

contro

IVRI - Istituti di Vigilanza Riuniti s.p.a. e Security Service s.r.l., in persona dei rispettivi rappresentanti legali pro tempore, non costituite in grado di appello;

per la riforma

per entrambi i ricorsi, della sentenza breve del T.a.r. Lombardia – Milano, sezione I, n. 4801/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO DI UN CONTRATTO QUADRO AVENTE AD OGGETTO SERVIZI DI SICUREZZA E VIGILANZA PRIVATA

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2011 il Consigliere di Stato Rosanna De Nictolis e udito per le società appellanti l'avvocato Fabio Cintioli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Eni Servizi s.p.a. (in nome e per conto di Eni s.p.a.) indiceva una procedura selettiva per l'affidamento dei servizi di sicurezza e vigilanza privata, a mezzo di guardie particolari giurate, presso i complessi immobiliari ENI di San Donato Milanese.

2. Prendevano parte alla selezione tre delle nove imprese invitate. All'esito del procedimento di valutazione delle offerte la gara veniva aggiudicata, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a Security service s.r.l.

La IVRI s.p.a. risultava seconda graduata.

3. Nella lettera di invito (*rectius*, richiesta di offerta), la stazione appaltante aveva precisato che "la normativa di riferimento per la presente gara è costituita dal d.lgs. 12 aprile

2006 n. 163 e successive modificazioni e integrazioni, e in particolare dall'art. 20 del suddetto decreto”.

4. La *lex specialis* non conteneva alcuna indicazione circa la tempistica delle fasi di gara, né specificava le date in cui si sarebbe proceduto all'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica. Le operazioni di gara, compresa l'apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica, venivano svolte in concreto in sedute riservate; in data 17 luglio 2009 la stazione appaltante comunicava alla seconda graduata IVRI s.p.a. l'intervenuta aggiudicazione ad altri dell'appalto, senza ulteriori precisazioni in ordine all'identità dell'aggiudicatario.

5. La seconda graduata IVRI s.p.a. proponeva ricorso al T.a.r. Lombardia – Milano, affidato ai seguenti motivi:

a) violazione del principio di pubblicità delle sedute, essendosi svolte in seduta riservata tutte le operazioni del seggio di gara (comprese quelle dedicate all'apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica);

b) violazione dell'art. 79 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 sotto il profilo della incompletezza dell'informazione fornita dalla stazione appaltante alla società IVRI s.p.a. riguardo all'esito della gara, non essendo stato indicato il nominativo del soggetto aggiudicatario ma soltanto, genericamente, l'intervenuta aggiudicazione in favore di altro soggetto partecipante. La ricorrente chiedeva altresì il risarcimento del danno subito.

6. Nel costituirsi nel giudizio di primo grado, ENI s.p.a. eccepiva, preliminarmente, l'inesistenza di un nesso di strumentalità fra i servizi di vigilanza ed il servizio di erogazione del gas, costituente il *core business* della sua attività di impresa; da ciò discendeva che l'attività oggetto di affidamento non era riconducibile alla disciplina dei settori speciali e, pertanto, non soggetta alla

disciplina di evidenza pubblica e che, in definitiva, risultava estranea alla giurisdizione amministrativa. In ogni caso ha contestato, richiamando il tenore letterale dell'art. 20, d.lgs. n. 163/2006, la tesi fondata sulla necessità di assoggettare le operazioni concorsuali alla regola della pubblicità delle sedute di gara.

7. La Security service s.r.l., aggiudicataria del servizio, anch'essa costituita nel giudizio di primo grado, eccepiva preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione della disciplina di gara. Nel merito, ha anch'essa sostenuto la non necessità del ricorso alle forme dell'evidenza pubblica, stante la riconducibilità del servizio appaltato all'ambito applicativo dell'art. 20 citato, il quale, dell'intera disciplina codicistica, richiama espressamente soltanto gli articoli inerenti le specifiche tecniche (art. 68), nonché gli oneri di informazione in favore della Commissione UE sui risultati della procedura di affidamento (art. 65) e sugli avvisi degli appalti aggiudicati (art. 225). Con memoria successiva ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

8. Con la sentenza 15 ottobre 2009 n. 4801 il Tar Lombardia – Milano, sez. I, ha accolto il ricorso (escludendo tuttavia la sussistenza di un danno risarcibile, in ragione della rapidità dell'intervento rettificatore giudiziale) sulla base del ritenuto carattere strumentale dell'attività svolta dal soggetto appaltante, con conseguente attrazione della procedura di affidamento nella sfera di applicazione della disciplina relativa ai settori speciali.

