

Enti riqualificati in senso pubblicistico dalla giurisprudenza ed enti equiparati alla p.a. sul piano funzionale. I privati esercenti attività amministrative dopo la riforma della l. n.241/90

Comunicazione al XVI convegno dell'Associazione amministrativisti Italo-Spagnoli su "Le esternalizzazioni", Genova 25-27 maggio 2006

SOMMARIO: 1. Il conferimento di potestà pubbliche ai privati alla luce della giurisprudenza costituzionale: osservazioni introduttive; 2. La riqualificazione in senso pubblicistico di soggetti privati e l'equiparazione di enti privati a p.a. ad opera della giurisprudenza; 3. La non applicabilità ai soggetti privati che esercitano attività amministrative di regole e principi del diritto amministrativo relativamente alla loro valenza 'organizzativa'; 4. *Segue*: il regime di diritto amministrativo delle attività dei soggetti privati tenuti al rispetto di procedure ad evidenza pubblica

1. Il conferimento di potestà pubbliche ai privati alla luce della giurisprudenza costituzionale: osservazioni introduttive

Il tema dell'esercizio di potestà amministrative da parte dei privati induce preliminarmente ad interrogarsi se possa considerarsi legittima, dal punto di vista costituzionale, una disposizione legislativa che autorizzi ad esternalizzare tali potestà.

Al riguardo, ci si può limitare a rilevare che anche la Corte costituzionale, in particolare con l'ordinanza n. 157 del 2001 e con la nota sentenza n. 204/04, ha riconosciuto l'ammissibilità di siffatta ipotesi di esternalizzazione. In particolare, nella prima – ove sono state dichiarate manifestamente infondate, con riferimento agli artt. 3, 24, 97 e 98 Cost., le questioni di legittimità costituzionale concernenti alcune disposizioni legislative che prevedono che le amministrazioni locali possano conferire ad ausiliari del traffico funzioni pubbliche di prevenzione e di accertamento delle violazioni del codice della strada – il giudice delle leggi ha puntualizzato che << il legislatore ordinario può prevedere che l'autorità amministrativa possa attribuire specifiche funzioni di accertamento e di verifica ... anche a dipendenti di enti o società cui sia stato affidato un servizio pubblico o che siano concessionari di un servizio in senso largo >>¹. Ciò in quanto - sottolineano tali giudici - << rientra in una scelta discrezionale del legislatore consentire che talune funzioni,

¹ V. Corte cost. ord. n.157 del 2001, in <http://www.cortecostituzionale.it>

obiettivamente pubbliche, possano essere svolte anche da soggetti privati che abbiano una particolare investitura da parte della pubblica amministrazione, in relazione al servizio svolto >>.

Quanto alla sentenza n. 204 del 2004 è sufficiente qui osservare come, la Corte costituzionale – con un intervento manipolativo-sostitutivo che ha portato ad una nuova formulazione dell'art.33, d.lgs. n.80/98 – statuendo che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a provvedimenti adottati da un gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla l. n.241/90, abbia finito per riconoscere che anche i gestori (privati) di pubblici servizi possono essere preposti all'esercizio di attività amministrative proceduralizzate e, conseguentemente, risultare conferitari di potestà amministrative.

Ciò rilevato in punto di legittimità costituzionale delle scelte legislative di conferimento di potestà pubbliche a soggetti privati e considerato che di tali tematiche ci siamo già occupati di recente, si richiameranno qui soltanto alcune delle conclusioni a cui si è pervenuti, allorché si rivelino necessarie all'illustrazione del tema oggetto della presente comunicazione.

Diverse sono le questioni che, con riguardo al predetto tema, occorre affrontare, segnatamente: A) se, in termini generali, i soggetti privati siano equiparabili a pubbliche amministrazioni soltanto allorché ricorrano i presupposti per la loro qualificazione come organismi di diritto pubblico; B) se il conferimento a soggetti privati o privatizzati di potestà amministrative debba indurre a riqualificarli, sul piano dell'ordinamento interno, in senso pubblicistico, di talché siano da considerare alla stregua di vere e proprie pubbliche amministrazioni; C) se, prescindendo dalla riqualificazione del soggetto, possa sostenersi che i privati siano equiparabili ad amministrazioni pubbliche dal punto di vista soltanto funzionale, allorché risultino conferitari di potestà amministrative direttamente per disposizione di legge ovvero in base ad altro titolo idoneo; D) qual è il regime dell'attività amministrativa esercitata dai privati a norma dell'art.1, comma 1-ter, l. n.241/90, aggiunto dalla l. n.15/05.

2. La riqualificazione in senso pubblicistico di soggetti privati e l'equiparazione di enti privati a p.a. ad opera della giurisprudenza

Prima di cercare di rispondere a tali interrogativi, pare opportuno esaminare alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali.

Ai fini che qui interessano possono richiamarsi quattro principali indirizzi della giurisprudenza amministrativa – con l'avvertenza, però, che con tale partizione viene ad operarsi una schematizzazione, non essendo qui possibile dar conto compiutamente dei vari percorsi argomentativi seguiti nelle decisioni considerate – nel solco dei quali sembrano collocarsi talvolta anche alcune decisioni della Suprema Corte e della Consulta.

Può anzitutto richiamarsi quel noto orientamento del Consiglio di Stato, al quale si è successivamente allineato anche il giudice di legittimità, che ha ritenuto doversi qualificare in senso pubblicistico l'attività e gli atti dei privati sottoposti *ex lege* al rispetto di procedure di evidenza pubblica di matrice comunitaria o interna². I giudici di Palazzo Spada, in diverse occasioni, hanno ribadito che laddove l'attività di scelta di terzi contraenti non sia espressione di autonomia privata in virtù dei limiti procedurali e dei vincoli funzionali cui risulti sottoposta, la stessa deve qualificarsi come attività amministrativa pubblica essendo del tutto indifferente il carattere pubblico o privato della stazione appaltante³. In ipotesi di tal fatta – ad avviso di tali giudici – il legislatore, << aderendo all'impostazione comunitaria e sviluppando i principi di tutela del mercato e di controllo ottimale delle risorse pubbliche >>, ha finito per allargare << l'ambito dell'agire funzionalizzato ed amministrativo, prevedendo che anche soggetti formalmente privati siano equiparati alle amministrazioni pubbliche, ed anzi siano essi stessi amministrazioni pubbliche, nel momento e solo nel momento, in cui pongono in essere un'attività amministrativa funzionalizzata alla tutela dell'interesse pubblico, espressione di un potere pubblicistico limitatamente al settore delle gare d'appalto >>⁴. Le controversie oggetto di tali decisioni riguardavano, in particolare, atti inerenti a procedure indette da enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, che, in virtù del finanziamento statale ricevuto, assumevano la qualifica non di amministrazioni aggiudicatrici – ai cui fini rileva la qualifica di organismo di diritto pubblico – bensì quella di enti aggiudicatori, ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. c), l. n. 109/94⁵. Non si è, tuttavia, mancato di riconoscere come anche altri soggetti privati siano tenuti al rispetto di regole di evidenza pubblica nell'affidamento di appalti pubblici. Il Consiglio di Stato, ad esempio, ha affermato che i

² Per una ricostruzione dei diversi orientamenti della giurisprudenza in materia, sia consentito rinviare ad A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, (a cura di) F.G. Scoca, F.A. Roversi Monaco, G. Morbidelli, Torino, 2005, 47 s.

