

I soggetti privati ex art. 1, comma 1 ter della legge n. 241/1990 dopo le recenti modifiche alla disciplina del procedimento amministrativo recate dalla legge n. 69/2009

di NICCOLÒ PECCHIOLI*

SOMMARIO: Premessa. - 1. L'ambito di applicazione dell'art. 1 comma 1 ter della legge 241/1990 dopo l'entrata in vigore della legge 69/2009. - 2. Le attività amministrative rientranti nella norma di cui all'art. 1 comma 1 ter della legge 241/1990. - 3. I soggetti privati esercenti potestà amministrative destinate a concludersi con l'adozione di un provvedimento finale. - 3.1 I concessionari di opere e servizi pubblici titolari di potestà espropriative. - 3.2 Le federazioni sportive. - 3.3 Gli enti svolgenti attività istruttorie nell'ambito di patti territoriali e contratti d'area ovvero preordinate all'erogazione di ausili finanziari pubblici. - 3.4 Le SOA (Società organismi di attestazione). - 4. I soggetti privati tenuti al rispetto di regole di evidenza pubblica nella scelta del contraente. - 4.1 Le categorie del codice dei contratti in relazione ai soggetti privati svolgenti attività di rilievo pubblico: "organismi di diritto pubblico" e "soggetti aggiudicatori". - 4.2 I privati operanti come "organismi di diritto pubblico". - 4.3 I privati operanti come "soggetti aggiudicatori". - 4.3.1 L'affidamento di lavori per i quali è previsto il finanziamento pubblico. - 4.3.2 La realizzazione da parte dei privati delle opere di urbanizzazione a scomputo. - 5. Conclusioni.

Premessa

La recente legge 18 giugno 2009 n. 69, recante "*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, nonché in materia di processo civile*", presenta un contenuto quantomai eterogeneo e frammentario, prevedendo modifiche alla disciplina di vari istituti ed introducendo plurimi procedimenti amministrativi speciali.

Tuttavia, ciò che in questa sede interessa è che tale legge apporta variazioni anche in merito alle regole generali che governano l'azione amministrativa: viene espressamente richiamato il principio costituzionale secondo cui detta azione deve

* Dottore di Ricerca dell'Istituto Universitario Europeo.

svolgersi con imparzialità, oltre che con l'osservanza degli altri principi già richiamati nell'art. 1 della legge 7 agosto 1990 n. 241 (d'ora in avanti anche: "legge 241"). Viene altresì stabilito che il procedimento deve compiersi in tempi certi, determinati in ragione delle materie considerate e della sua complessità. I rimedi contro l'omissione ovvero il ritardo nel provvedere sono affidati al rito camerale dinanzi al giudice amministrativo, che, per taluni aspetti, può conoscere anche della fondatezza dell'istanza. Sempre nel quadro della disciplina generale dell'azione amministrativa, assumono inoltre particolare rilievo le sanzioni nei confronti dei dirigenti che non rispettano le norme sulla conclusione del procedimento, e le previsioni invece premianti nei confronti dei comportamenti che i medesimi assumano con la dovuta diligenza. Dall'intempestivo agire dell'amministrazione deriva infine la possibilità di un'azione in giudizio dinanzi al giudice amministrativo per il ristoro dei danni subiti.

Tutte le suddette modifiche sono contenute nell'art. 7 della legge 69/2009.

Ai nostri fini, interessa peraltro evidenziare che il comma 1, lett. a) del citato articolo specificamente modifica il comma 1 ter dell'art. 1 della legge 241, inserendo nella norma il sintagma "*dei criteri e*", con cui si compie il raccordo formale tra la disposizione in parola e quella del comma 1 del medesimo art. 1 della legge 241, il quale come noto stabilisce che l'attività amministrativa "*è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza nonché dai principi dell'ordinamento comunitario*".

L'attuale formulazione del comma 1 ter è dunque la seguente: "*I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrativa assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1*": viene così corretta la precedente incongruenza testuale, che col rinvio al comma 1 evocava i "principi" ma non anche i "criteri", che invece, come ben noto, erano (e sono) richiamati in quella disposizione non solo in generale, cioè come categoria giuridica, ma anche singolarmente.

Più in concreto, quanto alla norma di cui all'art. 1, comma 1 ter della legge 241, su cui cercherà di concentrarsi il presente studio, può dirsi che essa intende evocare un

fenomeno giuridico già da tempo valorosamente studiato, che è quello del c.d. “esercizio privato di funzioni pubbliche”¹; formula, quest’ultima, probabilmente dotata di valore eminentemente descrittivo, giacché sul piano tecnico-dogmatico il fenomeno in parola si caratterizza per l’assoluta eterogeneità delle fattispecie, che rendono quanto mai difficoltoso, se non addirittura “*inutile*”², offrirne un approccio ricostruttivo sistematizzante.

A ciò si aggiunga che, pur attenendo la disposizione ex art. 1 comma 1 ter legge 241 al versante dell’attività, non foss’altro perché riguarda i criteri e i principi cui devono conformarsi i soggetti privati nell’esercizio appunto di “*attività amministrative*”, abbiamo ritenuto di orientare il presente lavoro sul versante dell’organizzazione, cioè della concreta individuazione “casistica” di quei soggetti, il che, unitamente alla strutturale eterogeneità della materia, ci ha definitivamente indotto ad impostare essenzialmente una rassegna, meramente esemplificativa e quindi senza alcuna

¹ E’ ben noto che, in dottrina, particolare merito per aver affrontato, ormai in anni lontani, lo studio dell’esercizio privato di funzioni pubbliche, deve essere riconosciuto a G. Zanobini, *L’esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. Orlando (a cura di), *Diritto amministrativo italiano*, Milano, 1935, vol. II, p. III, p. 422 e ss; Id, *L’esercizio privato delle pubbliche funzioni e l’organizzazione degli enti pubblici in Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 87 s.s.; v. anche G. Miele, *Distinzione tra ente pubblico e privato*, da *Studi in memoria di R. Ferrara*, Milano, 1943, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, 376 e ss. In ogni caso, per un’ampia e ragionata ricostruzione dei contributi degli Autori che, per primi, si sono occupati del tema, v. F. De Leonardis, *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell’esercizio privato di funzioni pubbliche*, in *Dir. Amm.*, 1995, n. 3, 347-414. Peraltro, la problematica dell’esercizio privato è stata ulteriormente approfondita dallo stesso Autore in un’opera monografica, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell’interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000, cui si rinvia per uno studio analitico della materia, nel quale dalla suddetta ricostruzione si riparte per esaminare la problematica dei soggetti privatizzati (enti previdenziali, enti lirici, fondazioni ex bancarie, società per azioni derivanti da privatizzazione di enti pubblici economici) ed altre figure soggettive particolari (il concessionario del servizio elettrico e quello del servizio pubblico radiotelevisivo, la C.R.I.), per poi analizzare alcune ipotesi esemplificative di soggetti privati costituiti per la cura di interessi generali, tra le quali si ritrovano talune di quelle evocate ai fini del nostro studio. Oltre ai citati studi di De Leonardis, v. in tempi più recenti A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005 e, più genericamente, G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.

² Il riferimento è all’icastica posizione di F. Satta, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIII, 1989, 1, secondo il quale “è impossibile, oltre che inutile, cercare di individuare tratti comuni alle diverse ipotesi di servizio o funzione pubblici, svolti dai privati in modo da delineare una fattispecie tipica, una sorta di massimo comune denominatore dei diversi casi, sì da farne un vero e proprio istituto giuridico”.

pretesa di completezza, delle possibili figure soggettive riconducibili alla disposizione in esame, auspicando che non si sarebbe comunque trattato di un lavoro soltanto compilativo, dato che esso è - per la sua interezza - percorso dall'unico sforzo di sistematizzazione realmente possibile, ossia il collegamento della casistica esaminata ai modelli organizzatori dell'azione amministrativa, con particolare riferimento alla dicotomia pubblico-privato.

1. L'ambito di applicazione dell'art. 1 comma 1 ter della legge 241/1990 dopo l'entrata in vigore della legge 69/2009

L'art. 10 comma 1, lett. b) della legge n. 69/2009, cercando di superare i pregressi contrasti interpretativi³, ha riscritto il comma 1 dell'art. 29 della legge 241, che oggi risulta dunque così formulato: *“Le disposizioni della presente legge si applicano alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali. Le disposizioni della presente legge si applicano, altresì, alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative. Le disposizioni di cui agli articoli 2-bis, 11, 15 e 25, commi 5, 5-bis e 6, nonché quelle del capo IV-bis si applicano a tutte le amministrazioni pubbliche”*.

Si tratta all'evidenza di una norma molto diversa da quella che era contenuta nel previgente art. 29; l'intento dello *jus superveniens* è stato infatti quello di definire, piuttosto dettagliatamente, l'ambito soggettivo di applicazione del *corpus* normativo costituito dalla legge 241⁴.

Ed invero, questa delimitazione di confini interessa anche nella presente sede, dato che a nostro avviso consente per la prima volta di individuare, pur solo “per

³ Sui quali v. per tutti il recentissimo lavoro di G. Morbidelli, *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo* in *www.giustamm.it*, 2010, n. 3, ove l'Autore compie un'ampia disamina, aggiornata alla novella del 2009, di tutte le questioni interpretative che ruotano intorno a questa disposizione, anche e soprattutto con riferimento al rapporto tra principi e regole del procedimento amministrativo e competenze delle Regioni in materia.