9. Con distinti appelli, di analogo contenuto, le società ENI s.p.a. ed Eni Servizi s.p.a. hanno impugnato la sentenza del Tar, lamentando che:

- né ENI, né ENI servizi, svolgono attività rientranti nei settori speciali ai sensi dell'art. 207, d.lgs. n. 163/2006;
- il servizio di vigilanza in oggetto non sarebbe *strumentale* agli scopi perseguiti dalla stazione appaltante, di tal che a tale servizio non è applicabile, ai sensi dell'art. 217,

d.lgs. n. 163/2006 la disciplina codicistica dedicata ai contratti nei *settori speciali* (Parte III). Per conseguenza, non si applicano al servizio oggetto di gara la disciplina della prima parte del d.lgs. n. 163/2006 i principi dalla stessa desumibili (*in primis*, il controverso principio di pubblicità delle sedute di gara), nonché l'art. 79 (disposizioni espressamente richiamate, per i settori speciali, dall'art. 206);

- i servizi di vigilanza appaltati con la gara oggetto di causa (riguardanti la sicurezza dei compendi immobiliari di San Donato Milanese) sarebbero estranei agli scopi delle attività perseguite da Eni s.p.a., che consistono nell'estrazione di gas e petrolio, nella produzione e vendita di gas, nella raffinazione del greggio ed in attività correlate;

- peraltro, le società che operano nei settori speciali non sono, a rigore, né Eni s.p.a. né Eni Servizi s.p.a. (che non svolgono le attività previste dagli artt. 208 e 212), ma le società operative del gruppo, cui vanno imputate anche le attività strumentali (in particolare: Enipower s.p.a., attiva nel settore della generazione di energia elettrica; Snam Rete Gas s.p.a., che svolge attività di trasporto e dispacciamento di gas naturale; GNL Italia s.p.a., che gestisce lo stabilimento di rigassificazione di gas naturale liquefatto (GNL) di Panigaglia; Stogit s.p.a., che si occupa della fase dello stoccaggio del gas naturale; Saipem s.p.a., che opera nel settore della costruzione, installazione e manutenzione di impianti di estrazione di petrolio);

- è vero che la stazione appaltante con il richiamo, nella lettera di invito, al d.lgs. n. 163/2006 si è autovincolata al rispetto di tale ultimo paradigma normativo (che però non era tenuta ad applicare): ma ciò non significa che la stessa era tenuta all'osservanza del principio della pubblicità nelle sedute di gara ovvero all'onere di informazione di cui all'art. 79, d.lgs. n. 163/2006;

- le *imprese pubbliche*, a differenza delle *amministrazioni aggiudicatrici*, sono *soggetti aggiudicatori* solo laddove e nella misura in cui svolgono le attività d'istituto affidate

alle loro cure, di tal che, nel caso in esame, Eni s.p.a. ed Eni Servizi s.p.a. non sono *enti aggiudicatori* ai sensi della disciplina codicistica (peraltro, tale qualifica soggettiva sarebbe al più predicabile, con la limitazione oggettuale di cui si è detto, in capo alle società strumentali del gruppo);

10. In via subordinata, le società appellanti hanno dedotto:

- a tutto concedere sulla (contestata) possibilità di applicare alla gara in oggetto la prima parte del d.lgs. n. 163/2006, in ogni caso dovrebbe essere preso in considerazione soltanto l'art. 20, d.lgs. n. 163/2006, che circoscrive a tre soli articoli del citato d.lgs. (artt. 68, 65 e 225) la disciplina normativa applicabile ai servizi di cui all'all. II B (tra i quali rientra il *servizio di sicurezza*, oggetto di gara);

- ogni altra interpretazione estensiva riguardo alla disciplina applicabile ad un servizio "escluso" sarebbe in violazione del disposto del richiamato art. 20 e dell'art. 32 della direttiva 2004/17/CE;

- d'altra parte il principio della pubblicità delle sedute di gara, proprio dei settori ordinari (e poi esteso dalla giurisprudenza nazionale anche ai settori speciali) non rientra tra i principi di trasparenza enucleati dalla Commissione europea nella comunicazione del 1 agosto 2006 (2006/ C79/02) relativa al "*diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici*",

11. Da tanto le appellanti hanno tratto l'ulteriore conseguenza che alla inapplicabilità della disciplina dei settori speciali all'appalto in oggetto consegue la carenza di giurisdizione del giudice amministrativo nella materia, posto che Eni s.p.a. non era tenuta ad indire una gara ad evidenza pubblica (circostanza che invece l'art. 244 , d.lgs. n. 163/2006 – nella versione vigente all'epoca dei fatti - considera essenziale ai fini della giurisdizione amministrativa).

12. Da ultimo, in via ancor più subordinata, le appellanti prospettano la necessità di un rinvio interpretativo pregiudiziale alla Corte di giustizia sulle seguenti

questioni: *a)* se l'art. 20 della direttiva 2004/17/CE (disposizione che ha generato l'art. 217, d.lgs. n. 163/2006) possa essere interpretato nel senso di considerare appalti indetti allo scopo dello svolgimento delle attività previste dagli artt. 3 e 7 anche appalti di vigilanza non direttamente strumentali all'esercizio di tali attività; *b)* se l'art. 32 della direttiva 2004/17/CE possa essere interpretato nel senso di assoggettare sempre e necessariamente – senza alcun margine di apprezzamento discrezionale per la stazione appaltante - le procedure di gara per l'affidamento dei servizi all'obbligo di apertura in pubblico delle buste per appalti indetti da imprese pubbliche esclusi dalla applicazione della stessa direttiva 2004/17/CE.

