

# I settori speciali

di Adriano Cavina, Domenico Galli

Data di pubblicazione: 26-4-2024

## 1. Genesi e caratteri generali della disciplina

A livello europeo, la **materia degli appalti pubblici** è tradizionalmente **caratterizzata da una sostanziale bipartizione**, costituita, da un lato, dalla disciplina in tema dei contratti di competenza delle amministrazioni aggiudicatrici (c.d. **settori ordinari**); e dall'altro, da quella relativa ai soggetti operanti in specifici settori di attività (energia, elettricità, acqua, trasporti e, dal 2004, i servizi postali – c.d. **settori speciali**).

Sul piano generale, **caratteristica comune a questi ultimi settori è il loro carattere chiuso**, non esposto, cioè, ad un regime di concorrenza, atteso che, per potervi operare, è necessaria la titolarità di diritti speciali o di esclusiva, in virtù dei quali il titolare ha la possibilità di svolgere una data attività, nel primo caso, unitamente ad un numero limitato di altri operatori; nel secondo, in regime di monopolio.

Ed è proprio il carattere chiuso di tali settori ad imporre la sottoposizione dei soggetti che vi operano a regole pubblicistiche dirette a garantire corrette dinamiche concorrenziali, ai fini della scelta dei propri contraenti: una volta che il settore sia stato aperto alla concorrenza, viene meno la ragione perché esso rientri nella disciplina sui settori speciali (cfr. art. 143 del Codice; v. *Corte di Giustizia, 26 marzo 1996, C- 392/93 e Comunicazione Commissione Ce 3 giugno 1999*).

Sul piano dei contenuti, la disciplina sui settori speciali presenta **elementi di differenziazione** da quella sui settori ordinari.

Sotto il profilo soggettivo, la disciplina sui settori speciali **si applica agli enti aggiudicatori**, nozione nella quale sono ricompresi, oltre alle amministrazioni aggiudicatrici, anche imprese pubbliche e soggetti privati che operano in virtù di diritti speciali o esclusivi.

L'ambito di applicazione è, invece, più contenuto **sul piano oggettivo** in quanto si presuppone che l'ente operi in uno degli specifici settori di attività presi in considerazione dalla disciplina e che il **contratto** sia **funzionale** allo svolgimento di attività in uno di tali settori speciali (c.d. **nesso di strumentalità**).

In secondo luogo, gli enti che operano nei settori speciali sono stati tradizionalmente interessati da **ambiti di flessibilità più ampi rispetto a quanto previsto per i settori ordinari**, stante la difficile praticabilità di soluzioni tese ad imporre, anche a soggetti operanti nelle forme del diritto privato, norme e vincoli concepiti essenzialmente per disciplinare l'attività di pubbliche amministrazioni in senso stretto.

## 2. L'impostazione del nuovo Codice

Il Codice dei contratti pubblici del 2023 dedica ai settori speciali il Libro III (artt. da 141 a 172), suddiviso **in quattro parti**.

**La prima** (artt. da 141 a 152), **oltre ad individuare le principali disposizioni** dei settori ordinari integralmente **applicabili** anche a quelli speciali (art. 141, comma 3), **definisce l'ambito di applicazione della disciplina**:

- a) sul piano soggettivo (art. 141, comma 1);
- b) sul piano oggettivo, tanto con riguardo all'individuazione delle attività rientranti nei settori speciali (artt. da 146 a 152) che in relazione al c.d. nesso di strumentalità in senso funzionale (art. 141, comma 2);
- c) in negativo, individuando gli affidamenti esclusi (artt. da 142 a 145), nel precedente codice inseriti nella parte generale ed ora più coerentemente collocati nella disciplina sui settori speciali.

La **seconda parte** (artt. da 153 a 158) è dedicata alle **procedure di scelta del contraente**; mentre **la terza** (artt. da 159 a 166) riguarda **contenuti e pubblicità dei bandi**, degli avvisi (tra cui quello sull'esistenza di sistemi di qualificazione), degli inviti **e delle informazioni da rendere a candidati e concorrenti**.

Infine, la **quarta parte** (artt. da 167 a 173) si occupa della **selezione dei partecipanti e delle offerte**, introducendo disposizioni specifiche in tema di sistemi di qualificazione (art. 168), di c.d. procedure regolamentate (art. 169) e di offerte contenenti prodotti originari di paesi terzi (art. 170).

Obiettivo del nuovo Codice è quello di conferire al Libro III il **carattere della completezza e della sostanziale autoconclusività**, per mettere a disposizione una disciplina uniforme e facilmente fruibile dagli operatori del settore (v. Relazione Illustrativa).