⁴ In termini generali, sul “nuovo” art. 29 della legge 241/1990, v. C. Calvieri, *sub art. 29* in A. Bartolini, S. Fantini, G. Ferrari, *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 757 s.s.; S. Toschei, *Tutela degli interessati nei procedimenti amministrativi e competenza delle Regioni e degli enti locali*, in AA.VV., *I nuovi procedimenti amministrativi*, Milano, 2009, 129 s.s.

differenza”, l’esatto ambito di applicazione della norma di cui all’art 1, comma 1 ter della legge 241, il che potrà auspicabilmente risolvere lo stato di incertezza, se non addirittura di confusione finora regnante in materia.

Infatti, il citato art. 29 individua tutte le entità organizzative tenute all’applicazione integrale o parziale delle disposizioni della legge 241, a tal scopo evocando le “*amministrazioni statali*”, gli “*enti pubblici nazionali*”, le “*società con totale o prevalente capitale pubblico*”⁵ ed infine, con espressione omnicomprensiva di chiusura, “*tutte le amministrazioni pubbliche*”, quali soggetti chiamati all’applicazione delle sole norme della legge 241 testualmente indicate (artt. 2 bis, 11, 15 e 25, commi 5, 5-bis e 6, nonché quelle del capo IV-bis).

Dal canto suo l’art. 2 bis della legge 241, introdotto dall’art. 7, comma 1, lett. c) della legge n. 69/2009, riprende quest’ultima nozione di amministrazioni pubbliche al fine di prescrivere per esse, oltre che testualmente per i “*soggetti di cui all’art. 1, comma 1 ter*”, l’obbligo di risarcire “*il danno ingiusto cagionato in conseguenza dell’inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*”.

Tale norma, dunque, mentre da un lato conferma la valenza generale e riassuntiva dell’espressione “*amministrazioni pubbliche*” utilizzata dall’art. 29, del resto in piena coerenza concettuale - anche se non lessicale - con l’ampia portata già attribuitale dall’art. 22, comma 1, lett. e) della legge 241 in tema di diritto di accesso, esplicita dall’altro lato che i soggetti di cui all’art. 1 comma 1 ter non sono invece compresi in tale espressione, ché altrimenti non avrebbe senso menzionarli specificamente come titolari, insieme appunto alle “*amministrazioni pubbliche*”, degli obblighi risarcitori correlati al ritardo nella conclusione del procedimento.

⁵ Per G. Morbidelli, *In tema di art. 29 cit.*, la disposizione dell’art. 29 che stabilisce l’applicazione della legge 241 alle società miste a totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all’esercizio delle funzioni amministrative da esse svolte, “*è riconducibile all’ordinamento civile E ciò sulla considerazione che il regime delle funzioni amministrative di tali società, fa parte dell’ordinamento (civile) della società stessa. E’ infatti una caratteristica delle società a capitale pubblico (così come gli artt. 2455 e ss. cod. civ.)*”. Da questa affermazione l’Autore ricava quindi l’importante conseguenza che le società in parola, destinatarie di tutte le disposizioni della legge 241, non sono solo quelle a capitale pubblico statale, ma anche quelle a capitale pubblico regionale o locale.

Il combinato disposto di queste due nuove disposizioni, l'art. 29 comma 1 e l'art. 2 bis della legge 241, come sopra accennato consente dunque a nostro giudizio di dedurre per la prima volta con chiarezza, direttamente dal dato legislativo, l'ambito di applicazione tanto soggettivo quanto oggettivo dell'art. 1 comma 1 ter.

Orbene, quanto all'oggetto della norma, essa ha certamente riguardo all'esercizio di attività amministrativa procedimentalizzata, come dimostra la sussistenza ex art. 2 bis di un espresso obbligo risarcitorio in caso di inosservanza del termine per la conclusione del procedimento. Vedremo poi oltre, più ampiamente, quale sia la principale implicazione di questo primo dato.

In secondo luogo, ossia in riferimento all'ambito soggettivo di applicazione della norma, esso può finalmente oggi essere individuato con maggiore certezza, in quanto proviene appunto "per differenza" dal disposto della norma di chiusura contenuta nell'art. 29 comma 1, in combinato disposto con quella di cui all'art. 2 bis: i soggetti privati in parola non sono le società a totale o prevalente capitale pubblico, che, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative, hanno l'obbligo di applicare tutte le disposizioni contenute nella legge 241, nessuna esclusa (art. 29, comma 1, legge 241); non sono tuttavia neppure "*i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario*" (art. 22, comma 1, lett. e) della legge 241), nei termini e nei limiti in cui almeno alcuni di tali soggetti, pur formalmente privati, possano tuttavia risultare sostanzialmente pubblici, per effetto del processo di riqualificazione compiuto dalla giurisprudenza (su cui v. *infra*).

Deve dunque trattarsi di "veri" soggetti privati, come parte della dottrina aveva chiaramente intuito anche prima della riforma attuata con la legge n. 69/2009, che tali cioè siano sul piano formale come sostanziale, e che quindi si muovano in un contesto organizzativo privatistico, e per regola nel perseguimento di interessi propri; e tuttavia, in determinate circostanze, puntualmente individuate dalla legge, siano chiamati all'esercizio di funzioni amministrative, e, in conseguenza, assoggettati alla

relativa disciplina giuridica, sia sul versante sostanziale, sia su quello della tutela⁶. Naturalmente, tali soggetti privati non coincidono neppure con quelli chiamati allo “*svolgimento di attività di interesse generale*” evocati dall’art. 118, IV° comma Cost., poiché dette attività devono essere favorite dai pubblici poteri “*sulla base del principio di sussidiarietà*” (c.d. sussidiarietà orizzontale o sociale) e quindi muovono da una imprescindibile base solidaristica⁷.

Chi sono dunque questi “veri” soggetti privati?

Come si è accennato sopra, per quanto la formula utilizzata dal legislatore sia obbiettivamente indefinita e quindi ambigua, non si tratta dei “*privati tali solo formalmente o anche sostanzialmente*”⁸; sono invece i soggetti formalmente e

⁶ In questi termini v. già V. Cerulli Irelli, *Pubblico e privato nell’organizzazione amministrativa* in S. Raimondi, R. Ursi (a cura di) *Fondazioni e attività amministrativa*, Atti del convegno di Palermo 13 maggio 2005, Torino, 2006.

⁷ La sopra richiamata norma costituzionale consente semmai di ritenere in generale acquisito nel nostro ordinamento positivo il fatto che “veri” soggetti privati possano svolgere attività di interesse generale (nelle quali le attività amministrative, anche intese in senso stretto, sicuramente sono comprese) e che tale evenienza è considerata come positiva e auspicabile, tanto che i pubblici poteri sono appunto chiamati con la loro azione a favorirla (con ausili di carattere finanziario, logistico, etc.), restando per il resto escluso che, ove queste attività proficuamente si svolgano, possano essere sostituite da attività poste direttamente in essere dai pubblici poteri. In altri termini, può dirsi oggi superata la questione dell’ammissibilità sul piano costituzionale di norme che attribuiscono a soggetti privati l’esercizio di funzioni pubbliche; la risposta circa tale piena ammissibilità nasce infatti dal nuovo art. 118 IV° comma Cost., cui può essere attribuita portata generale in ordine al principio cui dà voce; e tuttavia, dato che la nozione di esternalizzazione attinge alla scienza dell’organizzazione e si riferisce alla scelta microeconomica di affidare a terzi il compimento di una certa attività sul presupposto che ciò comporti minori costi rispetto all’autoproduzione, anche prima della modifica del titolo V della Costituzione si poteva rinvenire la giustificazione costituzionale di tale nozione nel principio del buon andamento, quale parametro di “legalità dell’esternalizzazione” imposto al legislatore, nonché nei criteri di economicità ed efficacia dell’azione amministrativa, che valgono ex art. 1 comma 1 della legge n. 241 come analoghi parametri in riferimento alle determinazioni amministrative riguardanti il conferimento a privati di funzioni amministrative. Un celebre caso in cui si è avuta una censura sul piano costituzionale di una disposizione di legge in tema di esternalizzazione, è quello dell’art. 31. l.r. Lazio 27 febbraio 2004 n. 2 (Legge finanziaria regionale finanziaria per l’esercizio 2004), il quale prevedeva l’esternalizzazione dei servizi di supporto al Consiglio regionale: secondo la Corte Costituzionale, che si è espressa sulla disposizione in parola con la sentenza 7 luglio 2005 n. 277, questa esternalizzazione non presentava alcun vantaggio in termini economici per la Regione, cosicché è stata ritenuta irragionevole e lesiva appunto del principio costituzionale del buon andamento.

⁸ Così A. Maltoni, *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 legge n. 241/90* in C. Mignone, G. Pericu, F. Roversi Monaco (a cura di) *Le esternalizzazioni*, Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli (Genova,

sostanzialmente privati, ossia quelli nei cui confronti non può operare quel principio, ormai radicato nel nostro ordinamento, di equiparazione a pubbliche amministrazioni di tutte quelle figure soggettive che, pur dotate di formale veste privatistica, presentano tuttavia connotazioni organizzative sostanzialmente pubblicistiche.

Questo principalmente avviene nei casi in cui l'ente formalmente privato manifesta un carattere "necessario", perché è la legge che lo istituisce o che ne individua la denominazione, gli scopi, la pertinenza ad un soggetto pubblico per una quota almeno maggioritaria del capitale sociale, così da determinare l'indisponibilità alla volontà degli organi deliberativi dell'esistenza e della destinazione funzionale dell'ente medesimo, ovvero quando vi siano anomalie o comunque rilevanti deviazioni sotto il profilo organizzativo rispetto alla disciplina codicistica, ciò denotando l'esistenza di un particolare rapporto tra l'ente ed i pubblici poteri⁹.