³ V. ad es. Cons. Stato, sez. V., 7 giugno 1999, n.295, in *G.d.A.*, 1999, 1057, con nota di V. CERULLI IRELLI, "Atti amministrativi" di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge Merloni.

⁴ V. ancora Cons. Stato, sez. V., 7 giugno 1999, n.295, cit.

⁵ V.: Cons. Stato, sez. V., 4 luglio 1999, n. 2423, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>; Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2000, n. 2681, in *Cons. Stato*, 2000, I, 1185 s.; Cons. Stato, sez. V., 31 ottobre 2000, n. 5894, in *Foro it.*, 2001, 161 s.

concessionari di costruzione e gestione di lavori pubblici o di servizi pubblici – come Autostrade s.p.a. – per il fatto di essere vincolati, ex art. 2, comma 2, lett. b), l. n.109/94, al rispetto delle disposizioni sulle procedure di scelta del contraente e sui criteri di aggiudicazione dalla stessa legge previsti, godono – analogamente agli enti pubblici – << nell’ambito dell’ordinamento di una posizione di supremazia, conferita dalla titolarità di diritti speciali o esclusivi >>⁶.

Orbene, pur a fronte di siffatte statuizioni giurisprudenziali, facendo leva soprattutto su quel consolidato indirizzo giurisprudenziale che ha ritenuto doversi rinvenire nella disciplina di molti enti privatizzati gli elementi rilevanti ai fini della loro qualificazione come organismi di diritto pubblico (si pensi, solo per citare qualche esempio, agli enti senza scopo di lucro derivanti dalla trasformazione di enti lirici e di istituzioni concertistiche assimilate⁷, nonché di quelli previdenziali⁸, ovvero ad alcune società in mano pubblica derivanti dalla privatizzazione di enti pubblici economici⁹), in dottrina si è continuato a considerare equiparabili ad amministrazioni pubbliche, limitatamente alla predetta attività di scelta del contraente, essenzialmente quegli enti formalmente privati cui fosse riferibile la qualificazione in parola.

A tal riguardo occorre anche considerare – come subito si dirà – che la giurisprudenza amministrativa, a fronte della qualificazione di un ente privato come organismo di diritto pubblico, tendeva a ricavarne la sottoposizione del medesimo al rispetto di regole di evidenza pubblica anche con riferimento all’affidamento di appalti pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria. Ciò in ragione del fatto che – secondo il consolidato orientamento della Corte di Giustizia – alle amministrazioni aggiudicatrici nell’affidamento di tali appalti pubblici è comunque imposto il rispetto dei principi fondamentali del Trattato Ce, (segnatamente quelli della libera circolazione delle merci, della libertà e della libera prestazione dei servizi, di parità di trattamento, di non discriminazione in base alla nazionalità, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza¹⁰, volto quest’ultimo a garantire un adeguato livello di pubblicità)¹¹.

⁶ V. Cons. Stato, sez. V, 15 dicembre 2005, n.7131, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>. Ad avviso di tali giudici, tra l’altro, il concessionario a cui è rimesso il compito di realizzare la struttura viaria, acquisisce anche << un obbligo di mandato pubblicistico avente ad oggetto proprio il mantenimento in piena efficienza delle strutture realizzate >>.

⁷ V. *ex multis*: Cass. sez. un., ord. 8 febbraio 2006, n.2637, in <http://www.giustamm.it>.

⁸ V. Cons. Stato, sez. VI, 23 gennaio 2006, n.182, in <http://www.giustamm.it>.

⁹ V. la giurisprudenza citata alla nota 12.

¹⁰ V. anche il secondo considerando della direttiva Ce n.2004/18.

Trattando ora del secondo orientamento giurisprudenziale – che si è, per qualche profilo, già anticipato – occorre rilevare come le decisioni a questo ascrivibili tendono a riqualificare società di capitali in mano pubblica (come ad es. Enel s.p.a. e Poste italiane s.p.a.) come enti sostanzialmente pubblici sulla base del rilievo che, oltre ad essere qualificabili come organismi di diritto, esse risultano assoggettate ad una disciplina derogatoria che comporta una compressione di non poco conto della loro autonomia funzionale, ovvero che denota, in ragione della sussistenza di una << serie di anomalie di struttura e di funzionamento >> rispetto al tipo codicistico, nonché di una eterodirezione di tali enti, uno stretto legame tra questi ultimi e l'ente pubblico che ne detiene il controllo¹². Peraltro, anche secondo la Suprema Corte¹³ – che sul punto ha mutato di recente indirizzo – al fine di stabilire se sussiste un rapporto di strumentalità con un ente pubblico appare rilevante la misura della partecipazione in una società di capitali che sia affidataria di un servizio pubblico. Cosicché non sembra potersi escludere la << natura di istituzione pubblica >> di un ente privato in forma societaria, allorquando questi, essendo partecipato in misura totalitaria o comunque maggioritaria da enti pubblici, operi quale *longa manus* di questi ultimi¹⁴.

¹¹ V. Corte di giustizia Ce, sez. VI, sent. 7 novembre 2000, in causa C-324/98, *Teleaustria*, nonché Corte di giustizia Ce, ord. 3 dicembre 2001, in causa C-59/00, in www.curia.eu.int. Inoltre, per un quadro riepilogativo, v. la circolare del ministro delle politiche comunitarie del 6 giugno 2002, n. 8756, recante la “Normativa applicabile agli appalti pubblici ‘sottosoglia’”, in *Urb. e app.*, 2002, 1301 s.

¹² V., per quanto concerne Poste Italiane s.p.a.: Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2001, n.1206, in *Giust. civ.*, 2002, I, 253 s. e Cons. Stato, sez. IV, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Giust. civ.*, 2002, 2309 s. con nota M. GIGANTE, *Verso la ripubblicizzazione di Poste italiane S.p.a.*; inoltre con riferimento a Enel s.p.a., v.: Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 2002, n.4711, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 486 s., con commento di P. PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*. Da ultimo, v. anche Cons. Stato, sez. IV, 31 gennaio 2006, n. 308, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>. Si tratta di decisioni nelle quali a fondamento della riqualificazione dell'ente privatizzato viene a porsi tanto il carattere necessario dell'ente - da individuarsi, segnatamente, nel fatto che è la legge ad istituire l'ente, ad individuarne gli scopi, a determinarne l'indisponibilità da parte dei suoi organi deliberativi in ordine alla sua esistenza nonché alla quota maggioritaria del capitale sociale in mano pubblica – quanto la presenza di anomalie ovvero di significative deviazioni sotto il profilo organizzativo rispetto alla disciplina codicistica, che denotano la sussistenza di un particolare rapporto tra l'ente privatizzato ed i pubblici poteri, v. sul punto P. PIZZA, *op. cit.*, spec. 527 s.