13. Nessuna delle parti intimare si è costituita in questo grado di giudizio.

14. La causa è stata trattenuta per la decisione all'udienza pubblica dell'1 marzo 2011 davanti la VI sezione.

15. La sezione VI ha riunito gli appelli e ne ha rimesso l'esame all'adunanza plenaria (con l'ordinanza 29 aprile 2011 n. 2543), ritenuto che la questione pregiudiziale circa la giurisdizione potrebbe dar luogo a contrasti giurisprudenziali.

A suo avviso la soluzione della questione si incentra sulla natura giuridica di ENI s.p.a. e della sua ENI Servizi s.p.a., e sull'applicabilità, o sui termini dell'applicabilità, all'appalto per cui è causa del d.lgs. n. 163/2006, ed all'uopo espone due opposte soluzioni che potrebbero essere date alle questioni rilevanti nel caso di specie, che di seguito si sintetizzano.

15.1. Secondo la prima soluzione proposta, all'appalto sarebbe applicabile il codice dei contratti pubblici e segnatamente la regola di pubblicità delle sedute di gara, con conseguente rigetto dell'eccezione di difetto di giurisdizione.

Tanto sulla scorta del seguente percorso argomentativo:

a) le appellanti vanno qualificate come imprese pubbliche e non come organismi di diritto pubblico;

b) andrebbe condivisa la tesi delle appellanti circa la non strumentalità dell'appalto in questione ai settori speciali, senza però trarne la conseguenza della totale sottrazione al codice dei contratti pubblici e del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo;

c) per converso una impresa pubblica, che opera al di fuori dei settori speciali, sarebbe comunque soggetta all'art. 27, d.lgs. n. 163/2006, che impone il rispetto dei principi del Trattato a tutela della concorrenza e della l. n. 241/1990;

d) nel merito, sarebbe stato effettivamente violato il principio di pubblicità delle sedute di gara, con conseguente conferma, sia pure con motivazione parzialmente diversa, della sentenza di primo grado, e rigetto degli appelli.

15.2. Secondo la seconda soluzione proposta dall'ordinanza di rimessione, all'appalto per cui è processo non sarebbe applicabile il codice appalti (e segnatamente le direttive comunitarie), trattandosi dell'affidamento di un contratto di diritto comune svolto da una impresa pubblica che, quanto all'attività in questione (non-strumentale a quella propria di un *settore speciale*), sarebbe estranea a quelli oggetto del codice stesso; ne conseguirebbe l'accoglimento degli appelli e l'annullamento della sentenza impugnata a causa del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, posto che ricorre la giurisdizione del giudice ordinario.

DIRITTO

16. La questione di diritto sollevata dalle società appellanti investe la sussistenza o meno della giurisdizione del giudice amministrativo sull'appalto per cui è processo.

17. Ai sensi dell'art. 244, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture), applicabile *ratione temporis* (ora art. 133, co. 1, lett. e), n. 1), c.p.a.) l'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo sulle procedure di affidamento di contratti relativi a lavori, servizi, e forniture, è individuato sulla scorta di nozioni oggettive e soggettive tratte dal diritto sostanziale dei pubblici appalti, occorrendo che vi sia una procedura di

affidamento di *pubblici* lavori, servizi, forniture, svolte da *soggetti comunque tenuti*, nella scelta del contraente, *all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale*.

La *procedura di affidamento* ha in sé natura neutra, e si connota solo in virtù della natura del soggetto che la pone in essere, essendo indispensabile, sia per la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, sia per l'applicazione del diritto pubblico degli appalti, che il soggetto procedente sia obbligato al rispetto delle procedure di evidenza pubblica, in base al diritto comunitario o interno.

18. La definizione della questione di giurisdizione implica, pertanto, la soluzione delle seguenti questioni interpretative in ordine al diritto sostanziale degli appalti pubblici:

- a) la natura giuridica di ENI e ENI servizi s.p.a. e l'ambito di loro sottoposizione al codice dei contratti pubblici;
- b) l'ambito soggettivo ed oggettivo dei settori speciali;
- c) se l'appalto per cui è processo (servizio di vigilanza degli uffici di ENI e delle società del gruppo ubicati in San Donato Milanese) sia o meno riconducibile ai settori speciali di cui alla direttiva 2004/17/CE e alla parte III del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e successive modificazioni;
- d) in caso di risposta affermativa alla questione *sub c)*, se, trattandosi di appalto di servizi compresi nell'allegato II-B, cui si applicano solo gli artt. 68, 65 e 225, d.lgs. n. 163/2006, nonché i principi del Trattato a tutela della concorrenza (art. 27, d.lgs. n. 163/2006), quale sia l'esatta estensione del principio di trasparenza e, in particolare, se detto principio imponga o meno la pubblicità delle sedute di gara;
- e) in caso di risposta negativa alla questione *sub c)*, se l'appalto vada considerato privato, con conseguente difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, o se invece l'appalto ricada comunque nell'ambito di applicazione dell'art. 27, d.lgs. n. 163/2006, e di conseguenza quale sia l'estensione dei principi di trasparenza e

imparzialità, e, in particolare, se detti principi impongano o meno la pubblicità delle sedute di gara.