Nei casi in cui avviene il descritto processo di equiparazione il soggetto agente, comunque denominato, pur avendo veste formale privatistica viene dunque configurato come sostanzialmente pubblico, cosicché, se già non è società a totale o prevalente capitale pubblico, oggi soggetta a tutte le disposizioni della legge 241 ex articolo 29 comma 1 come riformulato dalla legge 69/2009, rientra quantomeno in quella "nuova" nozione residuale di "amministrazioni pubbliche" dettata dal medesimo art. 29 comma 1, ultimo periodo, ove – come rilevato sopra - si individua in modo omnicomprensivo tutta l'eterogenea categoria di figure organizzative "pubbliche" ancorché non rientranti nel novero delle società a totale o prevalente capitale pubblico, così implicitamente evocando le società a capitale pubblico

25 – 27 maggio 2006), Bologna, 2007, 365; v. anche, sostanzialmente negli stessi termini, ancora A. Maltoni, *sub* art. 1, in A. Bartolini, S. Fantini, G. Ferrari, *Codice dell'azione amministrativa cit.*, 96.

⁹ In giurisprudenza, il processo di riqualificazione descritto nel testo è avvenuto ad es. nel caso di Poste Italiane S.p.A., su cui cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 5 marzo 2002 n. 1303 in *Giust. civ.*, 2002, 2309, con nota di M. Gigante, *Verso la ripubblicizzazione di Poste italiane S.p.A.*; Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2001 n. 1206 in *Giust. civ.*, 2002, I, 253; è avvenuto altresì per Enel S.p.A.: Cons. Stato, Sez. VI, 17 settembre 2002 n. 4711, 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*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 486 s.s.; nonché per la SCIP S.r.l., società di cartolarizzazione immobili pubblici: Cons. Stato, Sez. IV, 30 gennaio 2006 n. 308 in *Riv. corte conti*, 2006, 1, 246.

minoritario, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente che, per il fatto di recare, alla luce dei sintomi rivelatori di cui sopra, una natura sostanzialmente pubblica, è tenuto al rispetto delle norme della legge specificamente richiamate dalla disposizione in parola.

Mentre dunque l'indagine circa la sussistenza di detti sintomi rivelatori consente di verificare l'assoggettabilità del singolo ente a quelle norme, l'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 1 comma 1 ter viene residualmente definito da tutte quelle figure soggettive private che, per disposizione legislativa, esercitano potestà amministrative in forma procedimentalizzata, e tuttavia rimangono fuori dal menzionato processo di equiparazione alle amministrazioni pubbliche¹⁰.

L'applicabilità a questi soggetti del disposto di cui all'art. 1 comma 1 ter si sostanzia nell'obbligo ad essi imposto di conformare la propria attività di pubblico interesse al rispetto delle garanzie sostanziali risultanti dalle forme procedimentali previste per l'azione amministrativa.

In altri termini, richiamando il *dictum* di una pronuncia del Consiglio di Stato che ha probabilmente costituito l'antecedente giuridico del medesimo art. 1 comma 1 ter, non si tratta di applicare la legge sul procedimento amministrativo all'attività di diritto privato *“ma di verificare se, nel rispetto del principio di libertà delle forme proprio del diritto privato, si sia comunque, in concreto ed in punto di fatto,*

¹⁰ Per maggiore chiarezza occorre specificare che quando nel testo si parla di soggetti che rimangono estranei al processo di equiparazione, si intende riferirsi alla sola prospettiva della loro qualificazione giuridica, nel senso che essi, laddove siano realmente soggetti privati e quindi non provenienti ad es. da una privatizzazione meramente formale, sono per ciò solo entità irriducibili alla categoria delle “amministrazioni pubbliche”, sia pure intese in senso lato (per non dire atecnico). Detto questo, vi sono tuttavia norme di diritto positivo nelle quali il concetto di equiparazione non viene utilizzato con finalità definitorie, bensì per dettare una disciplina giuridica unitaria, che il legislatore vuole cioè non limitata alle amministrazioni pubbliche, ma estesa anche a soggetti “altri”: è ad es. questo il caso degli artt. 33 del d.lgs n. 80/1998 e 53 del D.P.R. n. 327/2001, contenenti entrambi norme sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo rispettivamente in materia di servizi pubblici e di urbanistica ed edilizia. Ebbene, in tali ipotesi la categoria “legale” della equiparazione è utilmente apprezzabile per evincere la volontà del legislatore di sottoporre i provvedimenti adottati dai “veri” soggetti privati a conclusione della loro attività amministrativa procedimentalizzata, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

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”¹¹.

Naturalmente questa affermazione, apparentemente in linea col dettato normativo dell’art. 1 comma 1 ter, laddove impone, riguardo all’attività amministrativa svolta da soggetti privati, il rispetto di soli “criteri” e “principi”, deve essere intesa *cum grano salis*, e comunque attualizzata, anche per adeguarla alla necessità, sancita dal sopravvenuto art. 2 bis della legge 241, che l’attività in questione si svolga secondo forme proceduralizzate: in sostanza, pur non imponendosi in questi casi l’obbligo di una fedele applicazione di tutte le disposizioni della disciplina procedimentale, invece oggi imposta ex art. 29 comma 1 della legge 241 alle società a totale o prevalente capitale pubblico nell’esercizio delle funzioni amministrative loro demandate, non si potrà dimenticare che la libertà delle forme *in subiecta materia* non può essere totale.

Infatti, se anche la legge attribuisce ad un soggetto, ancorché privato, poteri e capacità di diritto pubblico in ragione della rilevanza pubblicistica delle funzioni e dei compiti cui è chiamato, l’attività che da tale soggetto sia posta in essere acquista una finalizzazione che non è espressione della sua autonomia privata. Quando perciò l’art. 3, comma 1, lett. b) del D.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 (su cui *amplius infra*) - per rifarsi al caso richiamato a titolo di esempio dalla suddetta pronuncia del Consiglio di Stato - qualifica come soggetto espropriante anche il privato cui il potere di espropriazione sia stato conferito dalla norma, la sua attività funzionalizzata deve comunque compiersi nelle forme procedurali, ché altrimenti si arriverebbe al paradosso – contro ogni logica di tutela e di parità di trattamento - di dover

¹¹ Così Cons. Stato, Sez. VI, 25 marzo 2004 n. 1617 in *Riv. giur. edilizia* 2004, 3, 1009, con nota di R. Leonardi, *Il principio della partecipazione e la dichiarazione di p.u., indifferibilità ed urgenza mediante atto di diritto privato di una S.p.A.: il Consiglio di Stato riafferma il primato delle garanzie sostanziali previste dalla l. n. 241 del 1990*, nonché in *www.giustamm.it*, n. 4/2004 con nota di N. Pecchioli, *La delibera di approvazione del progetto di un’opera da parte di Ferrovie S.p.A.: effetti preordinati all’esproprio e soggezione alle garanzie di partecipazione procedimentale*.

ammettere l'esistenza del principio della libertà di forma nella disciplina dell'espropriazione, solo che essa sia affidata ad un soggetto privato¹².

2. Le attività amministrative rientranti nella norma di cui all'art. 1 comma 1 ter della legge 241/1990

Ciò posto, quali sono allora, in concreto, le attività amministrative richiamate dall'art. 1 comma 1 ter della legge 241?

Secondo uno schema ricostruttivo proposto di recente, sia pure con modalità e significati non del tutto coincidenti con quelli assunti in questa sede¹³, le attività in questione possono fondamentalmente suddividersi in due categorie: 1) quella degli esercenti potestà amministrative destinate a concludersi con l'adozione di un provvedimento finale; 2) quella dei soggetti privati tenuti al rispetto di regole di evidenza pubblica nella scelta del contraente.

Nella prima categoria rientrano tradizionalmente (a mero titolo esemplificativo):

- a) i concessionari di opera pubblica (compresi i concessionari di costruzione e gestione), il c.d. *general contractor* ed i concessionari/gestori di pubblico servizio, allorché tutti questi soggetti siano conferitari di potestà espropriative;

¹² In questo senso occorre rilevare che la decisione del Consiglio di Stato n. 1617/2004, cui si fa riferimento nel testo, pur avendo costituito - come detto - l'antecedente giuridico dell'attuale formulazione dell'art. 1 comma 1 ter, oggi non avrebbe potuto essere pronunciata negli stessi termini di allora, e ciò per almeno due motivi: il primo è che l'attività amministrativa dei soggetti privati, come chiarito dal sopravvenuto art. 2 bis della legge 241, deve comunque compiersi in forma procedimentalizzata, cosicché riguardo ad essa un generale principio di libertà delle forme non è più predicabile; il secondo è invece che, sempre per effetto dello *jus superveniens*, in un caso come quello che ha dato origine alla decisione in parola, nel quale era coinvolta Ferrovie dello Stato S.p.A., società concessionaria *ex lege* del servizio pubblico ferroviario avente veste formalmente privatistica, ma connotazione sostanzialmente pubblica, avrebbero dovuto ritenersi applicabili non i soli criteri e principi di cui all'art. 1 comma 1 ter, bensì tutte le disposizioni della legge n. 241/1990, atteso il disposto del nuovo art. 29 comma 1 della medesima legge, che dispone in tal senso per le società a totale o prevalente capitale pubblico.