¹³ V. Cass. civ. sez. un., 3 maggio 2005, n. 9096, con commento di S. COGLIANI, E. GIARDINO, *S.P.A. partecipate da soggetti pubblici: l'iscrizione nell'elenco speciale annesso all'albo degli avvocati*, nonché F. GOISIS, *L'applicazione di discipline pubblicistiche a una società in mano pubblica longa manus del socio dominante*, in *G. d. A.*, 2005, 1186 s.

¹⁴ V. ancora Cass. civ. sez. un., 3 maggio 2005, n. 9096, *cit.* 1186.

Per vero, non mancano neppure decisioni della Consulta che sembrano accogliere una impostazione non dissimile. Tra queste possono richiamarsi la pronunzia in cui la Corte ha affermato che essendo rinvenibili nella disciplina della società per azioni Italia Lavoro una serie di anomalie rispetto a quella codicistica del tipo, la stessa era da ascrivere alla materia dell'ordinamento e dell'organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali, di competenza legislativa esclusiva statale¹⁵.

A tale indirizzo appare ricollegabile anche la decisione della Consulta adottata nell'ambito di un giudizio in via d'azione concernente una serie di questioni di legittimità costituzionale, sollevate dal Governo in relazione ad alcune disposizioni della legge della Regione Abruzzo in materia di servizi pubblici locali di rilievo economico. I giudici di costituzionalità¹⁶, in tale pronunzia, hanno, ai fini che qui interessano, ritenuto compatibile col quadro costituzionale la disposizione regionale che obbliga le società a capitale interamente pubblico, affidatarie di un servizio pubblico, al rispetto delle procedure concorsuali cui risultano assoggettati gli enti locali per l'assunzione del personale dipendente, sulla base del rilievo che detta previsione non pone limitazioni alla capacità di agire delle persone giuridiche private, ma dà << applicazione al principio di cui all'art. 97 della Costituzione >>¹⁷. In tale ipotesi, dunque, il giudice delle leggi perviene a riqualificare in senso pubblicistico l'ente societario – che, quantunque formalmente privato, << può essere assimilato, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici >> – in considerazione non soltanto della partecipazione totalitaria detenuta dall'ente locale, ma anche del fatto – ci pare – che tale ente presentava, secondo quanto previsto da detta normativa regionale, i requisiti per essere qualificato come società *in house*.

In connessione a tale tendenza, volta a riqualificare in senso pubblicistico enti privatizzati o comunque qualificati *ex lege* come privati, occorre richiamare anche una recente decisione dei giudici di Palazzo Spada, riguardante la società di cartolarizzazione immobili pubblici (S.C.I.P. s.r.l.), nella quale si è posto in rilievo come l'esercizio di potestà amministrative da parte di un ente formalmente privato costituisca un elemento rilevante – ancorché non l'unico – su cui far leva ai fini della riqualificazione del soggetto. Tali giudici – che richiamano anche la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004¹⁸ – sembrano,

¹⁵ V. Corte cost. sent. n. 363 del 2003, in <http://www.cortecostituzionale.it>, § 4 del *Considerato in diritto*.

¹⁶ V. Corte cost. sent. n.29 del 2006, in <http://www.cortecostituzionale.it>,

¹⁷ V. Corte cost. sent. n.29 del 2006, cit., § 17 del *Considerato in diritto*.

¹⁸ In senso conforme a tale decisione, v. anche Corte cost. sent. n.191 del 2006 in <http://www.cortecostituzionale.it>.

infatti, attribuire rilievo, ai fini dell'individuazione della natura giuridica 'sostanziale' di tale società, anche al fatto che la stessa agisca in qualità di 'autorità', esercitando poteri autoritativi. Peraltro, dall'analisi della relativa disciplina, sempre ad avviso del medesimo Collegio, deve escludersi che alla stessa società sia riconosciuta alcuna autonomia imprenditoriale e patrimoniale. Tuttavia, in senso contrario alla ricostruzione prospettata dai giudici di Palazzo Spada, può osservarsi come S.C.I.P. s.r.l. fosse, in realtà, tenuta al rispetto di procedure di evidenza pubblica, finalizzate alla dismissione del patrimonio immobiliare dell'Inps, in base ad una specifica norma¹⁹. Di talché, non diversamente da altre fattispecie positivamente disciplinate²⁰, anche S.C.I.P. s.r.l. – pur postulando che fosse una società in mano pubblica, atteso che, secondo i giudici di Palazzo Spada, il suo capitale sociale, in virtù della dazione effettuata a favore di due fondazioni di diritto olandese (*Stichting*) affinché procedessero alla sua costituzione, era stato interamente versato dal Ministero dell'economia e delle finanze – poteva essere considerata, conformemente alla sua qualifica formale, un soggetto privato²¹ esercente potestà amministrative nell'ambito di procedimenti contrattuali ad evidenza pubblica²².

Alla stregua di un ulteriore indirizzo degli stessi giudici amministrativi, le qualificazioni soggettive di matrice comunitaria non possono essere considerate un elemento decisivo per ricostruire, in via interpretativa, la pubblicità sostanziale di un ente nell'ordinamento interno. È questa la tesi che ci sembra sia accolta nella pronuncia in cui i giudici dell'alto Consesso della giustizia amministrativa sottolineano come il fatto che una società << sia integralmente controllata da soggetti pubblici, abbia una missione di carattere

¹⁹ V. l'art. 3, comma 7, D.L. n.351/2001, conv. con mod. dalla l. n.410/2001.

²⁰ Sia consentito ancora rinviare, per una rassegna delle ipotesi in cui soggetti privati, pur non essendo qualificabili come organismi di diritto pubblico né tanto meno riqualificabili come enti sostanzialmente pubblici, esercitano potestà amministrative nell'ambito di procedimenti contrattuali ad evidenza pubblica, ad A. MALTONI, *op. ult. cit.*, spec. 253 s. Da ultimo, v. anche il combinato disposto degli artt.112, commi 5 e 8 e 115 del d.lgs. n.42/2005 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), come sostituiti dall'art. 2, d.lgs. n.156/2006, ove si fa riferimento alla possibilità di costituire soggetti a partecipazione pubblica e privata – che, in mancanza di specifiche indicazioni, è da presumersi che verranno costituiti secondo una delle forme previste dal codice civile – i quali sono tenuti, ex art. 115, comma 3, cit., al rispetto di procedure di evidenza pubblica nell'affidamento in concessione a soggetti terzi delle attività di valorizzazione di beni culturali di appartenenza pubblica.

²¹ In questo senso si era, peraltro, espresso anche il Consiglio di Stato in sede consultiva (v. Cons. Stato, sez. III, 8 luglio 2003, n.2342, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>).

