili*" e che siano "*direttamente esposte alla concorrenza*". Accertare se sussistano le citate due condizioni non è un'attività che spetta alla funzione giurisdizionale, rientrando invece nella competenza della Commissione UE (che interviene sia su impulso del governo [\[9\]](#) sia su iniziativa del singolo ente aggiudicatore interessato [\[10\]](#)).

In relazione all'accertamento della *libera accessibilità*, il comma 4 dell'art. 8 considera come liberamente accessibili i mercati indicati all'allegato VI ossia quelli per i quali sono stati adottati i provvedimenti attuativi delle direttive UE di apertura del mercato (vale a dire: trasporto e distribuzione di gas o di energia termica; produzione, trasporto o distribuzione di elettricità, trasporto ferroviario di merci; trasporto ferroviario nazionale di passeggeri settore dei servizi postali; estrazione di petrolio o di gas). In ordine a

questi non sarà necessaria un'analisi puntuale da parte della Commissione, in quanto la libera accessibilità si dà per assodata per la sola circostanza che siano stati adottati (dallo Stato membro) i relativi provvedimenti attuativi.

L'attività della Commissione è invece essenziale per accertare la sussistenza dell'ulteriore condizione e cioè l'*esposizione alla concorrenza*.

Al fine di compiere tale analisi, la Commissione tiene conto delle caratteristiche dei prodotti e dei servizi interessati, dell'esistenza di prodotti o servizi alternativi, dei prezzi, della presenza - effettiva o potenziale - di più fornitori dei prodotti o servizi in questione, nonché del mercato geografico di riferimento, riguardo al quale si considera il territorio dove le imprese intervengono, nel quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere distinto dai territori vicini.

4. Il ruolo della Commissione Europea ai sensi dell'art. 8 del Codice.

Per dare un contenuto concreto a quanto detto sopra, appare utile analizzare la decisione della Commissione del 26 settembre 2012 n. 539 in tema di produzione e vendita all'ingrosso di energia elettrica nel territorio nazionale italiano.

Al riguardo si osserva che l'analisi della Commissione ha riguardato l'*esposizione alla concorrenza* visto che la libera accessibilità è data per accertata, stante la ricomprensione dell'attività in questione nell'elenco di cui all' allegato VI al Codice.

La decisione in parola ha ritenuto che la produzione ed il commercio all'ingrosso di energia elettrica siano attività aperte alla concorrenza, ma che tale carattere venga meno in presenza dei vantaggi dati dagli incentivi e dalla priorità di dispacciamento riconosciuti a taluni impianti. In particolare la Commissione ha ritenuto che tale regime vada al di là del mero recupero delle diseconomie e maggiori costi legati alla produzione da fonti rinnovabili, ma che lo stesso sia tale da garantire all'operatore (ente aggiudicatore) una rilevante (e garantita) remunerazione.

In buona sostanza la presenza di vantaggi ed agevolazioni fa venir meno gli effetti pro-concorrenza che un settore economico aperto al mercato normalmente porta con sé.

Il ragionamento posto alla base sia dell'attività normativa comunitaria che delle decisioni della Commissione (e ripresa dal legislatore nazionale), è riassumibile nel rilievo che laddove ci si trovi di fronte ad attività considerate aperte alla concorrenza viene meno la sfiducia verso l'operato dei soggetti pubblici che, di conseguenza, vengono lasciati liberi di agire.

A tale conclusione si giunge attraverso un percorso articolato, all'origine del quale vi è la già citata sfiducia nei confronti dei soggetti pubblici. Normalmente questa è superata quando operano nelle forme dell'impresa, senonché questo principio - come detto *supra*, par. 1 - non si applica in relazione ai *settori esclusi*, stante la limitazione della concorrenza che li caratterizza, a

meno che ci si trovi di fronte – come detto al par. 3 - ad una specifica attività esposta al mercato (riconosciuta come tale dalla Commissione UE ai sensi dell'art. 8): in questo caso le regole imprenditoriali (ri)prendono il sopravvento.

Dunque – volendo sintetizzare al massimo - è l'apertura alla concorrenza che diviene il vero discrimine della regolazione in concreto applicabile.

5. L'operare nei settori speciali non preclude necessariamente il confronto concorrenziale.

Va osservato però che non è detto che l'operare nei settori speciali di per sé elimini il confronto concorrenziale.