¹³ A. Maltoni, *sub art. 1 cit.*, 98, ove invero si parla di tre categorie, in quanto oltre alle due riprodotte nel testo, si aggiunge quella dei soggetti privati che esercitano "*potestà pubbliche di certazione*" come il notaio, il curatore fallimentare, gli ausiliari del traffico: non ci sembra però di poter condividere questa impostazione, perché pare difficile ipotizzare che tutti questi soggetti svolgano attività amministrativa procedimentalizzata, come è oggi certamente richiesto dalla norma.

- b) le federazioni sportive;
- c) gli enti creditizi o le società da essi controllate svolgenti attività istruttorie nell'ambito dei patti territoriali e contratti d'area ovvero preordinate all'erogazione di ausili finanziari pubblici;
- d) le SOA (Società Organismi di Attestazione).

Rientrano invece nella seconda categoria, cioè quella dei soggetti tenuti al rispetto di regole di evidenza pubblica nella scelta del contraente:

- i) gli organismi di diritto pubblico;
- ii) i soggetti aggiudicatori di appalti di lavori per cui sia previsto in via prevalente il finanziamento pubblico;
- iii) i soggetti aggiudicatori titolari di permesso di costruire, che eseguono direttamente le c.d. opere di urbanizzazione a scomputo.

In ogni caso – e quindi per ciascuna delle suddette categorie - si ribadisce che deve trattarsi di soggetti tanto formalmente quanto sostanzialmente privati, in quanto, se i soggetti in questione fossero solo formalmente privati ma sostanzialmente pubblici, l'attività amministrativa da essi svolta obbedirebbe per intero o comunque in ampia parte alla disciplina procedimentale, stante il disposto del nuovo art. 29 comma 1 della legge 241.

Al contrario, il regime applicabile ex art. 1 comma 1 ter, in quanto impone “solo” il rispetto di “criteri” e “principi”, è invece un *quid minoris*, che si giustifica appunto in relazione alla natura realmente privata del soggetto agente.

3. I soggetti privati esercenti potestà amministrative destinate a concludersi con l'adozione di un provvedimento finale

3.1 I concessionari di opere e servizi pubblici titolari di potestà espropriative

La prima tipologia di soggetti privati cui è possibile fare riferimento è quella dei c.d. *munera*, costituenti una categoria concettuale che, come noto, in sede di teoria

generale è stata rappresentata alla stregua di uno dei modi tipici di organizzazione dell'esercizio delle pubbliche potestà¹⁴.

Per la precisione si parla di *munus* convenzionale¹⁵, come specie di ufficio privato esercente funzioni pubbliche costituito dall'autorità amministrativa di regola attraverso provvedimenti concessori ovvero appunto atti convenzionali adottati in base a previsione di legge o con facoltà di scelta discrezionale legittimata dalla legge. Se le potestà in questione risultano invece attribuite direttamente dalla legge, senza cioè l'intermediazione di un atto concessorio, si parla di *munus* legale; ovvero infine si parla di soggetto semplicemente delegato all'esercizio delle medesime potestà quando ad es. la realizzazione delle infrastrutture da parte del soggetto aggiudicatore avvenga mediante affidamento unitario diretto ad un *general contractor*, figura quest'ultima nominativamente richiamata dall'art. 6 comma 8 del D.P.R. n. 327/2001, ma introdotta nel nostro ordinamento dalla legge delega n. 443/2001 e poi meglio definita dall'art. 9 della legge n. 190/2002 (c.d. legge obiettivo) e dall'art. 2 del d.lgs. n. 189/2005, l'uno e l'altro abrogati dall'art. 256 del codice dei contratti pubblici approvato con d.lgs. 163/2006, il quale ne detta oggi una compiuta disciplina all'art. 176.

Quanto ai concessionari di opere, di costruzione e gestione e di servizi pubblici, le norme rilevanti sono essenzialmente quelle dettate in materia appunto di

¹⁴ Come è ampiamente noto, la teoria del *munus* si deve a M.S. Giannini, che ha cominciato a svilupparla già nelle sue *Lezioni del 1950*, 125 s.s., per poi approfondirla nelle *Lezioni di diritto amministrativo anno 1959/1960*, Roma, 1960, 118 s.s. e ovviamente in tutte le opere successive di carattere più sistematico come il *Corso di diritto amministrativo* nelle tre edizioni del 1965, 1967 e 1969 e in *Diritto Amministrativo* del 1970, 1988 e 1993. In dottrina riprende ed attualizza fino ai giorni nostri questa impostazione soprattutto V. Cerulli Irelli, che da ultimo la ripropone in *Lineamenti del diritto amministrativo*, seconda edizione, Torino, 2010, 154 s.s.

¹⁵ Come chiarito *infra* nel testo, il *munus* convenzionale si distingue dal c.d. *munus* legale, che si verifica quando è direttamente la legge che impone un certo ufficio a chi si trovi in determinate condizioni o rivesta determinate qualità, come ad es. quella di notaio; ed altresì dal *munus* necessitato, allorché la legge autorizza le pubbliche amministrazioni ad avvalersi di professionisti esterni per collocarli nella titolarità di uffici pubblici previsti per far fronte a situazioni appunto di necessità, come ad es. nelle gestioni sostitutive coattive di imprese (fallimento, liquidazione, amministrazione straordinaria ecc.). Sul punto, v. *amplius* V. Cerulli Irelli, *op. ult. cit.*, 155 s.s.

espropriazione per pubblica utilità dall'art. 3, comma 1, lett. b) e ancora dall'art. 6, comma 8 del D.P.R. n. 327/2001¹⁶.

La prima delle due norme in questione specifica che la qualità di “autorità espropriante” può essere assunta anche da un privato cui il relativo potere sia stato attribuito da un'apposita “norma”: in sostanza, si tratterà nella maggior parte dei casi di un imprenditore al quale un'amministrazione pubblica abbia affidato, oltre ovviamente alla realizzazione dell'opera, anche la progettazione, la gestione ed il suo sfruttamento economico.

Per quanto specificamente riguarda l'esercizio dell'attività espropriativa, come accennato sopra essa può essere attribuita al concessionario o al contraente generale per atto normativo o per delega totale o parziale dell'amministrazione titolare del relativo potere, come specifica l'art. 6 comma 8 cit., ma in tale ultimo caso a condizione che tale delega corrisponda all'incarico di realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, cui l'esercizio del potere ablatorio risulti perciò strumentale.

In questa prospettiva deve rimarcarsi che la giurisprudenza, a parte i casi come quello dell'affidamento delle potestà espropriative necessariamente per delega al *general contractor*, tende, anche in conseguenza di una certa ambiguità dell'art. 6 comma 8 cit., ad una sovrapposizione concettuale tra l'istituto della delega e quello della

¹⁶ In realtà, l'art. 6 comma 8 cit., nella parte in cui afferma che “*se l'opera pubblica o di pubblica utilità va realizzata da un concessionario o contraente generale, l'amministrazione titolare del potere espropriativo può delegare, in tutto o in parte, l'esercizio dei poteri espropriativi*”, sembra escludere la legittimazione generale (quindi a prescindere dalle norme *ad hoc*) dei concessionari di pubblici servizi ad essere delegatari di potestà espropriative. Tuttavia una simile eventualità non appare ragionevole, se solo si considera che la gestione del pubblico servizio è assolutamente compatibile, sul piano giuridico, con la necessità di eseguire opere di pubblica utilità (v. sul punto *amplius* A. Albé, *Commento all'art. 6* in A. Travi (a cura di), *Commentario al testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità (d.p.r. 8 giugno 2001 n. 327)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 88). Rileva correttamente A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche cit.*, 167, nt. 17, che l'eventualità in questione sembra irragionevole anche alla luce del diritto positivo, visto che la nuova formulazione dell'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998, come risultante dalla sentenza manipolativa della Corte Costituzionale n. 204/2004, prevede che i gestori dei pubblici servizi adottino provvedimenti nell'ambito dei procedimenti amministrativi disciplinati dalla legge 241/1990 e quindi siano soggetti idonei a porre in essere attività amministrativa in forma procedimentalizzata nel rispetto dei “principi” e “criteri” di cui all'art. 1 comma 1 ter di tale ultima legge.

concessione. Ciò è particolarmente evidente nelle ipotesi di affidamento che si compiono mediante quella che detta giurisprudenza definisce “concessione traslativa”, la quale implica l’assegnazione al concessionario di tutte le operazioni materiali, tecniche e giuridiche occorrenti per la realizzazione del programma edilizio, che il medesimo concessionario deve svolgere in nome proprio: tra le attività attuative di questa tipologia di concessione vi è infatti assai spesso la diretta acquisizione delle aree necessarie per l’approvazione e la realizzazione del progetto edilizio mediante “delega” delle relative funzioni e potestà dall’amministrazione concedente al concessionario.

Si ricorda a questo riguardo il caso degli interventi stabiliti dagli artt. 80 s.s. della legge 219/1981, che ha convertito con modificazioni il d.l. 75/1981, in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del 1980/1981, nonché provvedimenti organici per la ricostruzione e lo sviluppo dei territori colpiti: sulla base delle richiamate norme, le opere inerenti la realizzazione di un programma straordinario di edilizia residenziale per la costruzione, nell’area metropolitana di Napoli, di ventimila alloggi e delle relative opere di urbanizzazione, dovevano essere affidate in concessione *“a mezzo di apposite convenzioni in deroga alle norme vigenti, a società, imprese di costruzione, anche cooperative o loro consorzi, idonee sotto il profilo tecnico e imprenditoriale”*.