19. Al fine della soluzione delle questioni per cui è processo, e segnatamente della questione di giurisdizione, è giuridicamente irrilevante la circostanza che nella lettera di invito (*rectius*, richiesta di offerta), la stazione appaltante aveva precisato che *“la normativa di riferimento per la presente gara è costituita dal d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e successive modificazioni e integrazioni, e in particolare dall’art. 20 del suddetto decreto”*.

Infatti, in termini generali, la sottoposizione o meno dell’appalto per cui è processo al regime pubblicistico diviso dal d.lgs. n. 163/2006 discende dalle caratteristiche oggettive dell’appalto e soggettive della stazione appaltante, e dunque dall’esistenza di un vincolo “eteronomo” e non dalla dichiarazione della stazione appaltante (c.d. autovincolo).

Se è vero che l’art. 244, d.lgs. n. 163/2006 (ora art. 133, co. 1, lett. e), n. 1), c.p.a.), fa riferimento, al fine di stabilire l’ambito della giurisdizione amministrativa, al soggetto <<comunque tenuto>> al rispetto di procedure di evidenza pubblica, tuttavia siffatta ampia espressione non può che riferirsi pur sempre ad un vincolo eteronomo, e non autonomo, di rispetto delle dette procedure [Cass., sez. un., 20 marzo 2009 n. 6771; Cass., sez. un., 15 aprile 2005 n. 7800; Cass., sez. un., 20 novembre 2003 n. 17635; Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2008 n. 2764; Cons. St., sez. IV, 16 luglio 2007 n. 4012; Cons. St., sez. V, 18 novembre 2004 n. 7554].

Il c.d. autovincolo, se è idoneo a rendere applicabili le regole richiamate, è inidoneo a determinare spostamenti della giurisdizione.

20. Quanto alla natura giuridica di ENI e di ENI Servizi s.p.a., non è contestato che si tratta di imprese pubbliche e non anche di organismi di diritto pubblico (secondo le definizioni datene all’art. 3, co. 26 e 28, d.lgs. n. 163/2006).

La distinzione assume rilevanza in quanto le imprese pubbliche rientrano tra gli “enti aggiudicatori” tenuti all’osservanza della disciplina degli appalti nei settori

speciali (art. 207, d.lgs. n. 163/2006), mentre non sono in quanto tali e in termini generali contemplate tra le “amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori” tenuti all’osservanza della disciplina degli appalti nei settori ordinari (art. 32, d.lgs. n. 163/2006).

Sotto tale profilo sono dirimenti i seguenti dati esegetici:

- l’art. 32, che indica i soggetti aggiudicatori nei settori ordinari, non contempla le imprese pubbliche in quanto tali;
- l’art. 3, co. 28 e co. 29, che danno la definizione di impresa pubblica e indicano l’ambito degli enti aggiudicatori, sono norme definitorie che vanno lette comunque in “combinato disposto” con le specifiche previsioni che assoggettano ad obblighi di evidenza pubblica le imprese pubbliche, e non possono essere interpretate come disposizioni che di per sé sole assoggettano le imprese pubbliche a tutta la disciplina del codice;
- sul piano dell’interpretazione “storica”, le imprese pubbliche, già sottratte al diritto dei pubblici appalti, vi sono state attratte limitatamente ai “settori speciali”, e non in termini generali.

21. Quanto all’ambito soggettivo e oggettivo dei settori speciali, giova anzitutto premettere che:

- la direttiva 2004/17/CE, di cui il d.lgs. n. 163/2006 costituisce attuazione, come già la direttiva sui settori speciali che la ha preceduta (e recepita in Italia con il d.lgs. n. 158/1995), è stata varata al precipuo fine di garantire la tutela della concorrenza in relazione a procedure di affidamento di appalti da parte di enti operanti in settori sottratti, per il passato, alla concorrenza e al diritto comunitario dei pubblici appalti, i c.d. *settori esclusi*, che, dopo l’intervento comunitario, sono divenuti i *settori speciali* (ex esclusi);
- l’intervento del normatore comunitario, finalizzato ad attrarre alla disciplina di evidenza pubblica settori in precedenza ritenuti regolati dal diritto privato, ha però

ritenuto di mantenere i connotati di specialità di detti settori, rispetto a quelli ordinari, mediante una disciplina più flessibile, che lascia maggiore libertà alle stazioni appaltanti, e soprattutto restrittiva quanto all'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione;

- conseguentemente, il diritto comunitario ha delimitato in modo rigoroso non solo l'ambito soggettivo dei settori speciali (art. 207, d.lgs. n. 163/2006; artt. 2 e 8, direttiva 2004/17/CE), ma anche quello oggettivo, descrivendo in dettaglio l'ambito di ciascun settore speciale;