²² La tesi che la connotazione pubblicistica della procedura (propriamente una procedura ad evidenza pubblica) finalizzata alla vendita di un immobile appartenente ad un ente pubblico non viene meno per il fatto che la stessa è gestita da un soggetto terzo << che agisce quale società privata >>, era stata, del resto, accolta dai giudici di prime cure, v. Tar Lazio, sez. II, 19 aprile 2004, n.3367, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

generale da svolgere in regime monopolistico, usando di beni demaniali e fondi pubblici e con obblighi di reimpiego degli utili >> se influisce sulla << natura giuridica della società >>, la quale è da qualificare << come organismo di diritto pubblico ed organismo di tipo *in-house* >>, non la rende assimilabile << ad un ente pubblico istituzionale >>, modulo organizzativo, quest'ultimo, da considerarsi superato in seguito al processo di privatizzazione a cui l'ente *de quo* è stato sottoposto²³. A conclusioni non dissimili pervengono anche i giudici della V sezione del Consiglio di Stato, nella sentenza in cui riconoscono che la s.p.a. Metronapoli, società interamente in mano pubblica, qualificabile come organismo di diritto pubblico, ovvero come impresa pubblica ex art. 2, comma 2, d.lgs. n.358/1995, è sottratta, nell'affidamento di appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, anche al rispetto della normativa di contabilità nazionale, posto che quest'ultima risulta applicabile soltanto alle amministrazioni statali e agli << enti pubblici per i quali ne è stata prevista l'estensione per effetto di norme specifiche >>²⁴.

Pare rappresentare il logico sviluppo della riferita impostazione, un'altra decisione del Consiglio di Stato nella quale, senza attribuire alcuna rilevanza al profilo soggettivo – per quanto si sarebbero potuti rinvenire nella relativa disciplina tutti gli elementi richiesti per la qualificazione dell'ente come organismo di diritto pubblico – si riconosce che l'ente privatizzato INPGI risultava titolare di potestà amministrative discrezionali²⁵.

Non diverse appaiono le premesse da cui muovono i giudici di Palazzo Spada nella decisione riguardante Ferrovie dello Stato s.p.a., nella quale viene posto in rilievo come, ancorché detta società abbia natura privatistica, risulti conferitaria *ex lege* di potestà espropriative, per il fatto che il diritto positivo attribuiva la titolarità delle stesse all'ente pubblico dal quale la stessa società è derivata²⁶.

Da una valutazione d'insieme delle ultime pronunzie testé richiamate sembra potersi pervenire alla conclusione che i giudici del Consiglio di Stato considerano determinati soggetti privati equiparati ad amministrazioni pubbliche, dal punto di vista soltanto funzionale, in virtù di specifiche disposizioni che li sottopongono nella scelta dei contraenti al rispetto di procedure ad evidenza pubblica ovvero gli conferiscono potestà amministrative da espletarsi nell'ambito di procedimenti amministrativi. In altri termini, non viene

²³ V. Cons. Stato, sez. VI, 11 agosto 2005, n.4362, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>

²⁴ V. Cons. stato, sez. V, 18 novembre 2004, n.7554, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>

²⁵ V. Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 2004, n.3005, in *Foro amm./Cons. Stato*, 2005, 1858 s., con nota di M. SPINOZZI, *Giudice amministrativo e soggetti privati: il caso INPGI*. Secondo tali giudici, nonostante l'avvenuta trasformazione dell'ente in ente fondazionale avente natura privatistica, a questo sono imputabili atti sostanzialmente amministrativi esplicazione di poteri autoritativi.

²⁶ V. Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 2004, n.1617, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

riconosciuta specifica rilevanza al fatto che il soggetto sia o meno riqualificabile in modo diverso rispetto a quanto dalla legge previsto (*id est* come ente sostanzialmente pubblico, da correlarsi alla qualificazione dello stesso o come organismo di diritto pubblico o come società *in house*) al fine di giustificare il conferimento a soggetti privati di potestà amministrative.

Da ultimo, deve darsi conto di quell'orientamento che ha riconosciuto che vari enti privati, dal punto di vista tanto formale quanto sostanziale – come ad es. le federazioni sportive²⁷ o gli istituti creditizi incaricati di svolgere attività istruttorie nell'ambito di patti territoriali²⁸, ovvero attinenti ad ausili finanziari pubblici²⁹ – esercitano, in forza di determinate disposizioni legislative, potestà amministrative nell'ambito di procedimenti che si concludono con l'adozione di provvedimenti. Peraltro, in tale ambito, ancorché parrebbe diversa la natura della funzione pubblica conferita³⁰, la giurisprudenza sembra voler far rientrare anche le società organismi di attestazione nel settore dei lavori pubblici (SOA)³¹.

3. La non applicabilità ai soggetti privati che esercitano attività amministrative di regole e principi del diritto amministrativo relativamente alla loro valenza 'organizzativa'

²⁷ V., *ex multis*, sia pure con differenti impostazioni in ordine alle varie questioni oggetto di giudizio: Cons. Stato, sez. VI, 10 ottobre 2002, n.5424, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>; Cass. civ. sez. un., 23 marzo 2004, n. 5775, in <http://www.giustamm.it>; Cons. Stato, sez. VI, 2 luglio 2004, n.5025, in *Foro amm/Cons. Stato*, 2005, 1218 s., con nota di L. FERRARA, *L'ordinamento sportivo e l'ordinamento statale si imparruccano di fronte alla Camera di conciliazione e arbitrato per lo sport*; Tar Lazio, sez. III ter, 7 aprile 2005, in *Foro amm/Tar*, 2005, 1073 s.; Tar Lazio, sez. III ter, 3 giugno 2005, in *I Tar*, 2005, 1779 s.

²⁸ V. Tar Sicilia, sez. II, 2 febbraio 2005, n.114, in *Foro amm./Tar*, 2005, 535 s., in cui si afferma che, con riferimento alla << selezione di iniziative da ammettere al finanziamento connesso ad un patto territoriale, le garanzie procedurali previste dalla l. 7 agosto 1990 n.241 operano anche nei confronti di una società per azioni che ha provveduto all'istruttoria delle istanze di finanziamento quando questa operi non come soggetto privato ma come soggetto tenuto all'istruttoria dello strumento di programmazione negoziata in forza di un rapporto convenzionale intercorrente con la p.a. >>.

²⁹ V. Tar Campania, sez. I, Napoli, 26 ottobre 1998, n.3304, in *I Tar*, 1998, 4565 s.

³⁰ Le SOA sono, infatti, a nostro avviso conferitarie, *ex lege*, di potestà pubbliche che si estrinsecano in certazioni.

³¹ V. *ex multis*: Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n.991, con nota di R. DAMONTE, *Il potere dell'Autorità di vigilanza di annullare in via diretta le attestazioni SOA*, in *Urb e app.*, 2004, 683 s., nonché Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n.993, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>; ID, sez. VI, 7 settembre 2004, n.5843, in *Urb. e app.*, 2005, 184 s.; ID, sez. VI, 30 marzo 2004, nn.2124 e 2125, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

Rimane, ora, da chiedersi se la sottoposizione dell'attività amministrativa dei soggetti privati al rispetto soltanto dei principi indicati all'art. 1, comma 1 della l. n.241/90 determini un diverso regime della stessa rispetto a quello tipico dell'attività autoritativa delle amministrazioni pubbliche. Al riguardo possono prospettarsi due ipotesi ricostruttive.