Alla luce di tale dato normativo, la giurisprudenza ha quindi asserito che *“in forza del relativo provvedimento, all’ente concessionario - a differenza dell’appalto ove l’affidamento resta strettamente limitato all’esecuzione del lavoro - è demandato il compimento in nome proprio di tutte le operazioni materiali, tecniche e giuridiche occorrenti per la realizzazione del programma edilizio, ancorché comportanti l’esercizio di poteri di carattere pubblicistico, quali quelli inerenti all’espletamento delle procedure di espropriazione, all’offerta, al pagamento o al deposito delle indennità”*¹⁷.

¹⁷ Così testualmente Cass., Sez. I, 14 dicembre 2007 n. 26261 in *Foro amm. – Consiglio di Stato*, 2008, 2, 352 (m); da ultimo, cfr. altresì in senso conforme Cass., Sez. I, 21 maggio 2009, n. 11830, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 5 805.

In tema di opere pubbliche la concessione traslativa comporta dunque il trasferimento al concessionario privato, in tutto o in parte, dell'esercizio delle funzioni oggettivamente pubbliche proprie del concedente e necessarie per la realizzazione delle opere stesse; essa tuttavia, sostanziandosi nell'attribuzione all'affidatario sia di poteri espropriativi, sia dei correlati obblighi indennitari, presuppone, in nome del principio di legalità, una norma di legge che espressamente permetta tale traslazione di poteri ed obblighi dall'amministrazione concedente al soggetto concessionario, non foss'altro perché il concessionario, acquistando poteri e facoltà trasferitigli dall'amministrazione concedente, si sostituisce a quest'ultima nello svolgimento dell'attività organizzativa e direttiva necessaria per realizzare l'opera pubblica e diviene, in veste di soggetto attivo del rapporto attuativo della concessione, l'unico titolare e responsabile delle obbligazioni che ad esso si ricollegano¹⁸.

Per contro, quando si parla di delega amministrativa in senso tecnico, si fa riferimento ad un istituto comunque diverso dalla concessione traslativa di funzioni pubbliche: se infatti è pur vero che si tratta di due figure organizzative denotanti taluni tratti comuni, nel fatto ad es. di conferire l'esercizio ma non la titolarità del potere, nonché di legittimare il conferitario ad agire in nome proprio nel perseguimento di fini pubblicistici, deve però anche rimarcarsi che, mentre il concessionario persegue altresì un proprio interesse, nello schema della delega è invece il solo interesse dell'ente delegante ad essere perseguito, tanto che non vi è necessità di acquisire alcun consenso da parte del delegato, che neppure può rifiutare il conferimento: tutto ciò in quanto la delegazione intersoggettiva è in realtà istituto

¹⁸ In tal senso, chiaramente Cass., Sez. I, 12 gennaio 2006 n. 464 in *Riv. giur. Edilizia*, 2006, 6, 1236: la richiamata sentenza afferma infatti che, in assenza della relativa copertura legislativa, la mera attribuzione ad altro soggetto, da parte dell'ente espropriante, dell'incarico di provvedere all'espletamento delle procedure amministrative tecniche e finanziarie per il perfezionamento delle espropriazioni e delle occupazioni temporanee non integra una concessione traslativa caratterizzata dal trasferimento al concessionario dell'esercizio, a rilevanza esterna, delle funzioni pubbliche proprie del concedente, con la conseguenza che l'ente espropriante resta passivamente legittimato in ordine alla domanda del privato volta ad ottenere l'adempimento delle obbligazioni derivanti dalla procedura.

“la cui portata non travalica l’ambito dei rapporti organizzativi intercorrenti tra amministrazioni pubbliche”¹⁹.

Tuttavia, considerato che l’art. 6 comma 8 cit., in considerazione della sopra ricordata, almeno parziale comunanza degli effetti, come rilevato alimenta la tendenziale sovrapposizione tra l’istituto della delega intersoggettiva e quello della concessione *lato sensu* di opere, tanto che di questa sovrapposizione vi è appunto una chiara eco anche nella più recente giurisprudenza²⁰, ha ragione chi tra gli studiosi ascrive una connotazione negoziale alla fattispecie di legge, attribuendole peraltro anche una natura per così dire “composita”, nel senso che la specificazione normativa per cui l’ambito della delega deve esser determinato nella concessione o nell’atto di affidamento al *general contractor*, si ricollega “all’individuazione, all’interno di fattispecie contrattuali, di clausole che in realtà racchiudono accordi sostitutivi di provvedimenti”²¹.

In ogni caso, a prescindere dalle questioni qualificatorie, interessa in questa sede evidenziare che l’attività conferita al concessionario o al *general contractor* è un’attività funzionalizzata, in quanto autoritativamente volta alla cura concreta di interessi pubblici. Sicché il privato conferitario cui siano imputate le operazioni compiute e che come si è visto è sovente anche responsabile dell’espletamento delle funzioni e dell’adempimento degli obblighi indennitari nei confronti dei soggetti espropriati, è tenuto ad agire nel rispetto di tutti quei “criteri” e “principi” evocati dall’art. 1 comma 1 ter della legge 241, adottando provvedimenti la cui cognizione è devoluta, ex art. 53 comma 1 del d.P.R. n. 327/2001, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, chiamato da tale norma a conoscere appunto “*gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei*

¹⁹ A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche cit.*, 173. Nella dottrina più risalente v. in tal senso per tutti G. Miele, *Delega (diritto amministrativo)* in *Enc. dir.* (voce), XI, Milano, 1962, 906. In giurisprudenza, cfr. per tutti Cass., Sez. I, 3 novembre 1983 n. 6474 in *Giust. civ., Mass.*, fasc. 10.

²⁰ Si tratta ad es. di Cass., Sez. I, n. 26261/2007 già citata.

²¹ Così A. Maltoni, *op. ult. cit.*, 175.

soggetti ad esse equiparati, conseguenti alla applicazione delle disposizioni del testo unico”²².

In concreto, un importante esempio di soggetto concessionario privato esercente - tra l'altro - anche potestà espropriative ai sensi dell'art. 6 comma 8 del DPR n. 327/2001 è la Società Autostrade S.p.A.: essa infatti, secondo concorde giurisprudenza, a parte la sua qualifica di organismo di diritto pubblico su cui ci soffermeremo più oltre, presenta come principale oggetto sociale, ai sensi della disposizione contenuta nel comma 6 dell'art. 10, l. 24 dicembre 1993 n. 537 ("Interventi correttivi di finanza pubblica"), la costruzione e la gestione delle autostrade, cosicché detta società, *“indipendentemente dalla sua organizzazione giuridica di società per azioni di diritto privato, ha finalità oggettivamente pubbliche e la sua attività, anche per essere esercitata in regime di concessione amministrativa, ha natura di attività amministrativa e non di attività di diritto privato”*²³.

Ne consegue che, in forza di tutto quanto sopra esposto, tale soggetto – interamente privato - può ritenersi tenuto all'osservanza dell'art. 1 comma 1 ter della legge 241; ciò che comporta l'assoggettamento dell'attività amministrativa da esso svolta non solo ai “criteri” e “principi” che informano l'agire amministrativo nel suo complesso, ma anche alla responsabilità per il ritardo nell'adozione del provvedimento finale ex art. 2 bis della legge 241, contenente come già ricordato una norma introdotta ed esplicitamente estesa ai privati di cui all'art. 1 comma 1 ter dalla legge 69/2009.

²² Come ben noto, la norma va letta alla luce dell'intervento manipolativo compiuto dalla Corte Costituzionale, la quale, con sentenza 11 maggio 2006, n. 191 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma riportata nel testo, nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a "*i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati*", non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere. In dottrina, aveva già colto la prospettiva di analisi evocata nel testo, ancor prima che il comma 1 ter dell'art. 1 della legge 241 venisse ad esistenza, R. De Nictolis, *Art. 3* in F. Caringella, G. De Marzo, R. De Nictolis, L. Maruotti, *L'espropriazione per pubblica utilità. Commento al testo unico emanato con il decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001 n. 327 come modificato dal d.lgs. 302/2002*, Milano, 2003, spec. 24.

²³ In tali termini da ultimo testualmente, TAR Lazio, Roma, Sez. III, 9 marzo 2009 n. 2369 in *Foro amm. - TAR* 2009, 3, 772. Cfr. negli stessi termini anche Cons. Stato, Sez. IV, 13 marzo 2008 n. 1094 in www.giustizia-amministrativa.it.

3.2 Le federazioni sportive

Le federazioni sportive, nel quadro normativo definito dal d.lgs. n. 242/1999 e dal d.lgs. n. 15/2004, di modifica ed integrazione del primo, risultano essere associazioni con personalità giuridica di diritto privato, senza fini di lucro, svolgenti tuttavia anche un'attività "a valenza pubblicistica"²⁴.

Più esattamente, l'articolo 15 del d.lgs. n. 242/1999 cit. ha recepito l'inquadramento attribuito dalla giurisprudenza alle federazioni sportive nazionali. La norma, infatti, dopo avere disposto che le federazioni sportive nazionali svolgono l'attività sportiva in armonia con le deliberazioni e gli indirizzi del Cio e del Coni (primo comma), così consentendo l'esercizio di attività a valenza pubblicistica sulla base di poteri pubblicistici e mediante l'adozione di atti amministrativi, attribuisce loro natura di associazioni con personalità giuridica di diritto privato, dichiarando che sono disciplinate, per quanto non espressamente previsto dal decreto, dal codice civile e dalle disposizioni di attuazione del medesimo (secondo comma).

Come noto, il d.l. 19 agosto 2003 n. 220, contenente disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva, convertito nella legge 17 ottobre 2003, n. 280, prendendo implicitamente atto della complessità organizzativa e strutturale dell'ordinamento sportivo, ha poi stabilito che i rapporti tra questo e l'ordinamento dello Stato sono regolati in base al principio di autonomia, "*salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo*" (art. 1 primo comma).