- la stessa giurisprudenza comunitaria afferma che le previsioni della direttiva 2004/17/CE devono essere applicate restrittivamente, con conseguente inapplicabilità della c.d. teoria del contagio di cui alla giurisprudenza *Mannesman* [C. giust. CE 15 gennaio 1998 C44/96], che estende il regime applicabile all'organismo di diritto pubblico a tutti i suoi appalti [C. giust. CE 10 aprile 2008 C-393/06, *Aigner*, parr. 26, 27, 30 “dagli artt. 2-7 della direttiva 2004/17 risulta che il coordinamento da questa effettuato non si estende a tutti i settori dell'attività economica, ma riguarda settori specificamente definiti, come del resto rileva il fatto che tale direttiva è comunemente denominata «direttiva settoriale». Per contro, l'ambito di applicazione della direttiva 2004/18 abbraccia quasi tutti i settori della vita economica e giustifica così il fatto che essa venga comunemente denominata «direttiva generale». Alla luce di quanto considerato, si deve già fin da ora constatare che la portata generale della direttiva 2004/18 e la portata ristretta della direttiva 2004/17 richiedono che le disposizioni di quest'ultima siano interpretate restrittivamente (...) 30. Di conseguenza, le disposizioni sopra menzionate non lasciano spazio all'applicazione, nell'ambito della direttiva 2004/17, dell'approccio denominato «teoria del contagio», sviluppatasi a seguito della citata sentenza *Mannesmann Anlagenbau Austria e a.*”].

22. I settori speciali, che possono in astratto venire in considerazione avuto riguardo alle parti appellanti, sono quelli di cui agli artt. 208 e 212, d.lgs. n.

163/2006, vale a dire gas, energia termica ed elettrica, nonché prospezione, ed estrazione di petrolio, gas, carbone ed altri combustibili solidi.

Per quanto riguarda il gas e l'energia termica, il diritto comunitario degli appalti pubblici si applica solo a:

- a) la messa a disposizione o gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di gas o di energia termica;
- b) l'alimentazione di tali reti con gas o energia termica.

Per quanto riguarda prospezione, ed estrazione di petrolio, gas, carbone ed altri combustibili solidi, la disciplina in commento si applica solo alle attività relative allo sfruttamento di un'area geografica, ai fini della prospezione o estrazione di petrolio, gas, carbone o di altri combustibili solidi.

Peraltro, la decisione di esecuzione della Commissione europea del 24 giugno 2011 (pubblicata in G.U.C.E. 25 giugno 2011), sopravvenuta in corso di causa, ha disposto che la direttiva 2004/17/CE non si applica agli appalti attribuiti da enti aggiudicatori e destinati a permettere la prestazione dei seguenti servizi in Italia:

- a) prospezione di petrolio e gas naturale; e
- b) produzione di petrolio.

Tanto, in base alla considerazione che tali servizi in Italia rispettano la condizione dell'” *esposizione diretta alla concorrenza*” fissata dall'art. 30, par. 1, direttiva 2004/17/CE.

23. Il quadro è completato dall'art. 217, d.lgs. n. 163/2006 (che riproduce fedelmente l'art. 20, direttiva 2004/17/CE), a tenore del quale la disciplina dei settori speciali non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli articoli da 208 a 213 o per l'esercizio di tali attività in un Paese terzo, in circostanze che non comportino lo

sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno della Comunità.

Se ne desume, come già la VI sezione ha avuto modo di affermare in un precedente analogo, che l'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all'attività speciale [Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2011 n. 2919].

24. Avuto riguardo ai compiti di ENI e di ENI Servizi s.p.a., e avuto riguardo all'appalto per cui è processo, che attiene ai servizi di vigilanza degli uffici amministrativi di ENI e altre società del gruppo, è evidente che esso non rientra nei settori speciali, nemmeno come appalto ad essi strumentale, quale sarebbe ad es. il servizio di vigilanza di una rete energetica.

Difetta la finalizzazione del servizio di vigilanza degli uffici della sede ENI di San Donato Milanese agli scopi propri (*core business*) dell'attività speciale del gruppo, di estrazione e commercializzazione del petrolio o del gas: la garanzia della sicurezza degli uffici non è certo esclusiva del settore, né si pone ad esso in termini di mezzo a fine, né può essere considerata come inclusa nella *gestione* di un servizio; diversamente, l'appalto sarebbe stato da ricondurre nella disciplina dei *settori speciali* (cfr. Cons. St., ad. plen., 23 luglio 2004 n. 9 sul servizio di pulizia delle stazioni ferroviarie a Grandi Stazioni s.p.a.).

Alla luce della già citata giurisprudenza della C. giust. CE, che impone un'interpretazione restrittiva dei settori speciali, si deve escludere la riconducibilità dell'appalto per cui è processo a detti settori [C. giust. CE 10 aprile 2008 C-393/06, *Aigne*].

25. Si è pertanto in presenza di un appalto “escluso” dall’ambito di applicazione della disciplina dei settori speciali, ai sensi dell’art. 217, d.lgs. n. 163/2006, aggiudicato per scopi diversi dall’esercizio delle specifiche missioni rientranti nei settori speciali, e non legato a tali missioni da vincolo di strumentalità.

Come meglio chiarito dalla direttiva 2004/17/CE rispetto al d.lgs. n. 163/2006, l’esclusione in questione riguarda “tutti gli enti aggiudicatori e tutti i tipi di appalto”, come testualmente recita il titolo della sezione della direttiva 2004/17/CE in cui è compreso l’art. 20, della citata direttiva, trasposto nell’art. 217, d.lgs. n. 163/2006.