Può innanzitutto richiamarsi la tesi affacciata in una recente decisione dei giudici di Palazzo Spada, secondo cui, laddove sia la legge a connettere determinati effetti – come ad es. quello di assoggettare a regime di espropriabilità beni di proprietà privata – agli atti compiuti da soggetti privati o privatizzati, trovano applicazione, con riferimento ad essi, << non le forme procedurali dell'azione amministrativa, ma le garanzie sostanziali che esse intendono esprimere >>. L'attività di tali soggetti privati, ad avviso di tali giudici amministrativi, << – quali che siano gli effetti che ad essa la legge riconnette – rimane pur sempre di diritto comune >>, sicché sono << quegli obiettivi di garanzia sostanziale, ed in genere quegli effetti che la legge assicura, nel caso della tradizionale attività amministrativa, attraverso una rigida e formale proceduralizzazione >>, a dover essere assicurati. Ne discende che, quantunque la legge sul procedimento amministrativo non possa applicarsi all'attività di diritto privato – attività che dovrebbe in tal senso qualificarsi in ragione della natura soggettiva dell'agente – occorre << verificare se, nel rispetto del principio di libertà delle forme proprio del diritto privato si sia comunque, in concreto e in punto di fatto, realizzata una ponderazione ed una valutazione delle posizioni dei soggetti destinati ad essere comunque toccati ed incisi dagli effetti di tale attività di diritto privato >>³².

Secondo una diversa impostazione, potrebbe, per contro, rilevarsi che, in base al tenore letterale dello stesso art. 1, comma 1-ter, l. n.241/90, allorché i privati siano preposti all'esercizio di 'attività amministrative', alle stesse dovrebbero applicarsi non soltanto i principi espressamente richiamati all'art. 1, comma 1, l. n.241/90 ma anche, più in generale, tutti quelli costituenti lo statuto proprio della potestà amministrativa. Del resto, non par

³² V. Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 2004, n.1617, cit. In senso adesivo, v. B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo*, in *La nuova legge sul procedimento amministrativo*, in *G.d.A.*, 2005, 474, nonché G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, *ibidem*, 487, secondo il quale l'art. 1, comma 1-ter, l. n.241/90 recepirebbe proprio l'impostazione seguita nella decisione testé richiamata, tenuto conto che detta norma, imponendo ai privati di assicurare il rispetto soltanto dei principi generali dell'azione amministrativa, esonera i privati << dall'integrale osservanza delle singole regole del procedimento amministrativo con le relative formalità >>. Pertanto, ad avviso di tale A., non occorre che trovino applicazione le tecniche di protezione proprie dell'azione amministrativa svolta da amministrazioni pubbliche, posto che i soggetti privati sono soltanto tenuti ad << adottare comportamenti coerenti con il nucleo essenziale >> delle regole procedurali << ove ciò sia necessario a garantirne la conformità ai principi di trasparenza, imparzialità e non discriminazione >>.

dubbio che detta attività dei privati sia sottoposta non soltanto al rispetto dei principi di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza, e ai principi dell'ordinamento comunitario – indicati all'art. 1, comma 1, l. n.241/90 – ma anche ad altri principi comunque desumibili da altri capi della stessa legge³³, e che, a loro volta, tutti questi, non possano considerarsi gli unici principi applicabili all'attività amministrativa procedimentalizzata.

Dovrebbe, inoltre, essere attentamente considerata la circostanza che la legge n.241/90 contiene regole applicabili non soltanto all'attività procedimentalizzata ma anche all'organizzazione amministrativa. A questo riguardo, giova rilevare come agli stessi principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, dei quali molti dei principi codificati dalla l. n.241/90 costituiscono esplicitazione, sia stata da tempo riconosciuta la valenza di regole riguardanti tanto l'azione quanto l'organizzazione³⁴. Al rispetto di tali principi non può che conformarsi, come si desume dalla stessa l. n.241/90, l'attività amministrativa procedimentalizzata sia di pubbliche amministrazioni che di soggetti privati.

Tuttavia, detti principi costituzionali, nella parte in cui esprimono una valenza organizzativa appaiono applicabili soltanto ad entità che siano articolate in pubblici uffici ovvero siano in senso proprio organizzazioni pubbliche.

Analogamente dovrà dirsi per tutte le regole e i principi enucleabili dalla l. n.241/90 (si pensi ad es. al principio della semplificazione amministrativa), che siano (o nella parte in cui siano) riferibili esclusivamente ad organizzazioni amministrative.

Se ciò è esatto, dovrebbe concludersi che l'attività amministrativa dei privati non è sottoposta ad un regime diverso da quello tipico dell'attività procedimentalizzata di amministrazioni pubbliche, posto che non risultano applicabili a detti soggetti soltanto quelle

³³ In tal senso anche A. MASSERA, *I principi dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, spec. 710 s.

³⁴ Come osservava M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, *passim*, spec. 90 s., «< l'art. 97 ha fatto propria sia l'idea dell'amministrazione come potenza morale, viva e reale (efficiente ed elastica) sia il suo corollario che è la naturale disposizione di un potere d'organizzazione (oltre che di una sfera di discrezionalità) >>. La correlazione poi tra organizzazione e attività, ad avviso di tale A., doveva individuarsi nel fatto che la prima svolge una funzione di guida nei confronti della seconda, posto che «< organizzare è sempre ordinare, semplificare, schematizzare o tipicizzare >>. Rileva come la giurisprudenza abbia cercato di trarre «< *quam maxime* >> dal principio di buon andamento e da quello di imparzialità «< regole di immediata precettività >>, G. MORBIDELLI, *Premesse introduttive e principi costituzionali*, in *Diritto amministrativo*, vol. II, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 1998, 1185.

regole della l. n.241/90 che abbiano (o nella parte in cui abbiano) una valenza organizzativa³⁵, in ragione del fatto che i medesimi non sono organizzazioni pubbliche.

Ne consegue che i soggetti privati, che siano conferitari di potestà amministrative (*id est* agiscano come privati-autorità), possono sì risultare equiparati ad amministrazioni pubbliche ma soltanto dal punto di vista funzionale. Che sotto tale profilo detta equiparazione risulti peraltro imposta sembra discendere oltre che dal diritto positivo – che impone la procedimentalizzazione di un segmento della loro attività – anche dall’esigenza di evitare che il conferimento ai privati di potestà amministrative determini una menomazione di quelle garanzie sostanziali – da assicurarsi in sede tanto procedimentale quanto giurisdizionale – riconosciute ai cittadini dalla Costituzione³⁶.