La "giustizia sportiva" si riferisce, così, alle ipotesi in cui si discute dell'applicazione delle regole sportive; quella statale è chiamata, invece, a risolvere le controversie che presentano una rilevanza per l'ordinamento generale, concernendo la violazione di diritti soggettivi o interessi legittimi.

²⁴ Per un'ampia sintesi ricostruttiva della materia, invero assai complessa e stratificata, si rinvia a G. Morbidelli, *Gli enti dell'ordinamento sportivo*, in *Dir. Amm.*, 1993, 334 s.s.; A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche cit.*, 215 s.s. In giurisprudenza, cfr. invece, per tutte, Cons. Stato, Sez. VI, 2 luglio 2004 n. 5025, in *Foro Amm. / Cons. Stato*, 2005, 1218 s.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*.

Per individuare i casi in cui si applicano le sole regole tecnico - sportive, con conseguente riserva agli organi della giustizia sportiva della risoluzione delle corrispondenti controversie, è stabilito che all'ordinamento sportivo nazionale è riservata la disciplina delle questioni aventi ad oggetto: a) l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie di quell'ordinamento e delle sue articolazioni, al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive; b) i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle sanzioni disciplinari sportive (art. 2, primo comma).

In queste materie vige il sistema del c.d. "vincolo sportivo".

Le società, le associazioni, gli affiliati ed i tesserati, infatti, hanno l'onere di adire, secondo le previsioni degli statuti e regolamenti del Coni e delle federazioni sportive indicate negli articoli 15 e 16 del decreto legislativo n. 242 del 1999, gli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo (art. 2, secondo comma).

Per contro, i casi di rilevanza per l'ordinamento dello Stato delle situazioni giuridiche soggettive, connesse con l'ordinamento sportivo, sono attribuiti alla giurisdizione del giudice ordinario ed a quella esclusiva del giudice amministrativo.

Il primo comma dell'art. 3 del decreto legge citato, in particolare, devolve al giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto i rapporti patrimoniali tra società, associazioni ed atleti. Alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è invece devoluta *"ogni altra controversia avente ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive non riservata agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ai sensi dell'art. 2"*.

Ed infatti dette federazioni operano in applicazione delle regole finalizzate al perseguimento degli interessi pubblici esistenti nel mondo sportivo poiché sono *ope legis* soggetti privati che svolgono compiti d'interesse pubblico per lo sport nazionale, nel doveroso rispetto dei principi generali di legalità, imparzialità, efficacia, trasparenza, ragionevolezza ed economicità della loro azione.

Cosicché, quando agiscono nel perseguimento delle funzioni *iuris publici* e comunque in modo conforme alle inderogabili norme dello sport internazionale di cui sono proiezioni ed esecutrici in ambito nazionale, disciplinano i campionati sportivi e l'ammissione a questi secondo scelte procedurali improntate ad autonomia ed informalità²⁵ (pur col temperamento oggi imposto alla nozione di "informalità" dalla sopravvenienza dell'art. 2 bis della legge 241 – v. *supra* par. 1) e quindi possono considerarsi soggetti esercenti attività amministrativa ai sensi e per gli effetti indicati dall'art. 1 comma 1 ter della legge 241.

3.3 Gli enti svolgenti attività istruttorie nell'ambito di patti territoriali e contratti d'area ovvero preordinate all'erogazione di ausili finanziari pubblici

Gli enti creditizi o le società di servizi da essi controllate svolgenti attività istruttorie nell'ambito di patti territoriali e contratti d'area ovvero preordinate all'erogazione di ausili finanziari pubblici ai sensi della legge 19 dicembre 1992 n. 488 delineano un fenomeno di conferimento di funzioni amministrative mediante provvedimento concessorio dell'amministrazione o convenzione pubblicistica da cui si genera una fattispecie di sostituzione dei privati (banche convenzionate) all'amministrazione competente all'erogazione delle sovvenzioni, dei contributi ecc. Le attività istruttorie compiute dai soggetti concessionari e/o convenzionati si concludono infatti con un giudizio sull'agevolabilità del programma, che – al di fuori dei casi eccezionali in cui sia ritenuto, all'esito di controlli o ispezioni, di discostarsi dalle risultanze istruttorie - si riflette nell'adozione di un provvedimento di concessione ovvero di diniego delle agevolazioni da parte del Ministero. L'attività istruttoria in questione – come ben comprensibile - è rivolta alla cura di interessi pubblici, costituendo una parte essenziale di un procedimento preordinato alla concessione ed erogazione di ausili finanziari pubblici: si tratta in effetti di attività interamente proceduralizzata che si sostanzia nel compimento non solo di accertamenti tecnici circa ad es. la completezza e la pertinenza della documentazione prodotta, ma, come si ricava dalle disposizioni

²⁵ Esattamente nei termini di cui al testo, TAR Lazio, sez. III, 21.1.2005, n. 527 in www.giustizia-amministrativa.it.

in materia del d.m. n. 527/1995, con cui è stata data attuazione alla delibera CIPE del 27 aprile 1995 in relazione alle modalità e procedure per la concessione ed erogazione delle agevolazioni in favore delle attività produttive nelle aree depresse del Paese, anche di valutazioni tecniche complesse inerenti la validità tecnico-finanziaria del programma proposto dall'impresa aspirante alle sovvenzioni, sotto il profilo della sua redditività, delle prospettive di mercato, dell'affidabilità del piano finanziario per la copertura dei fabbisogni derivanti dalla realizzazione degli investimenti programmati. In questo senso, ci troviamo di fronte alla esternalizzazione di un'attività strumentale ad un interesse ascrivibile anche alla pubblica amministrazione, suscettibile di essere qualificata come funzione di tipo oggettivamente amministrativo e perciò assoggettata proprio a quei principi e criteri dell'azione amministrativa richiamati dall'art. 1 comma 1 ter della legge 241²⁶.

3.4 Le SOA (Società organismi di attestazione)

Come noto, nell'ambito della complessiva riforma del sistema dei lavori e delle opere pubbliche, avviata con la legge quadro sul riordino dei lavori pubblici n. 109/1994 (c.d. legge Merloni) e successive modificazioni ed integrazioni, il legislatore ha innovato il sistema di verifica della qualificazione delle imprese a progettare e realizzare opere pubbliche, abbandonando il criterio della diretta e totale amministrazione della materia da parte della mano pubblica (espressione di una concezione statutale della qualificazione delle imprese) ed affidandola ad organismi di diritto privato, preventivamente autorizzati da apposito organismo pubblico (l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici), con il conseguente trasferimento dei relativi poteri di concessione e revoca delle attestazioni di qualificazione in capo a detti organismi privati²⁷.

²⁶ In questi termini, cfr. TAR Sicilia Palermo, Sez. II, 2 febbraio 2005 n. 114 in *Foro Amm. – TAR*, 2005, 535.

²⁷ Il regime previgente all'entrata in vigore della legge quadro sul riordino dei lavori pubblici prevedeva un potere di verifica diretta da parte dello Stato circa la sussistenza, in capo ai soggetti iscritti all'albo nazionale dei costruttori, dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria, oltre che di quelli generali, ed attribuiva all'organo principale dell'albo (comitato centrale) i poteri di "*sospensione dell'efficacia dell'iscrizione*", quante volte ricorressero le ipotesi di cui

Tutto ciò in coerenza con una generale tendenza alla semplificazione e accelerazione delle procedure.

In tale prospettiva si inquadra il sistema "unico" di qualificazione - disciplinato, in attuazione della suddetta legge, dal d.p.r. 25 gennaio 2000, n. 34 recante il regolamento sulla qualificazione - che, dunque, si avvale di organismi di diritto privato per il rilascio dell'obbligatorio attestato di qualificazione.

Tale attestato espressamente viene configurato come l'unica "*...condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria, ai fini dell'affidamento dei lavori pubblici*" (art. 1.3 del regolamento di cui al D.P.R. n. 34 cit.).

La vigilanza su tale nuovo sistema è attribuita all'Autorità, che la esercita in base alle norme regolamentari allo scopo emanate, i cui contenuti dispositivi devono essere interpretati alla luce dei principi e criteri dettati (allora) dall'articolo 8 della legge 109/1994, oggi dall'art. 40 del sopravvenuto d.lgs. 163/2006 (c.d. codice dei contratti pubblici).

Il quadro che si evince da un esame dettagliato delle norme è dunque il seguente.

L'art. 6 comma 7, lett. m) del d.lgs. n. 163/2006 stabilisce che l'Autorità "*vigila sul sistema di qualificazione, con le modalità stabilite dal regolamento di cui all'articolo 5; nell'esercizio di tale vigilanza l'Autorità può annullare, in caso di constatata inerzia degli organismi di attestazione, le attestazioni rilasciate in difetto dei presupposti stabiliti dalle norme vigenti, nonché sospendere, in via cautelare, dette attestazioni*".