In questa prospettiva, oltre alle disposizioni del Libro III, trovano applicazione agli appalti affidati nell'ambito della disciplina sui settori speciali (**comma 3, art. 141**):

- a) i principi (**articoli da 1 a 12**), contenuti nel Libro I, Parte I, Titolo I, **con la sola eccezione dell'art. 6** (relativo ai Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale e ai rapporti con il terzo settore);
- b) gli artt. **13** (ambito di applicazione); **14** (soglie di applicazione, modalità di calcolo e contratti misti); **16** (Conflitto di interessi); **17** (fasi delle procedure di affidamento); **18** (il contratto e la sua stipulazione) contenute nel Libro I; Titolo II. L'art. **15** (Responsabile unico di progetto) trova - invece - applicazione solo alle stazioni appaltanti ed enti concedenti riconducibili nel novero

delle amministrazioni aggiudicatrici e non dunque a imprese pubbliche e titolari di diritti esclusivi e speciali, che possono disciplinare autonomamente compiti e responsabilità di tale figura;

c) le disposizioni contenute nella Parte II (Della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti). Si tratta in particolare degli articoli **19** (Principi e diritti digitali); **20** (Principi in materia di trasparenza); **21** (Ciclo di vita digitale dei contratti pubblici); **22** (Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale-e procurement); **23** (Banca Dati nazionale dei contratti pubblici); **24** (Fascicolo virtuale dell'operatore economico); **25** (Piattaforme di approvvigionamento digitale); **26** (Regole tecniche); **27** (Pubblicità legale degli atti); **28** (Trasparenza dei contratti pubblici); **29** (Regole applicabili alle comunicazioni); **30** (Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti); **31** (Anagrafe degli operatori economici); **32** (Sistemi dinamici di acquisizione); **33** (Aste elettroniche); **34** (Cataloghi elettronici); **35** (Accesso agli atti e riservatezza); **36** (Norme procedurali e processuali in tema di accesso);

d) gli articoli **41** (Livelli e contenuti della progettazione); **42** (Verifica della progettazione); **43** (Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni); **44** (Appalto integrato); **45** (Incentivi alle funzioni tecniche); **46** (Concorsi di progettazione), nell'ambito del Libro I, Parte IV;

e) gli articoli **57** (Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientali); **60** (Accordo quadro) e **61** (Contratti riservati) del Libro II, Parte II;

f) l'art. **64** (Appalti che coinvolgono stazioni appaltanti di Stati membri diversi) nell'ambito del Libro II, Parte III, Titolo I;

g) gli articoli **65** (Operatori economici); **66** (Operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria); **67** (ConSORZI non necessari), **68** (Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici); **69** (Accordo sugli appalti pubblici (AAP) e altri accordi internazionali), contenuti nel Libro II, Parte III, Titolo II;

h) gli articoli **94** (Cause di esclusione automatica); **95** (Cause di esclusione non automatica); **96** (Disciplina dell'esclusione); **97** (Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti); **98** (Illecito professionale grave), contenuti nel Libro II, Parte V, Titolo IV, Capo II nei limiti definiti dagli articoli 167, 168 e 169. Così, ad esempio, è possibile per i committenti operanti nei settori speciali predefinire le condotte che costituiscono gravi illeciti professionali (v. art. 169; comma 1);

i) gli articoli **113** (Requisiti per l'esecuzione dell'appalto); **119** (Subappalto); **120** (Modifica dei contratti in corso di esecuzione) e **122** (Risoluzione), nell'ambito del Libro II, parte VI.

Le disposizioni applicabili ai settori speciali non si esauriscono né in quelle specifiche, contenute nel Libro III, né in quelle oggetto di espresso richiamo nell'art. 141.

Difatti, trovano altresì applicazione le specifiche **disposizioni indicate nell'art. 153** del Codice, che estende ai settori speciali la disciplina dei settori ordinari relativa alla procedura

aperta (art. **71**), al dialogo competitivo (art. **74**), al partenariato per l'innovazione (art. **75**), alle consultazioni preliminari di mercato (artt. **77** e **78**), alle specifiche tecniche (artt. **79** e **80**) e alle forme di pubblicità a livello nazionale (art. **85**).