Infatti la concorrenza in alcuni casi può essere presente (seppur limitata) ma non esclusa essendovi altre imprese che si confrontano nello stesso mercato, oppure in altri casi vi sono Autorità regolatorie che fissano prezzi e tariffe, impedendo di approfittare della situazione di monopolio. Nondimeno questa è l'attuale regolazione e da essa si deve partire.

Al riguardo si osserva che la chiusura dei mercati si manifesta secondo differenti modalità:

- In alcune ipotesi l'impresa opera in un regime protetto solo in relazione alla produzione di beni che vengono poi commercializzati in regime di mercato: si pensi alla produzione di energia idroelettrica che avviene in forza di una concessione di derivazione delle acque, che dunque permette di agire in quello specifico contesto in via esclusiva.
- Vi sono poi attività che vengono svolte nella loro totalità in un regime di privativa: si pensi alla distribuzione di energia elettrica o di gas o ai servizi di trasporto ferroviario.
- Infine vi sono attività che non prevedono alcun regime di privativa si pensi alla produzione di energia elettrica con impianti eolici per le quali è sufficiente una mera autorizzazione alla produzione e la vendita è libera.

Orbene - richiamando quanto già scritto in ordine alle ragioni che, secondo il sentire comunitario, giustificano l'applicazione delle disposizioni dettate per i settori speciali - si può notare come da un lato vi sia l'intervento invasivo delle autorità pubbliche, e dall'altro vi sia la natura chiusa dei mercati di tali settori stante l'esistenza dei diritti speciali.

Se riportiamo però queste conclusioni alle attività che non prevedono alcuna privativa, si osserva che nessuna delle suddette giustificazioni si presenta in concreto. I diritti esclusivi non sussistono e le potenziali interferenze delle pubbliche amministrazioni (in mancanza dei primi) non sono diverse da quelle tollerata nei settori ordinari^[11].

In tal modo si crea una discrasia tra la regolazione concreta e la *ratio* che la sorregge. Discrasia che – nel caso della produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile - non è superata dalla

richiamata decisione della Commissione: questa infatti evidenzia il carattere distortivo dato dai vantaggi concorrenziali attribuiti all'energia prodotta e commercializzata, ma tale valutazione riguarda solo l'accertamento dell'esposizione alla concorrenza, vale a dire di uno dei requisiti richiesti perché si applichi il regime derogatorio di cui all'art. 8 del Codice. Per contro nulla aggiunge in ordine alla diversità sopra evidenziata che riguarda il regime vincolistico posto a monte.

6. Attività svolte in forza di un diritto d'esclusiva: per le imprese pubbliche rilevano le modalità di acquisto dello stesso (con o senza gara)?

Considerando le attività che si svolgono in forza di diritti di privativale la pena soffermarsi sulle modalità con le quali le imprese pubbliche hanno acquisito la possibilità di svolgere dette attività.

È opportuno partire dal differente trattamento riservato dalla normativa (in particolare dall'art. 114 del Codice) alle imprese pubbliche e gli altri operatori. Le prime (le imprese pubbliche) sono tenute ad applicare la disciplina codicistica per il solo fatto che si trovano ad operare nei settori esclusi. Per i secondi (i privati) tale obbligo sussiste solo laddove operino in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi dallo Stato o dagli enti locali. La norma specifica altresì che non costituiscono diritti speciali o esclusivi quelli concessi in virtù di una procedura ad evidenza pubblica basata su criteri oggettivi. Ci si trova di fronte all'applicazione del principio secondo il quale, se vi è stata una gara a monte per l'affidamento del servizio, il vincitore potrà liberamente operare a valle. In buona sostanza i principi comunitari sembrano trovare una concreta applicazione solo in relazione alle attività svolte da privati affidatari diretti.

Ricapitoliamo.

Nei settori speciali le imprese pubbliche sono assoggettate alla disciplina vincolistica a causa della natura chiusa dei mercati di tali settori dovuta all'esistenza di diritti speciali. Tale regolazione è giustificata dai vantaggi che derivano dallo svolgimento di attività protette e quindi da una minor esigenza di improntare l'operatività aziendale ai principi dell'efficienza.

Ebbene – giunti a questo punto - la domanda da porsi è se tale situazione permane anche laddove i diritti siano stati acquisiti a seguito di una procedura ad evidenza pubblica.