26. Acclarato che l’appalto per cui è processo è “escluso” dall’ambito di applicazione dei settori speciali, occorre risolvere la questione centrale, sottoposta dagli appelli e dall’ordinanza di rimessione, di quale sia la disciplina ad esso applicabile.

In astratto si profilano quattro possibili soluzioni:

- applicazione della disciplina dei settori ordinari;
- applicazione dell’art. 27, d.lgs. n. 163/2006;
- applicazione dei principi a tutela della concorrenza contenuti nei Trattati dell’Unione europea;
- applicazione del diritto privato.

Optando per una delle prime tre ipotesi, vi sarebbe la giurisdizione del giudice amministrativo, optando per l’ultima vi sarebbe quella del giudice ordinario.

27. Si deve anzitutto escludere che l’appalto in questione, escluso dai settori speciali, ricada nei settori ordinari.

Occorre all’uopo differenziare, nel novero degli enti aggiudicatori, le amministrazioni aggiudicatrici e le imprese pubbliche.

Nel caso di amministrazioni aggiudicatrici, che sono soggetti di diritto pubblico, non sembrano esservi ostacoli ad ammettere che, per i loro appalti estranei ai

settori speciali, si riespande l'applicazione della disciplina degli appalti dei settori ordinari [come si argomenta dalla già citata C. giust. CE 10 aprile 2008 C-393/06, *Aigner*, che, esclusa in un caso l'applicazione della disciplina dei settori speciali, ha ritenuto applicabile quella dei settori ordinari in quanto la stazione appaltante poteva essere qualificata come organismo di diritto pubblico].

Diversamente, nel caso delle imprese pubbliche, 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.

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 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*”.

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.

28. Passando a verificare se all'appalto per cui è processo sia o meno applicabile l'art. 27, d.lgs. n. 163/2006, giova premettere che tale previsione ha inteso tradurre in norma positiva nazionale una regola di diritto giurisprudenziale costantemente affermata dalla C. giust. CE, quella secondo cui ai contratti sottratti all'ambito di applicazione delle direttive comunitarie sugli appalti pubblici (attualmente: direttiva 2004/18/CE e direttiva 2004/17/CE) si applicano comunque i principi posti a tutela della concorrenza dai Trattati dell'Unione, e segnatamente i principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità [C. giust. CE, 3 dicembre 2001 C-59/00; comunicazione della Commissione CE, 2006/C 179/02].

Il tema è stato affrontato dalla Corte e dalla citata comunicazione con riguardo agli appalti sotto soglia [C. giust. CE, 3 dicembre 2001 C-59/00] e con riguardo agli appalti di servizi di cui all'allegato II B direttiva 2004/18/CE e XVII B direttiva 2004/18/CE (II B del codice italiano), nonché con riguardo alle concessioni di servizi [C. giust. CE, 7 dicembre 2000 C-324/98, *Telekom Austria AG*; C. giust. CE

13 ottobre 2005 C-458/03, *Parking Brixen*; C. giust. CE 6 aprile 2006 C-410/04, *Anar*; C. giust. CE 13 settembre 2007 C-260/2004; C. giust. CE, 15 ottobre 2009 n. 196/08; Cons. St., sez. V, 31 maggio 2011 n. 3250].

L'art. 27, codice appalti, non può che essere letto in coerenza con tale giurisprudenza comunitaria.

29. Giova aggiungere che l'art. 27 citato risulta novellato dal d.l. 13 maggio 2011 n. 70 conv. in l. 12 luglio 2011 n. 106, e fa ora specifico riferimento ai “contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione *oggettiva* del presente codice”.

Mentre la previsione previgente faceva riferimento all'ambito di applicazione *tout court*, la previsione novellata fa riferimento all'ambito di applicazione oggettiva, ma la circostanza che la nuova previsione sia sopravvenuta in corso di causa non appare rilevante perché la modifica ha una portata interpretativa e non innovativa.

30. Anche nel vigore della disciplina precedente, era infatti chiaro che l'applicazione dei principi dei Trattati ai contratti esclusi dal codice, postulava che si trattasse di contratti posti in essere dai soggetti contemplati dal codice, e dunque rientranti nell'ambito di applicazione soggettiva del codice e del diritto comunitario.

Sarebbe sproporzionato imporre l'applicazione di principi di evidenza pubblica a soggetti del tutto estranei all'ambito del codice, e dunque ad appalti retti dal diritto privato.

Si noti che l'art. 27 del codice appalti estende l'applicazione dei principi dei Trattati europei a tutela della concorrenza anche ai contratti “esclusi in tutto” dal codice: sono tali, ad avviso del Collegio, solo i contratti dallo stesso codice “nominati”, ancorché al solo scopo di escluderli dal proprio ambito, e non anche quelli da esso non menzionati, neppure per escluderli. Infatti sarebbe paradossale che il codice apprestasse una disciplina per una categoria residuale e illimitata di contratti da esso non contemplati.