Si applicano poi ai settori speciali anche quelle disposizioni dei settori ordinari richiamate negli artt. da 167 a 169. Si tratta, in particolare, dei seguenti articoli:

- **92 comma 1**, sulla fissazione dei termini da concedere ai candidati e ai concorrenti per la “presentazione delle domande e delle offerte”;
- **94, 95, 96, 97** e **98** relativi ai c.d. requisiti di ordine generale ed applicabili (a differenza di quanto stabilito dalla Direttiva 2014/25/UE), in via cogente ed indifferenziata a tutti gli enti aggiudicatori (v. anche l'art. 168, comma 2), ferma la possibilità per imprese pubbliche e soggetti titolari di diritti speciali e/o esclusivi di predefinire in propri atti o regolamenti liberamente accessibili (quindi pubblicati) le condotte riconducibili ai c.d. gravi illeciti professionali (v. art. 169, comma 1);
- **99** relativo alle modalità di verifica del possesso dei requisiti;
- **100** e **103** sui c.d. requisiti speciali di idoneità professionale e capacità economico-finanziaria e tecnica, che tuttavia non hanno portata cogente, ma solo facoltativa, per gli enti aggiudicatori operanti nei settori speciali;
- **101** sul soccorso istruttorio;
- **91** e **105** dedicati rispettivamente alla documentazione da presentare in gara (domanda di partecipazione, DGUE e offerta) e ai rapporti di prova, alle certificazioni della qualità e al registro *on line* dei certificati;
- **104** relativo all'istituto dell'avvalimento;
- **107** e **108** in tema di principi generali per la selezione del contraente e criteri di aggiudicazione, attraverso cui, tra l'altro, viene messo a sistema (quindi anche per i settori ordinari) lo strumento della c.d. inversione procedimentale (cfr. art. 107, comma 3);
- **110** relativo ai criteri di individuazione e di verifica delle offerte anormalmente basse.

Infine, a completare il quadro normativo di riferimento vi sono disposizioni non oggetto di alcun richiamo, che però disciplinano espressamente l'attività degli enti operanti nell'ambito dei settori speciali (v. ad esempio, art. 50, comma 5 e art. 62, comma 17).

In ogni caso, la definizione delle disposizioni applicabili anche ai settori speciali non esclude la **facoltà** degli enti aggiudicatori **di** procedere, esercitando un'autonoma opzione (c.d. **autovincolo**), all'applicazione anche di altre disposizioni dettate per i soli settori ordinari.

### 3. La maggiore flessibilità operativa nei settori speciali

In linea con gli obiettivi della legge delega (n. 78/2022), il Codice sembra muoversi nella prospettiva di assicurare ai soggetti operanti nei settori speciali i margini di flessibilità riconosciuti dalla disciplina europea, valorizzando, in particolare, l'autonomia organizzativa di imprese pubbliche e soggetti privati titolari di diritti speciali o di esclusiva.

Più in particolare, è stabilito (art. 141, comma 4) che imprese pubbliche e soggetti privati operanti nei settori speciali, con propri regolamenti interni, possano:

- a) **istituire e gestire sistemi di qualificazione** degli operatori economici (facoltà questa invero esercitabile anche dalle amministrazioni aggiudicatrici operanti nei settori speciali);
- b) prevedere una disciplina di **adattamento delle funzioni del responsabile unico di progetto** alla propria organizzazione;
- c) **specificare la nozione di variante in corso d'opera** in funzione delle esigenze proprie del mercato di appartenenza e delle caratteristiche di ciascun settore, nel rispetto dei principi e delle norme del diritto europeo. Questa previsione valorizza, in altri termini, le specificità proprie di tali settori, dando autonomia ai committenti, fermo il limite esterno costituito da principi e norme del diritto europeo.

Ulteriore elemento di snellimento operativo riconosciuto dalla disciplina sui settori speciali - indistintamente per tutte le stazioni appaltanti ed enti concedenti - è costituito dalla **facoltà di determinare dimensioni, oggetto dell'appalto e dei lotti senza obbligo di motivazione aggravata**, in merito alla scelta di non procedere alla suddivisione in lotti, tenendo conto delle esigenze del mercato in cui operano (art. 141, comma 5).

Così come è indice di maggiore flessibilità la scelta di non imporre alle imprese pubbliche e ai soggetti privati operanti nei settori speciali, quanto meno in fase di prima applicazione del nuovo Codice, l'obbligo di qualificazione delle stazioni appaltanti nei termini previsti, nei settori ordinari, per le amministrazioni aggiudicatrici (art. 62, comma 17).

Rimane, poi, confermata la possibilità sempre per imprese pubbliche e soggetti privati di applicare propri regolamenti – adottati in via di autovincolo – per gli affidamenti di importo inferiore ai valori di applicazione della disciplina europea (art. 50, comma 5).

È, infine, possibile che imprese pubbliche e soggetti privati predefiniscano con atti, pubblicati sui propri siti istituzionali e comunque accessibili a tutti gli operatori economici, le condotte che costituiscono gravi illeciti professionali (v. art. 169, comma 1).

[\\*Abstract del Cap. 15 del MANUALE DEI CONTRATTI PUBBLICI, di L. Carbone, F. Caringella, G. Rovelli, Dike Giuridica, 2024](#)