A ben vedere il confronto concorrenziale porta a rilevanti conseguenze sotto il piano economico ed industriale: infatti al fine di uscire vittoriose dal confronto, le imprese pubbliche devono offrire prestazioni pecuniarie (si pensi al pagamento di canoni) e ed investimenti (infrastrutturali ed ambientali) estremamente competitivi e dunque è da ritenere che i vantaggi conseguenti all'operare in settori protetti siano – di fatto – “annullati” (o comunque fortemente ridotti) dagli oneri assunti in sede di gara.

Sia consentita una chiosa.

L'ordinamento considera le procedure di gara come lo strumento più idoneo a garantire il miglior risultato per il soggetto pubblico e quindi a porre a carico dei partecipanti alle gare i maggiori oneri. In conseguenza, si deve concludere che - a seguito delle procedure volte ad assegnare i diritti esclusivi - la posizione degli aggiudicatari non sarà di certo così vantaggiosa da consentirgli una gestione non improntata alla ricerca dell'efficienza, anzi è da ritenere che le imprese dovranno improntare la loro gestione su basi rigorose proprio per far fronte a tali oneri.

Né, in questo quadro, rileva la circostanza che ad operare sia un'impresa pubblica: infatti se c'è una conseguenza questa riguarda la risposta ad esigenze di carattere politico e potrà essere spinta a fare offerte più onerose pur di acquisire i diritti esclusivi, quindi la sua gestione sarà caratterizzata da un ancor maggior rigore.

Non può sfuggire come questa regolazione, oltre a non essere rispondente a i principi comunitari, tratti diversamente le imprese pubbliche e quelle private senza che ciò trovi una plausibile giustificazione. Di certo non può esserlo il carattere pubblico della proprietà, visto che (nei settori ordinari) l'ordinamento riconosce che l'operare nelle forme dell'impresa garantisca il rispetto dei principi di efficienza (circostanza che permette di escludere il ricorso alle procedure vincolate di scelta del contraente e di fatto di ritenere irrilevante la partecipazione pubblica). Al riguardo si osserva come il Considerando 19^[12] della Direttiva evidenzia che non dovrebbe essere violata la parità di trattamento tra enti aggiudicatori del settore pubblico ed enti che operano nel settore privato. Inoltre vengono trattate in egual modo situazioni tra loro differenti, imponendo l'obbligo della gara sia alle imprese pubbliche che hanno acquisito i diritti d'esclusiva associandosi ad una gara, sia a quelle che hanno avuto un affidamento diretto, ritenendo quindi irrilevante una circostanza che, come visto, riveste invece un notevole rilievo.

Ciò detto non può però ignorarsi che ci si trovi di fronte ad una regolazione normativa che non lascia spazio applicativo ai ragionamenti ora sviluppati, né consente un'interpretazione estensiva o analogica, applicando alle imprese pubbliche che hanno acquisito i diritti esclusivi con gara le disposizioni previste per le private. Infatti la tecnica legislativa utilizzata (art. 114 comma 2) - regolando entrambe le tipologie di impresa in un unico articolo, ma attribuendo effetti all'acquisto dei diritti di esclusiva con procedure concorrenziali solo in riferimento a quelle private - evidenzia la volontà del legislatore di regolamentare le due fattispecie in modo diverso.

7. Come ottenere l'esenzione dal Codice per le imprese pubbliche che operano in forza di concessioni affidate con gara? Una possibile soluzione: il ricorso alla Commissione UE ex art. 8 del D.lgs. 50/2016.

In conseguenza, l'unico strumento per cercare di dare concreta applicazione alle argomentazioni sviluppate è il ricorso alle decisioni della Commissione di cui all'art. 8 (di cui si è detto al par. 3). In tal modo ciò, che non può essere realizzato a monte (ossia l'esclusione dal novero degli enti aggiudicatori) viene conseguito a valle attraverso la deroga ai sensi di cui all'art. 8.

Proprio in relazione a ciò deve essere evidenziato che la procedura competitiva con la quale vengono acquisiti i diritti esclusivi porti a ritenere le attività come liberamente accessibili e direttamente esposte alla concorrenza. Infatti – nell'ambito di una gara - non solo si esplicita una procedura concorrenziale, circostanza che da sola evidenzia l'apertura e l'accessibilità dei mercati, ma addirittura la necessità di offrire condizioni competitive impone all'impresa affidataria di operare in modo efficiente - così da non consentire (una volta ottenuta la concessione) gestioni diseconomiche e quindi da garantire un corretto approccio ai fornitori.