Sotto altro profilo, da siffatta limitazione dell’equiparabilità di detti privati a p.a. dovrebbero, logicamente, desumersi l’illegittimità costituzionale di quelle disposizioni che estendono a soggetti privati regole tipicamente applicabili a organizzazioni pubbliche. È il caso ad esempio dell’art. 12, comma 2, d.lgs. n.288/03 che impone agli enti di diritto privato-IRCSS (istituti di ricovero e cura a carattere scientifico) di esperire procedure selettive pubbliche per l’assunzione del personale. Occorre, infatti, considerare che, a norma dell’art. 97, comma 3 Cost., si accede mediante pubblico concorso agli impieghi presso le pubbliche amministrazioni. Tale disposto costituzionale sembra dunque porre un limite al legislatore ordinario, nel senso che questi è tenuto a disporre, in linea di principio³⁷, che la regola del pubblico concorso trova applicazione soltanto relativamente all’assunzione del personale di organizzazioni amministrative. In tale prospettiva, il legislatore non potrebbe

³⁵ Del resto, sembra potersi richiamare sul punto quanto, più in generale, osservato da S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell’attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, spec. 448 s., secondo il quale: << la rilevanza costituzionale del procedimento come forma della funzione, non comporta, tuttavia, che siano da considerare costituzionalmente necessarie (tutte) le regole delle legge n. 241 del 1990 >>.

³⁶ Come ha, peraltro, affermato di recente il giudice delle leggi (v. Corte cost., sent. n.104 del 2006, in <http://www.cortecostituzionale.it>) la pubblicità del procedimento amministrativo oltre a costituire un principio del patrimonio costituzionale comune dei paesi europei e un principio codificato dall’art. 253 del Trattato Ce, ha assunto, specie dopo l’entrata in vigore della l. n.241/90 << il valore di un principio generale >> che attua non soltanto i canoni di imparzialità e buon andamento ma anche la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come ad es. il diritto di difesa (artt. 24 e 113 Cost.). Interessi che – a nostro avviso – non possono risultare menomati per il solo fatto che all’esercizio di funzioni amministrative siano preposti soggetti privati invece che pubbliche amministrazioni. Per maggiori approfondimenti sul punto, sia ancora consentito rinviare ad A. MALTONI, *op. cit.*, 87 s., 424 s. e 467 s.

³⁷ L’art. 97 Cost. fa comunque salva la possibilità che la legge stabilisca casi in cui tale regola non si applica.

dunque discrezionalmente estendere a soggetti privati, che dal punto di vista organizzativo non possono essere equiparati ad amministrazioni pubbliche, regole riferibili in via esclusiva ad organizzazioni amministrative pubbliche.

Quantunque non possa condividersi – per le ragioni già esposte – la tendenza della giurisprudenza a riqualificare in senso pubblicistico enti privati in mano pubblica, atteso che, in molti casi, gli effetti che ne derivano appaiono eccedenti rispetto alle finalità perseguite dagli stessi giudici, sembra doversi sussumere entro questo schema logico la decisione della Corte costituzionale³⁸ con cui è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento ad una disposizione legislativa regionale, la quale prevede che << le società a capitale interamente pubblico, affidatarie del servizio pubblico, sono obbligate al rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente >>. La Corte ha rigettato, infatti, detta questione, sulla base del rilievo che la disposizione testé richiamata << non è volta a porre limitazioni alla capacità di agire delle persone giuridiche private, bensì a dare applicazione al principio di cui all'art. 97 della Costituzione rispetto ad una società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici >>³⁹. Ancora una volta sembra dunque essere la possibilità di riqualificare il soggetto – in ragione del fatto che lo schermo formale non impedisce di snidare la 'sostanza pubblicistica' di un ente⁴⁰ – a condurre all'estensione al medesimo di regole applicabili soltanto ad organizzazioni amministrative.

4. Segue: il regime di diritto amministrativo delle attività dei soggetti privati tenuti al rispetto di procedure ad evidenza pubblica

Nell'indicata prospettiva sembra allora doversi collocare l'art. 1, comma 1-ter, l. n.241/90, a norma del quale i privati esercenti attività amministrative sono tenuti ad

³⁸ V. Corte cost. sent. n.29 del 2006, in <http://www.cortecostituzionale.it>.

³⁹ V. Corte cost. sent. n.29 del 2006, cit.

⁴⁰ La Corte nel caso *de quo* – laddove puntualizza che si tratta di una società formalmente privata e che occorre distinguere tra privatizzazione formale e privatizzazione sostanziale (v. § 17. del *Considerato in diritto*) – sembra condividere la tesi propugnata dalla difesa regionale, secondo cui, con riguardo alle società a capitale interamente pubblico, occorre tener << distinto l'aspetto formale da quello sostanziale, di modo che il ricorso, da parte degli enti pubblici, a forme organizzative proprie del diritto privato, non vale a dissolverne la natura pubblicistica >>, v. § 12. del *Ritenuto in fatto*.

osservare i principi codificati dalla legge sul procedimento amministrativo, nonché – come si è argomentato – tutti quelli comunque attinenti alla funzione amministrativa⁴¹.

Si tratta di una disposizione che, dal punto di vista soggettivo, appare riferibile a tutti i privati, tali solo formalmente o anche sostanzialmente, a prescindere dunque dalla loro ‘successiva’ riqualificazione in senso pubblicistico. Quanto all’ambito oggettivo di riferimento della disposizione richiamata, sembrerebbe – in considerazione del contesto normativo in cui trova collocazione – circoscritto alle attività amministrative procedimentalizzate destinate a concludersi con l’adozione di un provvedimento espresso, ovvero di un accordo sostitutivo del medesimo.

Per vero – come subito si chiarirà – pare appropriato considerare come attività amministrativa procedimentalizzata anche quella preordinata alla scelta del contraente da parte di soggetti privati tenuti all’osservanza di procedure ad evidenza pubblica, ancorché queste si concludano con un atto di aggiudicazione.

Tuttavia, prima di verificare la fondatezza di tale assunto, conviene soffermarsi su una recentissima decisione della Corte costituzionale, nella quale si è stabilito che il principio individuato dall’art. 2, comma 5, l. n.109/94 (v. ora l’art. 32, comma 1, lett. g, d.lgs. n.163/2006 recante il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) trova applicazione anche con riguardo alla fattispecie di cui all’art. 11, comma 3, l.r. n. 12/2005 della Lombardia, a norma del quale i privati proprietari di aree destinate ad essere espropriate per la realizzazione di attrezzature e servizi pubblici possono stipulare un accordo con il Comune competente, con cui si stabilisce che il proprietario realizza << direttamente gli interventi di interesse pubblico o generale, mediante accreditamento o stipulazione di convenzione con il Comune per la gestione del servizio >>⁴².