Così intesa la norma intende porre un principio di rispetto di regole minimali di evidenza pubblica, a tutela della concorrenza e del mercato, ma tali regole minimali vengono imposte:

a) da un lato solo ai soggetti che ricadono nell'ambito di applicazione del codice appalti e delle direttive comunitarie di cui costituisce recepimento, e per i contratti "esclusi" comunque menzionati nel codice;

b) dall'altro lato ai contratti "nominati ma esenti", e non anche ai contratti "estranei".

31. Ne deriva che il citato art. 27 non contempla un "terzo settore" dei pubblici appalti, quelli "esclusi in tutto o in parte", che si aggiunge ai settori ordinari e ai settori speciali, ma si riconnette pur sempre agli appalti dei settori ordinari o speciali, e ai soggetti appaltanti di tali settori.

In altre parole, i "contratti esclusi in tutto o in parte" sono pur sempre quelli che si agganciano ai settori ordinari o speciali di attività contemplati dal codice.

Si tratta in definitiva di contratti che in astratto potrebbero rientrare nel settore di attività, ma che vengono eccettuati con norme di esenzione, per le ragioni più disparate.

32. Emblematici sono i casi, di cui si sono occupate la C. giust. CE e la Commissione europea, degli appalti sotto soglia, delle concessioni di servizi e degli appalti di servizi dell'allegato II B, che astrattamente rientrano nei settori di attività contemplati, ma che vengono esentati dal diritto comunitario per ragione di soglia o di oggetto, per lasciare, negli appalti ritenuti meno rilevanti, maggiore libertà ai legislatori nazionali.

33. Ad avviso del Collegio diverso è il caso dei contratti di cui all'art. 217, codice appalti (art. 20, direttiva 2004/17), ossia gli appalti posti in essere dagli enti aggiudicatori dei settori speciali in ambiti diversi dalle attività dei settori speciali, che sono i soli di interesse della direttiva 2004/17CE.

In siffatta ipotesi, si è in presenza di una diversa categoria, o meglio di una diversa nozione di “appalto escluso”.

Infatti mentre nelle altre ipotesi di appalti esclusi si tratta di specifiche tipologie (appalti segreti, appalti di servizi o forniture aventi specifici oggetti e in astratto rientranti nel settore di attività; v. artt. da 16 a 24, codice appalti), in questo caso non si tratta di appalti aventi uno specifico oggetto, bensì di una categoria residuale, che comprende qualsiasi tipo di appalto estraneo al settore speciale.

Non si tratta pertanto di appalti 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 della direttiva 2004/17/CE.

34. A tale soluzione il Collegio perviene alla luce delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, che operano una distinzione tra tre categorie:

- a) appalti che non ricadono nelle direttive per ragioni di soglia;
- b) appalti del tutto “esclusi”;
- c) appalti e concessioni di servizi cui si applicano solo poche previsioni delle direttive, e dunque esclusi in (maggior) parte e inclusi in (minor) parte.

Anche sul piano sistematico, tali tre categorie hanno una diversa collocazione all’interno delle tre direttive, e diverse definizioni.

Ad es. la direttiva 2004/18/CE, nell’ambito del Capo II – Campo di applicazione:

- a) nella Sezione I rubricata “soglie” individua le “soglie” economiche all’art. 7, e dichiara di applicarsi solo agli appalti di importo in euro pari o superiore alle soglie indicate;
- b) nella Sezione II rubricata “appalti esclusi” elenca varie tipologie di appalti esclusi (artt. da 14 a 18, direttiva 2004/18/CE);

c) in altro Capo, il III dedicato alle “norme applicabili agli appalti di servizi”, menziona gli appalti dell’allegato II B soggetti solo a poche regole della direttiva (art. 21, direttiva 2004/18/CE);

d) con riferimento alle concessioni di servizi, oltre a definirle, detta un’unica norma di principio e per il resto le esclude dall’applicazione della direttiva (art. 17, direttiva 2004/18/CE).

A sua volta, la direttiva 2004/17/CE, nel capo II rubricato “soglie ed esclusioni”:

a) nella Sezione I rubricata “soglie” indica le soglie di valore che delimitano il campo di applicazione della direttiva;

b) nella diversa Sezione II individua gli appalti esclusi; la Sezione II è suddivisa in sottosezioni che raggruppano i diversi tipi di esclusioni soggettive e/o oggettive (artt. 18-26, direttiva 2004/17/CE);

c) in un diverso Capo, il III, rubricato “norme applicabili agli appalti di servizi” menziona gli appalti dell’allegato XVII B soggetti solo a poche regole della direttiva (art. 32, direttiva 2004/17/CE).

La citata comunicazione della Commissione del 2006, a sua volta, si riferisce agli appalti esclusi per ragioni di soglia, e agli appalti di servizi che non sono a rigore “esclusi”, ma “inclusi in parte” solo per alcune regole; detta comunicazione non si riferisce invece, formalmente, agli appalti “esclusi”.