Quest'ultimo rilievo consente di superare anche gli effetti del riconoscimento di incentivi e agevolazioni (come per la produzione di energia da fonte rinnovabile, di cui si è detto al par. 4): infatti è ragionevole ritenere che l'operatore abbia certamente tenuto conto, in sede offerta, di tali potenziali entrate (impiegandole per predisporre un'offerta economica allettante e un piano di investimenti/interventi competitivo).

In questo modo vengono meno, le discrasie e le disparità di trattamento: in altri termini, in caso di concessione affidata con gara:

- se si tratta di operatori privati la valutazione di scelta di non applicare il Codice è già stata (a monte) compiuta del legislatore;
- se si tratta, invece, di imprese pubbliche tale scelta potrà essere fatta (a valle) dalla Commissione secondo quanto previsto dall'art. 8 del Codice.

Il punto 41 della richiamata decisione della Commissione^[13] ricorda infatti che l'obiettivo della verifica è stabilire se le attività di produzione e vendita all'ingrosso di energia elettrica siano esposte a un livello tale di concorrenza da non rendere necessarie le norme dettagliate sugli appalti.

Posto che le valutazioni hanno riguardato la sussistenza di una situazione di equilibrio economico finanziario ed hanno accertato l'esistenza di una situazione di vantaggio dovuta ad incentivi e priorità, appare ragionevole richiedere che in tale valutazione rientrino anche gli oneri assunti in sede di gara volta ad acquisire i diritti esclusivi

In altri termini, l'esistenza di diritti speciali ed esclusivi costituisce il solo elemento che impone la disciplina codicistica agli imprenditori privati, salvo che siano stati attribuiti in base ad una procedura ad evidenza pubblica. Le imprese pubbliche, per contro, vi sono tenute indipendentemente dalla sussistenza di tali diritti ma potrebbero

esserne esonerate laddove l'affidamento sia avvenuto nell'ambito di una procedura competitiva.

Avv. Sergio Cesare Cereda
Avv. Giuseppe Civico

[1] Si pensi all'ATEM Torino 1 o all'ATEM Milano 1.

[2] Regolati dalla Parte II titolo VI Capo 1 del Codice. Per il vero molte norme dettate per i settori ordinari (procedure, requisiti, subappalto, avvalimento, termini, ecc.) si applicano anche ai settori speciali, cfr. in particolare l'art. 122.

[3] Ai sensi dell'art. 3 comma 1 lett. a) del d. lgs. 50/2016 per "amministrazioni aggiudicatrici" si intendono "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". Si osservi che, per quanto concerne i soggetti pubblici costituiti in forma societaria, in tale novero rientrano gli organismi di diritto pubblico, ma non le imprese pubbliche.

Per "organismo di diritto pubblico" si intende – ai sensi dell'art. 3 c.1 lett. d) – "qualsiasi organismo, anche in forma societaria:

"1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;

2) dotato di personalità giuridica;

3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico".

[4] Cfr. art. 114 del Codice.

Ai fini della presente analisi assumono particolare rilievo i commi 2, 3 e 4 dell'articolo richiamato:

"2. Le disposizioni di cui al presente Capo si applicano agli enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività previste dagli articoli da 115 a 121; si applicano altresì ai tutti i soggetti che pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle previste dagli articoli da 115 a 121 ed operano in virtù di diritti speciali o esclusivi.

3. Ai fini del presente articolo, per diritti speciali o esclusivi si intendono i diritti concessi dallo Stato o dagli enti locali mediante disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa pubblicata compatibile con i Trattati avente l'effetto di riservare a uno o più enti l'esercizio delle attività previste dagli articoli da 115 a 121 e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri enti di esercitare tale attività.

4. Non costituiscono diritti speciali o esclusivi, ai sensi del comma 3, i diritti concessi in virtù di una procedura ad evidenza pubblica basata su criteri oggettivi. A tali fini, oltre alle procedure di cui al presente codice, costituiscono procedure idonee ad escludere la sussistenza di diritti speciali o esclusivi tutte le procedure di cui all'allegato II della direttiva 2014/25/UE del Parlamento e del Consiglio in grado di garantire un'adeguata trasparenza."

[5] Si rinvia alla precedente nota 1.