Ai fini che qui interessano, giova rilevare come, in tale pronuncia, il giudice delle leggi riconosca espressamente che la regola di matrice comunitaria, che assoggetta

⁴¹ Per l’osservazione che il diritto amministrativo si compone anche di principi generali non scritti inerenti all’esercizio della potestà amministrativa, v., per tutti, G. MORBIDELLI, *Legittimità e legalità nell’attività amministrativa (con particolare riguardo alla disciplina dell’abuso d’ufficio)*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di G. Abbamonte*, Napoli, 1999, spec. 1023. Da ultimo, in seguito alla riforma della l. n.241/90, v. anche A. POLICE, *Commento all’art. 1, comma 1, l. n.241/90*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n.241/1990 riformata dalle leggi n.15/2005 e n.80/2005*, (a cura di), N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, Torino, 2005, spec. 68 s.

⁴² V. Corte cost. sent. n.129 del 2006, in <http://www.cortecostituzionale.it>. La Corte chiarisce, peraltro, che si tratta di accordi a titolo oneroso, dai quali derivano per le parti contraenti diritti e obblighi reciproci, che consentono al proprietario espropriando, in particolare, di mantenere la proprietà dell’area e di ottenere la gestione del servizio previsto in cambio della realizzazione diretta degli interventi necessari.

determinati soggetti privati all'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, costituisce un principio di portata generale, in quanto risulta applicabile non soltanto ai casi contemplati dalla fattispecie che espressamente lo richiama – la quale prevede che i soggetti privati, titolari di un permesso di costruire che assumano in via diretta l'esecuzione di opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio di detto permesso⁴³ sono tenuti al rispetto di dette procedure – ma anche con riferimento a tutte quelle ipotesi a questa assimilabili, in cui, come nel caso di specie, in base ad una disposizione legislativa, sia, ad esempio, << conferito ad un privato il compito di realizzare direttamente l'opera necessaria per la successiva prestazione del servizio pubblico, la cui gestione può essere affidata, mediante convenzione, al privato stesso >>⁴⁴.

⁴³ Come stabilisce ora l'art. 32, comma 1, lett. g), d.lgs. n.163/06.

⁴⁴ V. Corte cost. sent. n.129 del 2006, cit. La Consulta puntualizza altresì che il ricorso a procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente non è da ritenersi incompatibile con gli accordi tra privati e pubblica amministrazione, in ragione del fatto che << la possibilità che tali procedure siano svolte dagli stessi privati risulta già ammessa nell'ordinamento >>, come, del resto, ha riconosciuto anche la Corte di Giustizia (v. Corte di Giustizia Ce, sez. VI, sent. 12 luglio 2001, in causa C-399/98, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 815 s., con commento di M. A. QUAGLIA, *Le opere di urbanizzazione tra convenzioni urbanistiche e procedure di evidenza pubblica*). Desta, tuttavia, perplessità l'affermazione del giudice delle leggi nella decisione *de qua* – che sul punto riprende pedissequamente una statuizione contenuta nella motivazione dell'indicata sentenza della Corte di Giustizia – secondo cui sono sottoposti all'obbligo di esperire procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente anche quei soggetti privati che assumano la veste di “titolari di un mandato espresso”. Si tratta, a ben vedere, di una locuzione da reputarsi ‘atecnica’, non essendo idonea a individuare il titolo in base al quale tali privati risultino investiti di potestà pubbliche. Si consideri, infatti, che gli stessi giudici di Lussemburgo nella richiamata decisione – in seguito alla quale il legislatore italiano è intervenuto con la l. n.166/02, la quale ha, tra l'altro, modificato l'art. 2, l. n.109/94 – si erano limitati a rilevare che sarebbe stato possibile garantire il rispetto della direttiva 93/37/CEE, in caso di realizzazione di un'opera di urbanizzazione, anche mediante una previsione normativa nazionale in base alla quale si fosse conferito all'amministrazione comunale << il potere di obbligare il lottizzante titolare della concessione, mediante accordi stipulati con questo a realizzare le opere pattuite ricorrendo alle procedure previste dalla direttiva >>, e ciò al fine di garantire il rispetto degli << obblighi incombenti in proposito all'amministrazione comunale in forza della direttiva medesima >>. Non sembra, tuttavia, che, in ossequio al principio di legalità, siano rinvenibili nella normativa nazionale indicazioni circa la sussistenza di uno specifico titolo in base al quale l'amministrazione comunale sia legittimata a sottoporre al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica soggetti privati che affidino appalti inerenti alla realizzazione di tali opere (*id est* a conferirgli potestà pubbliche); è, invece, da ritenere che – laddove le singole leggi lo consentano – alla stessa p.a. spetti la decisione se realizzare direttamente determinate opere ovvero disporre, in sede pattizia, che siano i privati titolari del permesso di costruire o anche i proprietari di appezzamenti di terreno a realizzarle. In quest'ultimo caso è la legge a sottoporre tali privati, laddove le singole opere siano di rilevanza comunitaria, all'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica nell'affidamento degli appalti, sicché gli stessi risultano conferitari *ex lege* di potestà amministrative.

Diverse sono, peraltro, le disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici che confermano la sottoposizione anche di soggetti privati, non qualificabili come organismi di diritto pubblico, alle regole dell'evidenza pubblica nell'affidamento di appalti pubblici. Più precisamente, all'art. 3, commi 29-33 del Codice mentre, da un lato, vengono individuate diverse categorie di soggetti privati tenuti – sia pure in modo differenziato – al rispetto di varie disposizioni del medesimo Codice (segnatamente gli “enti aggiudicatori” operanti nei c.d. settori speciali, gli “altri soggetti aggiudicatori” che agiscono nei settori ordinari, i “soggetti aggiudicatori” che operano nel settore dei lavori relativi alle infrastrutture strategiche e agli insediamenti produttivi), dall'altro, si precisa che al concetto di stazione appaltante, utilizzato nella disciplina *de qua*, debbono ricondursi tanto le amministrazioni aggiudicatrici quanto “gli altri soggetti aggiudicatori” che affidino appalti pubblici di rilevanza comunitaria nei settori ordinari. Con riferimento a questi ultimi, l'art. 32, comma 1 del Codice individua varie tipologie di soggetti privati - in particolare alle lettere b), c), d), e), f), g), h)⁴⁵ - la cui attività di scelta del contraente è sottoposta, quantunque secondo differenti blocchi di disposizioni, al rispetto di procedure ad evidenza pubblica. Anche

⁴⁵ Si tratta, in particolare: dei concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, nei limiti stabiliti dall'art. 142; delle società con capitale, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno per oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società di cui agli articoli 113, 113 *bis*, 115 e 116 d.lgs. n. 267/00; dei soggetti privati che affidino i lavori indicati nell'allegato I, ovvero i lavori di edilizia relativi ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari, edifici destinati a funzioni pubbliche amministrative, di importo superiore a un milione di euro, per la cui realizzazione sia previsto, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50 per cento dell'importo dei lavori; dei soggetti privati che affidino appalti di servizi relativamente ai servizi il cui valore stimato, al netto dell'i.v.a. sia pari o superiore a 211.000 euro, allorché tali appalti siano connessi ad un appalto di lavori di cui alla precedente lettera d), e per i quali sia previsto, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50 per cento dell'importo dei servizi; dei concessionari di servizi che affidino lavori pubblici strettamente strumentali alla gestione del servizio e allorquando le opere pubbliche diventino di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice; dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumano in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'art. 16, comma 2, d.P.R. n. 380/2001 e dell'art. 28, comma 5, l. n. 1150/1942 ovvero che, su richiesta dell'amministrazione che rilascia detto permesso, assumano la veste di promotori e indicano, in qualità di stazioni appaltanti, la relativa gara; degli enti aggiudicatori - operanti in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro in uno dei settori speciali, senza essere amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche - che affidino appalti, i quali, ancorché destinati all'esercizio di più attività, siano sottoposti alle norme previste per gli appalti pubblici nei settori ordinari.