A sua volta la giurisprudenza della C. giust. CE che estende i principi dei Trattati alle concessioni di servizi, lo fa con riferimento ad una specifica categoria di contratti esclusi, anch’essi, a rigore, non “esclusi” bensì “inclusi in parte”, per i quali è in corso l’attrazione alla sfera comunitaria, tanto che le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE danno anche una definizione di tale tipologia contrattuale, e inoltre la direttiva 2004/18/CE vi estende espressamente l’applicazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità (art. 3, direttiva citata).

Da tale quadro emerge una diversificazione delle cause di esclusione degli appalti dall'ambito di applicazione delle direttive.

In particolare, nel “*genus*” esclusioni possano individuarsi almeno due tipologie, aventi una diversa “*ratio*”, gli appalti “esenti” e gli appalti “estranei”.

Gli appalti “esenti” sono quelli in astratto rientranti nei settori di intervento delle direttive, ma che ne vengono esclusi per ragioni *latu sensu* di politica comunitaria, quali, ad es., gli appalti segretati, o i servizi di arbitrato e conciliazione, o acquisto o locazione di terreni e fabbricati, e le stesse concessioni di servizi.

E' tale anche il caso degli appalti “sotto soglia” e degli appalti di servizi di cui all'allegato II B direttiva 2004/18/CE e XVII B direttiva 2004/17/CE.

Quanto agli appalti “sotto soglia” è noto che la soglia è “mobile” e viene frequentemente aggiornata con regolamento comunitario avente efficacia diretta negli Stati membri; l'aggiornamento avviene verso “il basso” nel senso di ridurre progressivamente l'importo della soglia e specularmente estendere l'applicazione del diritto comunitario dei pubblici appalti.

E' dunque chiaro che gli appalti “sotto soglia” rientrano negli scopi del diritto comunitario dei pubblici appalti, ma fruiscono di un regime di (temporanea) esenzione.

Lo stesso è a dirsi per i citati appalti e concessioni di servizi, che rientrano negli scopi del diritto comunitario, ma fruiscono di un regime di parziale esenzione.

Gli appalti “estranei” sono quelli esclusi perché sono del tutto al di fuori dei settori di intervento delle direttive o dello stesso ordinamento comunitario, quali gli appalti da eseguirsi al di fuori del territorio dell'Unione (art. 15, direttiva 2004/18/CE e art. 22, direttiva 2004/17/CE), o quali gli appalti aggiudicati dagli enti aggiudicatori dei settori speciali per fini diversi dall'esercizio delle attività nei settori speciali (art. 20, direttiva 2004/17/CE).

Non sembra, allora, che il rispetto dei principi dei Trattati si imponga alle imprese pubbliche anche per appalti esclusi perché paiono estranei ai settori di intervento delle direttive e dell'Unione.

35. Avuto riguardo agli appalti di cui all'art. 217, codice appalti, aggiudicati per scopi diversi dalle attività dei settori speciali, delle due l'una:

a) o l'ente aggiudicatore è un'amministrazione aggiudicatrice, e in tal caso l'appalto, estraneo al settore speciale, ricade nei settori ordinari e dunque nel raggio di azione della direttiva 2004/18/CE;

b) o l'ente aggiudicatore è un'impresa pubblica, ossia un soggetto di diritto privato, e in tal caso l'appalto, estraneo al settore speciale, non ricade nei settori ordinari e dunque nel raggio di azione della direttiva 2004/18/CE, che non contempla tra le stazioni appaltanti le imprese pubbliche; e neppure ricade sotto i principi dei Trattati, al cui rispetto devono ritenersi tenuti i medesimi soggetti tenuti all'osservanza delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE in relazione agli appalti da esse "esclusi", ma non anche in relazione agli appalti ad esse del tutto estranei.

36. In conclusione, l'art. 27, codice appalti, letto alla luce della giurisprudenza della C. giust. CE, impone il rispetto dei principi del Trattato a tutela della concorrenza, ai soggetti tenuti al rispetto del codice appalti, in relazione ai contratti "esclusi" ma non anche ai contratti del tutto "estranei" agli scopi e all'oggetto del codice e delle direttive comunitarie.

37. Alla luce delle medesime considerazioni, si deve escludere che agli appalti "estranei" ai settori speciali, di cui all'art. 217, codice appalti (art. 20, direttiva 2004/17/CE), posti in essere da imprese pubbliche, siano estensibili "i principi dei Trattati" a tutela della concorrenza.

38. Essendo l'appalto per cui è processo estraneo sia ai settori speciali, sia ai settori ordinari, sia all'art. 27, di cui al d.lgs. n. 163/2006, ed essendo altresì sottratto ai

principi dei Trattati, va affermato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e per converso la giurisdizione del giudice ordinario.

39. Alla luce di quanto esposto gli appelli vanno accolti e, per l'effetto, va dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

40. La novità e complessità delle questioni giustificano la compensazione delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe, già riuniti, li accoglie e, per l'effetto, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e la giurisdizione del giudice ordinario.

Compensa integralmente le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pasquale de Lise, Presidente del Consiglio di Stato

Giancarlo Coraggio, Presidente di Sezione

Gaetano Trotta, Presidente di Sezione

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Marco Lipari, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Anna Leoni, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Sergio De Felice, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI STATO

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/08/2011

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Il Dirigente della Sezione