[6] Con riguardo al concetto di "strumentalità" – secondo la giurisprudenza maggioritaria - essa sussiste laddove un appalto che "si pone in termini di mezzo

a fine, ovvero che può essere considerato come incluso nella gestione di un servizio di cui ai settori speciali” (Ad. Plen. n. 16/2011). Nel caso trattato dai giudici nella pronuncia citata, ad esempio, l'appalto per i servizi di sicurezza e vigilanza privata da svolgersi presso le sedi dell'ENI è stato ritenuto non soggetto all'ambito di applicazione delle norme sui settori speciali, in quanto “la garanzia della sicurezza degli uffici non è certo esclusiva del settore”. Essendo dunque tale prestazione del tutto estranea all'attività “speciale” svolta dall'ENI (o comunque un appalto che può riguardare indistintamente una qualsiasi attività), alla gara va applicata la parte del Codice relativa ai settori ordinari. Se invece il servizio di vigilanza fosse stato svolto presso una “rete energetica”, allora vi sarebbe stato quel nesso di “strumentalità” atto a far rientrare l'appalto nell'ambito delle norme relative ai settori speciali (così come per il servizio di pulizia delle stazioni ferroviarie, nella Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 9, 23 luglio 2004). Sempre sul concetto di strumentalità si veda anche la sentenza delle S.U. della Cassazione n. 4899/2018, secondo cui in tal senso “si intende alludere ad appalti che, in relazione al servizio ed alla prestazione che debbono assicurare all'ente aggiudicatore si presentino direttamente condizionanti lo svolgimento dell'attività riconducibile al servizio speciale di cui a dette norme e, quindi, direttamente incidenti, per il loro oggetto, sull'espletamento del servizio” (nel caso di specie, non è stato considerato strumentale l'affidamento del servizio di gestione e distribuzione dei buoni pasto al personale, trattandosi di un servizio comune che non contraddistingue una particolare attività e non ha una connessione diretta con il settore speciale).

Tuttavia, per una definizione meno restrittiva di “appalti strumentali” si segnala la recente ordinanza del TAR Lazio n. 5327/2019 secondo cui in tale categoria dovrebbero rientrare tutti gli appalti comunque utili all'impresa per svolgere l'attività rientrante nel settore speciale (quindi anche, ad esempio, il servizio mensa o di pulizia degli uffici). In ogni caso, con tale ordinanza il Tar Lazio ha chiesto alla CGUE di esprimersi sulla corretta ampiezza da attribuire al concetto di strumentalità (tema evidentemente determinante per le imprese pubbliche, essendo queste - come detto - vincolate al Codice solo quando affidano servizi strumentali al settore speciale). Ad oggi non risulta ancora emessa la sentenza da parte della CGUE.

[7] Cfr. art. 14 del Codice, nonché art. 19 della Direttiva UE n. 25/2014.

[8] Secondo cui “*Alla luce dei risultati del documento di lavoro della Commissione del 27 giugno 2011, intitolato «Relazione sulla valutazione dell'impatto e dell'efficacia della normativa dell'Unione europea in materia di appalti pubblici», risulta opportuno mantenere norme riguardanti gli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, in quanto le autorità nazionali continuano a essere in grado di influenzare il comportamento di questi enti, anche attraverso la partecipazione al loro capitale sociale o l'inserimento di propri rappresentanti nei loro organi amministrativi, direttivi o di vigilanza. Un ulteriore motivo che spinge a continuare a regolare normativamente gli appalti pubblici in questi settori è costituito dalla natura chiusa dei mercati in cui agiscono gli enti in tali settori, data l'esistenza di diritti speciali o esclusivi concessi dagli Stati membri in materia di alimentazione, fornitura o gestione delle reti per erogare il servizio pertinente.*”

[9] Cfr. il comma 4 dell'art. 8.

[10] Cfr. il comma 5 dell'art. 8.

[11] Dove, come detto, le imprese pubbliche sono “esentate” dall'applicazione del Codice.

[12] Secondo il quale “*La necessità di garantire l'effettiva liberalizzazione del mercato e un giusto equilibrio nell'applicazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali esige che gli enti interessati vengano identificati prescindendo dal loro statuto giuridico. Non dovrebbe dunque essere violata la parità di trattamento tra enti aggiudicatori del settore pubblico ed enti che operano nel settore privato.*”

[13] Decisione della Commissione UE del 26 settembre 2012 n. 539.