L'art. 40 co. 3, del d.lgs. n. 163/2006 chiarisce quindi che il sistema di qualificazione "*è attuato da organismi di diritto privato di attestazione, appositamente autorizzati dall'Autorità. (...). Le SOA nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori*

all'art. 20, l. 10 febbraio 1962, n. 57 e di "*cancellazione dall'albo*", se fossero state accertate le ipotesi di cui all'art. 21 della stessa legge. Era, infatti, connaturale al sistema (centralizzato e diretto) che l'albo potesse verificare ed accertare ogni dato che concernesse le imprese iscritte -anche utilizzando dati e notizie ricevute per il casellario dei costruttori e per la pubblicazione dell'albo- nonché potesse adottare provvedimenti di sospensione o cancellazione dall'albo, esercitando, quindi, uno *jus poenitendi* attribuitogli, oltre che espressamente, in via di sistema dalla legge.

di lavori pubblici svolgono funzioni di natura pubblicistica, anche agli effetti dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20. (...). Agli organismi di attestazione è demandato il compito di attestare l'esistenza nei soggetti qualificati di:

a) certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 e alla vigente normativa nazionale, rilasciata da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000;

b) requisiti di ordine generale nonché tecnico-organizzativi ed economico-finanziari conformi alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione. Tra i requisiti tecnico organizzativi rientrano i certificati rilasciati alle imprese esecutrici dei lavori pubblici da parte delle stazioni appaltanti”.

Viene dunque riconosciuto un generale potere di vigilanza dell'Autorità sul sistema di qualificazione, anche a fini informativi (formazione degli elenchi su base regionale delle imprese qualificate, ex art. 11, co. 2, D.P.R. n. 34/2000), e un potere dell'Autorità di autorizzare e revocare l'attività delle SOA, e di vigilare sulla compagine societaria delle SOA (art. 8, co. 5, D.P.R. cit.).

Le modalità di attuazione della vigilanza in questione, con le forme di controllo cui si correla, emergono dal combinato disposto degli artt. 14 e 16 del D.P.R. 34/2000, quanto ad iniziativa, procedimento ed effetti del relativo procedimento.

A riguardo dell'iniziativa, sono previste tre differenti modalità:

- istanza motivata e documentata di impresa terza, che può chiedere *“la verifica della sussistenza dei requisiti che hanno dato luogo al rilascio dell'attestazione”* (art. 14, co. 2);

- istanza della impresa interessata, che chieda il controllo dell'Autorità sulle *“determinazioni assunte dalle SOA in merito ai contratti stipulati dalle imprese per ottenere la qualificazione”*;

- iniziativa di ufficio dell'Autorità, che *“provvede periodicamente alla verifica a campione di un numero di attestazioni rilasciate dalle SOA, di anno in anno fissato dalla stessa autorità”*.

Quanto al procedimento ed agli effetti del controllo, formalmente la disciplina è dettata solo per le prime due modalità di attivazione della vigilanza (art. 16, comma 2, richiamato dall'art. 14, comma 2 del D.P.R. n. 34/2000), ma si deve ritenere estesa, in via interpretativa, anche all'ipotesi di controllo a campione, su iniziativa officiosa dell'Autorità.

Nel dettaglio, il procedimento di controllo ed i suoi effetti si caratterizzano per l'attribuzione all'Autorità del potere di verificare la sussistenza dei requisiti per il rilascio delle attestazioni, con un procedimento che richiede il necessario contraddittorio con l'impresa sottoposta a verifica; detto procedimento sfocia poi in un provvedimento con cui l'Autorità incide in maniera penetrante sul potere delle SOA in ordine alle attestazioni, in quanto, come dispone l'art. 16, 2° comma cit., l'Autorità “*indica*” in maniera vincolante le “*condizioni da osservarsi nell'esecuzione del contatto stipulato*”.

In altre parole, l'Autorità detta alla SOA il contenuto dell'atto che la SOA deve adottare (tale atto attenendo sia al rilascio dell'attestazione, sia alla modifica o alla revoca di una attestazione già rilasciata), ben potendo, ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. m) cit del d.lgs. n. 163/2006, annullare le attestazioni emesse in difetto dei presupposti di legge, nonché sospenderle in via cautelare in caso di constatata inerzia delle SOA²⁸.

²⁸ Si tratta di un potere sostitutivo, nel senso che in prima battuta l'Autorità deve limitarsi ad indicare alla SOA il contenuto dell'atto da adottare, potendo solo in caso di inerzia di quest'ultima provvedere all'adozione dell'atto omesso. Come noto, l'esplicitazione di questo potere dell'Autorità costituisce una delle più importanti novità introdotte dal d.lgs. n. 163/2006, che, avallando il precedente orientamento del Consiglio di Stato radicatosi a partire dalla decisione n. 991/2004 cit., ha risolto ogni dubbio insinuatosi nel sistema previgente a causa del silenzio della legge Merloni e della relativa norma regolamentare circa il potere dell'Autorità di annullare le attestazioni SOA adottate in carenza dei presupposti: in materia, v. G. Ferrari, *La qualificazione per i lavori pubblici per le imprese stabilite in Italia e per le imprese stabilite all'estero e la garanzia della qualità* in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. II, Milano, 2008, 1363. In giurisprudenza (ovviamente anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. n. 163/2006 che ha risolto sul punto ogni dubbio): Cons. St., Sez. VI, decc. 2 marzo 2004, nn. 991 e 993 in *Cons. St.*, 2004, I, 506; 14 aprile 2004, n. 2124, *id.*, 2004, I, 820; 14 aprile 2004, n. 2125 in *Servizi pubbl. e appalti*, 2004, 596 (s.m.); 7 settembre 2004, n. 5843 in *Cons. St.*, 2004, I, 1827; 19 ottobre 2004, n. 6775, 7 novembre 2004, n. 5845, 24 gennaio 2005, n. 129 e 22 marzo 2005, n. 1178, in www.giustizia-amministrativa.it.

Inoltre il contratto, mentre da un lato è contraddistinto dalla presenza di elementi legali predeterminati (il rispetto delle tariffe ed il rispetto delle condizioni stabilite dall'Autorità ai sensi dell'art. 17, co. 2 del D.P.R. n. 34 cit.: “*L'autorità stabilisce mediante quale documentazione i soggetti che intendono qualificarsi dimostrano l'esistenza dei requisiti richiesti per la qualificazione. Di ciò è fatto espresso riferimento nel contratto da sottoscrivere fra SOA e impresa*”), dall'altro lato sfocia nell'attestazione, che è atto unilaterale della SOA, avente dichiaratamente “*natura pubblicistica*” (art. 40 comma 3, d.lgs. n. 163/2006).

Ebbene, tutta la disciplina in questione, sul cui assetto le sopravvenute disposizioni del codice dei contratti pubblici hanno inciso in modo abbastanza limitato, ha sempre indotto la prevalente dottrina e giurisprudenza a configurare nel caso di specie un'ipotesi di esercizio privato di funzione pubblica.

Non v'è dubbio, infatti, che sul piano soggettivo ci troviamo di fronte appunto ad “organismi” aventi veste formale e sostanza assolutamente privatistiche, pur con alterazioni rispetto al modello generale codicistico, che inducono ad inserirla nel gruppo delle società di diritto privato o singolare²⁹.

Sul piano oggettivo-funzionale, le SOA sono titolari *ex lege* di potestà pubbliche (il che oggi risulta esplicitato anche dall'art. 40 del d.lgs. n. 163/2006), la cui esplicazione si concreta in attestazioni, produttive di certezza. Infatti, l'attestazione SOA costituisce titolo formale vincolante per la stazione appaltante, la cui efficacia preclusiva sostanziale si evidenzia nella impossibilità di contestare l'idoneità tecnico-finanziaria della concorrente, anche nell'estrema ipotesi di evidente falsità dell'attestazione (quantomeno fino a che questa non venga rilevata con gli appositi

²⁹ L'art. 7, comma 1 e comma 2 D.P.R. n. 34 cit., infatti, prevede l'obbligatoria forma della società per azioni, il vincolo nella denominazione sociale, l'ammontare minimo del capitale sociale. In dottrina, nei termini di cui al testo A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche cit.*, 345; parla invece di ente speciale in ragione dell'oggetto sociale, G. Napolitano, *Pubblico e privato cit.*, 147.

strumenti previsti dalla legge), incidendo, così, direttamente sull'assetto dei rapporti tra impresa aspirante concorrente e stazione appaltante³⁰.

In dottrina, per descrivere il fenomeno si è parlato dell'attestazione SOA come atto di certificazione *nominata* (in quanto può essere emessa solo dalla SOA), *propria* (perché costitutiva *ex novo* di una certezza legale (non cioè meramente notiziale), che quindi non ammette contestazione se non nei modi tassativi indicati dalla legge, a *rilascio doveroso* e costitutiva di un *fatto di certazione di scienza*³¹ in quanto volta a dare contezza oggettiva (*id est*, opponibile *erga omnes*) della qualità di un determinato soggetto con effetto preclusivo relativo (nel senso che la certezza legale che si crea non è irreversibile, facendo fede fino a prova contraria)³².

Ciò posto, è dunque opinione comune considerare la SOA un operatore privato esterno all'organizzazione amministrativa che svolge per disposizione di legge, e quindi alla stregua di un *munus* legale, una pubblica funzione di certificazione, in ragione della quale è soggetta al penetrante controllo e alla vigilanza della pubblica amministrazione, ossia appunto dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici³³.

Ciò fa sì che nell'esercizio della sua attività di verifica della sussistenza dei requisiti di natura tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria delle imprese che intendono

³⁰ Naturalmente quando la SOA compie invece, ai sensi dell'art. 40, comma 3, lett. a) del d.lgs. n. 163/2006, la semplice presa d'atto della sussistenza in capo all'impresa della certificazione di qualità rilasciata da appositi organismi ed anch'essa propedeutica alla partecipazione alle gare, siamo di fronte ad un'attività certificatoria morfologicamente ben diversa da quella di cui si parla nel testo e relativa all'accertamento dei requisiti di ordine generale nonché tecnico-organizzativi ed economico-finanziari; quando infatti viene verificata la sussistenza delle certificazioni di qualità, la SOA non opera una verifica diretta dei requisiti ma, più che altro, procede ad una sorta di ricognizione di un effetto qualificatorio già prodotto in base ad una procedura svolta *aliunde*.