determinati soggetti privati, rientranti nel novero degli “altri soggetti aggiudicatori” – che non sono qualificabili come organismi di diritto pubblico – risultano dunque sottoposti al rispetto delle regole dell’evidenza pubblica nell’affidamento di appalti pubblici di importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

Peraltro, proprio in virtù del rinvio alle disposizioni della parte I, contenuto all’art. 32, comma 1, risulta applicabile all’attività di scelta del contraente dei predetti soggetti anche l’art. 2 del Codice dei contratti pubblici. Detta norma – che individua i principi comuni – dispone non soltanto che l’affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture debba avvenire nel rispetto dei principi di libera concorrenza, di parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza, di proporzionalità, di pubblicità, secondo le modalità indicate dal Codice stesso, ma anche che << per quanto non espressamente previsto nel presente codice, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n.241 >>.

Per vero, la giurisprudenza amministrativa aveva da tempo esteso all’attività di scelta del contraente l’applicazione dei principi della l. n.241/90, quantunque non di tutte le regole che la stessa legge detta⁴⁶.

Si può ora osservare che se, da un canto, come si è detto, l’attività amministrativa, a norma dell’art. 1, comma 1, l. n.241/90, deve essere conforme ai principi comunitari⁴⁷, dall’altro, l’attività di scelta del contraente nell’affidamento di appalti pubblici viene espressamente vincolata dal diritto positivo al rispetto tanto dei principi comunitari e delle regole di matrice comunitaria, quanto delle disposizioni della l. n.241/90 che alla stessa siano applicabili in via integrativa. Risultano altresì escluse dalla predetta estensione delle disposizioni della legge sul procedimento amministrativo alle procedure di affidamento degli

⁴⁶ V. sul punto: V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, spec. 243 ss. In particolare, la sottoposizione dell’attività privatistica della p.a. ai principi di imparzialità e di tutela dei terzi avrebbe condotto a ravvisare “*nel potere amministrativo lo strumento capace di garantirne l’applicazione*”, così ID, *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I, Padova, 1998, spec. 574 s.

⁴⁷ Tuttavia, come avverte opportunamente A. MASSERA, *op. cit.*, 753 e 758, occorre tener conto, da un lato, che non vi è una << completa sovrapposizione del discorso che svolge i principi generali a livello comunitario rispetto a quello che svolge gli stessi principi a livello nazionale >>, e, dall’altro, che il rinvio ai principi comunitari potrà aprire la strada a mutamenti del nostro ordinamento derivanti dal processo di integrazione in senso tanto verticale quanto “laterale”.

appalti pubblici degli enti privati qualificabili come “altri soggetti aggiudicatori” – per le ragioni già esposte⁴⁸ – le regole che siano riferibili soltanto ad organizzazioni pubbliche.

Dal raccordo tra le richiamate disposizioni della l. n.241/90 e del Codice dei contratti pubblici scaturisce, in definitiva, la codifica di un duplice processo osmotico, da tempo realizzato ad opera della giurisprudenza, riguardante l'attività autoritativa e l'attività preordinata alla scelta del contraente: mentre, infatti, la prima è stata per così dire ‘comunitarizzata’⁴⁹, la seconda ha subito un processo di assimilazione all'attività amministrativa procedimentalizzata. Da ciò consegue che i privati sono da reputarsi conferitari di potestà amministrative – sempre che, nel rispetto del principio di legalità, sia rinvenibile un idoneo titolo di investitura – tanto nel caso che queste sfocino nell'adozione di provvedimenti, quanto nell'ipotesi che le stesse si estrinsechino in una serie di atti amministrativi preordinati alla scelta del contraente nell'ambito di procedimenti ad evidenza pubblica⁵⁰.

⁴⁸ V. *supra* § 3.

⁴⁹ Come ha posto in rilievo parte della dottrina (v. G. MORBIDELLI, *Il procedimento*, in *Diritto amministrativo*, cit. 1227-1228) il diritto comunitario, costituito anche dai principi generali enucleati dalla Corte di giustizia, permea la disciplina del procedimento amministrativo. Secondo, tuttavia, S. CIVITARESE MATEUCCI, *op. cit.*, 452, il richiamo ai principi comunitari, previsto dall'art. 1, del d.d.l. A.S. n.1281 (divenuto l'art. 1, comma 1, l. n.241/90, in seguito alle modifiche allo stesso apportate dalla l. n.15/05) determina l'applicazione di tali principi « anche a quella parte dell'attività amministrativa, tutto sommato ancora cospicua, non costituente esecuzione di discipline comunitarie ». Di diverso avviso è A. POLICE, *Commento all'art.1, comma 1, l. n.241/90, cit.*, 49-50, per il quale detto riferimento ai principi comunitari non assume portata innovativa sul sistema generale dei principi dell'azione amministrativa, posto che « tali principi trovano il loro fondamento e la loro forza cogente per l'attività amministrativa (anche nazionale) in altre previsioni normative ».

⁵⁰ Come sottolinea F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, spec. 666, 678 e 688, il fatto che all'art. 1, comma 1-bis, l. n.241/90, si specifichi che « la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente », presuppone che vi siano atti dell'amministrazione – e aggiungiamo noi di soggetti alla stessa equiparati, in quanto tenuti al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica – « cui viene applicato il regime dei provvedimenti, e che tuttavia non sono provvedimenti nel senso stretto del termine ». Sempre tale A. ricorda poi come sia prevalso quell'orientamento interpretativo che ravvisa nelle disposizioni relative alle procedure ad evidenza pubblica che debbono essere seguite « gli elementi costitutivi di uno speciale regime degli atti dell'amministrazione stessa, che resta tale qualunque sia lo strumento giuridico che questi atti pongono in essere ». In altri termini, « nella disciplina degli atti – e quindi del concetto di legittimità amministrativa – e non soltanto nella tecnica di tutela messa nelle mani del giudice, risiede il nucleo della pubblicità », anche tenuto conto che ciò risulta connesso con la questione della tutela dei terzi. Questione, questa, che attiene alla « sostanza degli obblighi che gravano sull'amministrazione riguardo al modo del decidere e del motivare le proprie decisioni », sicché risulta difficile trasferire la tutela dei cittadini contro gli atti dell'amministrazione nell'ambito di un rapporto privatistico.