

AMBITI DI APPLICABILITA' DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
Intervento avv. Roberto Righi

Gli ambiti di applicabilità del Codice sono tradizionalmente considerati in termini soggettivi ed oggettivi; i primi riferiti alla individuazione dei soggetti tenuti all'applicazione della disciplina codicistica; i secondi riguardanti invece la tipologia di contratti cui quella disciplina si applica in tutto o in parte.

A) INDIVIDUAZIONE DEI SOGGETTI:

Riguardo ai soggetti tenuti al rispetto delle procedure di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, si distinguono:

1. “*amministrazioni aggiudicatrici*” integralmente sottoposte alla disciplina pubblicistica;
2. “*altri enti aggiudicatori*”, solo parzialmente sottoposti alla normativa in esame.

Ai sensi dell'art. 3 comma 25 le «*amministrazioni aggiudicatrici*» sono:

- 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.

Ai sensi dell'art. 3 comma 26:

«*organismo di diritto pubblico*» è qualsiasi organismo, anche in forma societaria:

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

- dotato di personalità giuridica;

- 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.

Ai sensi dell'art. 3 comma 29 tra gli “*enti aggiudicatori*” al fine dell'applicazione delle disposizioni delle parti I, III, IV e V sono:

- le amministrazioni aggiudicatrici;
- le imprese pubbliche;
- i soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente secondo le norme vigenti.

Ai sensi dell'art. 3 comma 28 le «*imprese pubbliche*» sono:

le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese.

L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente:

- a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto;
- b) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa;

c) hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.

“Altri enti aggiudicatori” sono:

- le *società con capitale pubblico, anche non maggioritario* che siano prive dei requisiti per essere considerate organismi ma che abbiano ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori od opere ovvero la produzione di beni o servizi non destinati al collocamento sul mercato in regime di concorrenza;
- *i concessionari di servizi* quando l'appalto ha ad oggetto lavori strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche divengono di proprietà del concedente;
- *i privati titolari di permesso di costruire* che assumano in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scemputo del contributo di costruzione (art. 32).

B) DEFINIZIONE DEI SETTORI

Ai sensi dell'art. 3 comma 4, “settori ordinari” sono:

i settori diversi da quelli del gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica, come definiti dalla parte III del presente codice, in cui operano le stazioni appaltanti come definite dal presente articolo.

Ai sensi dell'art. 3 comma 5, “settori speciali” sono:

i settori del gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica, come definiti dalla parte III del presente codice.

Ne risulta che:

AMBITO SOGGETTIVO DI APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA DEGLI APPALTI PUBBLICI NEI C.D. SETTORI ORDINARI – Art. 32:

- *Amministrazioni aggiudicatrici;*
- *Enti aggiudicatori diversi dalle Imprese pubbliche, le quali ultime sono esentate dall'obbligo di indire pubbliche gare nei settori ordinari e a fortiori nello svolgimento delle attività imprenditoriali diverse dagli appalti (es. compravendite, locazioni ecc.);*

B) AMBITO OGGETTIVO DI APPLICAZIONE:

L'art. 1 del Codice definisce chiaramente l'oggetto della sua disciplina.

Esso si applica ai contratti con i quali la pubblica amministrazione acquisisce servizi, prodotti, lavori e opere e a quelli aggiudicati nei settori della difesa e della sicurezza.

Il Codice si applica solo ai contratti che vedono la pubblica amministrazione quale destinatario diretto di una prestazione per la quale essa sostiene un esborso, contratti che, secondo una tradizionale distinzione vengono definiti passivi.

Sono pertanto esclusi dall'ambito di applicazione del codice i contratti attivi della pubblica amministrazione; quelli in forza dei quali è ad essa dovuto il pagamento di un corrispettivo, ad esempio una locazione nella quale la pubblica amministrazione abbia la veste di locatore.

Inoltre sono esclusi quei contratti che hanno come destinatario diretto non la pubblica amministrazione ma la collettività: le concessioni di servizi.

L'art. 3 fornisce le definizioni della materia precisando che:

– *i servizi* (comma 10, per rinvio all'allegato II) sono quelli di manutenzione e riparazione; di trasporto terrestre, di trasporto aereo di persone e merci; di trasporto postale; di telecomunicazione; i servizi assicurativi, bancari e finanziari; i servizi informatici; i servizi di ricerca di mercato e di sondaggio dell'opinione pubblica; i servizi di consulenza gestionale; i servizi attinenti all'architettura, all'ingegneria, all'urbanistica e alla paesaggistica; i servizi di scientifica e tecnica; i servizi pubblicitari; i servizi di pulizia degli edifici e di gestione di immobili; i servizi di editoria; i servizi fognari e di scarico dei rifiuti; i servizi alberghieri e di ristorazione; i servizi di trasporto ferroviario e fluviale; i servizi di supporto al settore dei trasporti; i servizi legali; i servizi di collocamento e reperimento del personale; i servizi di investigazione e di sicurezza; i servizi relativi all'istruzione; i servizi sanitari, sociali, ricreativi, culturali e sportivi;

– *i prodotti* (comma 9) sono tutti i beni che possono essere oggetto di acquisto, locazione finanziaria, locazione o acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto;

– *i lavori* (comma 8) comprendono le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro, manutenzione, di opere;

– *le opere* (comma 8) sono il risultato di un insieme di lavori, che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica.

Il titolo II del Codice (artt. 16 s.s.) nomina i “contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice”

N.B.:

a) art. 16 abrogato dal D.Lgs. 208/2011 a far data dal 15.1.2012;

b) art. 17 riscritto dal D.Lgs. 208/2011 a far data dal 15.1.2012;

I contratti in questione sono:

- 1. Contratti relativi alla produzione e al commercio di armi, munizioni e materiale bellico - art. 16 (abrogato);**
- 2. Contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza;**
- 3. Contratti aggiudicati in base a norme internazionali;**
- 4. Contratti di servizi esclusi, tra i quali quelli:**
 - a) aventi per oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni; tuttavia, i contratti di servizi finanziari conclusi anteriormente, contestualmente o successivamente al contratto di acquisto o di locazione rientrano, a prescindere dalla loro forma, nel campo di applicazione del presente codice;**
 - b) aventi per oggetto l'acquisto, lo sviluppo, la produzione o coproduzione di programmi destinati alla trasmissione da parte di emittenti radiotelevisive e appalti concernenti il tempo di trasmissione;**
 - c) concernenti i servizi d'arbitrato e di conciliazione;**
 - d) concernenti servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari, in particolare le operazioni di approvvigionamento in denaro o capitale delle stazioni appaltanti, nonché i servizi forniti dalla Banca d'Italia;**
 - e) concernenti contratti di lavoro;**

f) concernenti servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli i cui risultati appartengono esclusivamente alla stazione appaltante, perché li usi nell'esercizio della sua attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione.

Il presente codice non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ad un'altra amministrazione aggiudicatrice o ad un'associazione o consorzio di amministrazioni aggiudicatrici, in base ad un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato;

5. *Appalti di servizi elencati nell'allegato II B;*
6. *Appalti aventi ad oggetto sia servizi elencati nell'allegato II A sia servizi elencati nell'allegato II B;*
7. *Contratti esclusi nel settore delle telecomunicazioni;*
8. *Contratti relativi a servizi al pubblico di autotrasporto mediante autobus;*
9. *Appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi;*
10. *Appalti aggiudicati per l'acquisto di acqua e per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia;*
11. *Contratti di sponsorizzazione.*

N.B.:

- a) l'affidamento dei suddetti contratti, esclusi in tutto o in parte dalla disciplina del Codice deve comunque avvenire nel rispetto dei principi di cui **all'art. 27**;
- b) Salvo quanto disposto in contrario il Codice non si applica alle **concessioni di servizi (art. 30)**;

Sempre sul piano dell'ambito oggettivo di applicazione si pone anche la c.d. **soglia comunitaria**, cioè quel limite di valore stimato dell'appalto – diverso a seconda che si tratti di lavori, forniture o servizi – al di sopra del quale si applica la disciplina del Codice.

Tematica dei c.d. **settori estranei** (Ad. Plen. n. 16/2011)

GIURISPRUDENZA DI RIFERIMENTO:

- Cons. Stato, Ad. Plen., n. 16/2011 (settori estranei)
- Cons. Stato, Sez. VI, n. 1574/2012 (Porto Antico);
- Cass., sez. un., n. 28329/2011(RAI);
- Cons. Stato, Sez. VI, n. 6211/2011 (Camere di Commercio e loro aziende speciali);
- Cass., sez. un., n. 14958/2011 (Fondazione Carnevale Viareggio);
- Cons. Stato, Sez. VI, n. 3892/2011 (GEIE);
- Cass., sez. un., n. 10068/2011(società pubblica stipulante convenzione con una banca);
- Tar Toscana, Sez. I, n. 6877/2010 (Firenze Fiera);
- Tar Toscana, Sez. I, n. 6473/2010 (Gestioni Cinematografiche S.r.l.).