³¹ V. in argomento il noto scritto di M.S. Giannini, *Accertamento* in *Enc. dir.* (voce), vol. I, Milano, 1958, 224.

³² Così F. Siciliano, *L'insostenibile leggerezza dell'essere amministrativo e l'altra faccia della SOA. Appunti critici a margine delle elaborazioni sul tema e riflessioni sulla categoria del soggetto nel diritto amministrativo* in www.giustamm.it.

³³ G.P. Cirillo, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici emanati nell'esercizio dei poteri di vigilanza sul sistema di qualificazione delle imprese*, in *Riv. trim. appalti*, 2000, 743 e ss.; S. Foà, *Nuovi munera pubblici e principio di imparzialità. Il caso delle società organismi di attestazione in materia di lavori pubblici*, in www.lexitalia.it; id, *L'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici può annullare le attestazioni: esercizio privato di funzione pubblica e controllo*, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2004, 7-8, 2282; A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche cit.*, 356; F. Siciliano, *op. cit.*

competere per l'affidamento dei lavori pubblici, la SOA sia titolare di poteri da cui non sono estranei accertamenti valutativi improntati a discrezionalità tecnica, se non addirittura amministrativa³⁴, e che si iscrivono in una sequenza procedimentale, come risulta evidente dal fatto che la SOA, prima del rilascio dell'attestazione, deve pur compiere un'attività istruttoria nella quale, oltretutto, ai sensi dell'art. 16 cit. del D.P.R. n. 34/2000, può intervenire - anche su istanza dell'impresa interessata - l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici³⁵.

E' dunque assolutamente logico concludere che, ricorrendo tutti i presupposti soggettivi ed oggettivi, normativi e concettuali richiesti dalla norma, anche tali poteri della SOA, come quelli dei soggetti già sopra evocati, debbano dispiegarsi nel rispetto dei criteri e principi a cui l'art. 1 comma 1 ter della legge 241/1990 sottopone il concreto svolgersi dell'azione amministrativa.

Ed infatti, la recente giurisprudenza ha ben rilevato che *“con riferimento ai compiti di attestazione non appare eccessivo attribuire alle SOA gli stessi vincoli che caratterizzano la pubblica amministrazione, prima tra tutti il dovere di imparzialità, che qui viene a specificarsi come neutralità, stante la natura tecnica delle funzioni, finalizzate ad assicurare la idoneità tecnico-economica dei soggetti che svolgono*

³⁴ V. in tal senso, A. Maltoni, *op. ult. cit.*, 353, che a conforto della tesi richiama anche (in nota 728) la determinazione in data 21 aprile 2004 n. 140-141 dell'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici circa l'oggetto e l'ampiezza dei poteri di verifica delle SOA.

³⁵ Al riguardo, è quanto mai emblematica l'asserzione compiuta dal TAR Trentino Alto Adige, Sez. Bolzano, 25 settembre 2006 n. 363, in *Foro Amm. – TAR*, 2006, 2856, ove si legge: *“L'attività «contrattuale» delle Soa costituisce un'esplorazione di un potere pubblicistico quale conseguenza di un'attività autoritativa di fronte all'impresa «cliente», con la conseguenza che va affermata la giurisdizione del giudice amministrativo sulle relative controversie. Giova al riguardo richiamare la funzione attinente alle certificazioni, di sicura rilevanza pubblica, ed il sistema di controllo previsto dal legislatore, non limitato solamente all'attività delle Soa, ma esteso alla loro «prestazione contrattuale». Il d.P.R. n. 34 del 2000 ha, inoltre, conferito alle Soa un potere discrezionale, piuttosto ampio, in ordine alla valutazione dell'incidenza della condotta di reato sulla moralità professionale; potere che è chiaro sintomo di una posizione autoritativa delle Soa nei confronti dei loro «clienti», che determina, da parte di questi ultimi, la sussistenza di mere situazioni di interesse legittimo. Inoltre le Soa hanno, sicuramente, una discrezionalità tecnica, dovendo valutare, oltre al possesso dei requisiti, anche l'idoneità dell'impresa ad effettuare determinati lavori. A fronte di questi poteri sembra attenuarsi, se non addirittura annullarsi, l'autonomia negoziale, che deve caratterizzare un accordo contrattuale; tanto più che le tariffe minime del corrispettivo sono già prestabilite dal citato regolamento”.*

attività nel settore dei lavori pubblici. Con la conseguenza che le disposizioni normative e regolamentari che riguardano tale settore sono soggette al principio ermeneutico, di derivazione comunitaria, dell'effetto utile”³⁶.

4. I soggetti privati tenuti al rispetto di regole di evidenza pubblica nella scelta del contraente

4.1 Le categorie del codice dei contratti in relazione ai soggetti privati svolgenti attività di rilievo pubblico: “organismi di diritto pubblico” e “soggetti aggiudicatori”

Come noto, esistono differenziate ipotesi normative per cui il soggetto privato che svolge una determinata attività di rilievo pubblico, può assumere la qualità di organismo di diritto pubblico e quindi rientrare, ai sensi dell’art. 3 comma 25 del d.lgs. n. 163/2006, nell’ambito delle c.d. “amministrazioni aggiudicatrici”; ovvero può assumere la qualifica e gli obblighi propri del c.d. “soggetto aggiudicatore”, ai sensi dell’art. 3 comma 31 del d.lgs. n. 163/2006 cit. In entrambi questi casi egli è comunque tenuto a rispettare le norme dell’evidenza pubblica, con l’ampiezza e le modalità di cui alle rispettive discipline di dettaglio, e quindi a rendersi esecutore di un’attività amministrativa procedimentalizzata che gli impone il rispetto dei “principi” e “criteri” di cui all’art. 1 comma 1 ter della legge 241/1990.

4.2 I privati operanti come “organismi di diritto pubblico”

Anzitutto, il soggetto formalmente e sostanzialmente privato viene considerato alla stregua di una “amministrazione aggiudicatrice” nel momento in cui gli viene riconosciuta la qualifica di “organismo di diritto pubblico”³⁷, il che come noto

³⁶ Così Cons. Stato, Sez. VI, 9 settembre 2008 n. 4299 in *Foro Amm. – Cons. Stato*, 2008, 9, 2439 (m) e in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁷ Come noto, la definizione normativa dell’organismo di diritto pubblico è contenuta all’art. 3, comma 26 del d.lgs. 163/2006. In dottrina, i contributi sull’argomento sono ormai numerosissimi: per una visione d’insieme, si rinvia pertanto a R. Garofoli, *L’organismo di diritto pubblico* in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (diretto da), *Trattato cit.*, vol. I, Milano, 2008, 555 s.s., ove si rinviengono anche ampi richiami bibliografici.

comporta l'integrale sottoposizione della sua attività di affidamento dei contratti di appalto alle norme del d.lgs. 163/2006.

In giurisprudenza si è ad es. determinato il caso già sopra richiamato della Società Autostrade, la quale, oltre che privato concessionario, è anche organismo di diritto pubblico³⁸, atteso che: *"1) ai sensi della disposizione contenuta nel sesto comma dell'articolo 10 della legge 24 dicembre 1993, n. 537 ("Interventi correttivi di finanza pubblica"), "la costruzione e la gestione delle autostrade è l'oggetto sociale principale della Società Autostrade S.p.A.", con la conseguenza che detta società, indipendentemente dalla sua organizzazione giuridica di società per azioni di diritto privato, ha finalità oggettivamente pubbliche e la sua attività, anche per essere esercitata in regime di concessione amministrativa - ha natura di attività amministrativa e non di attività di diritto privato (Cass. pen., sez. VI, 20 maggio 1998, n. 8854).*

2) la costruzione e la gestione delle autostrade (che, costituisce l'oggetto principale della società intimata) costituisce evidentemente attività idonea a soddisfare bisogni ed interessi pubblici generali, di tal che l'ente cui tale attività è affidata è da qualificare come organismo di diritto pubblico, irrilevante essendo la sua natura giuridica privatistica; è stato sottolineato, proprio con riguardo alla nozione di organismo di diritto pubblico, che un'attività industriale o commerciale svolta in stretta correlazione con un interesse pubblico perde la sua tradizionale connotazione giuridica ed economica per acquistare quella specifica dell'ordinamento comunitario, così che il carattere non industriale va individuato quando sussiste un collegamento ad un interesse che il legislatore ha inteso sottrarre dai mercati improntati esclusivamente da un'ordinaria attività imprenditoriale, industriale o commerciale (C.d.S., sez. V, 22 aprile 2004, n. 2292)"³⁹.

³⁸ Naturalmente può darsi anche il caso di un concessionario di lavori che, non essendo qualificabile come organismo di diritto pubblico, non possa neppure considerarsi amministrazione aggiudicatrice: in questo caso, ai sensi dell'art. 32, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 163/2006, a tale soggetto le norme dell'evidenza pubblica si applicano nei limiti stabiliti dall'art. 142 del d.lgs. n. 163 cit.

³⁹ Così TAR Lazio, Roma, Sez. III, sentenza n. 2369/2009 cit.

Si tratta di un caso recente, che tuttavia conferma orientamenti interpretativi già emersi in precedenza⁴⁰, perciò assumendo una sua specificità ed importanza per il fatto che, attribuendo la qualifica di organismo di diritto pubblico ad un soggetto di cui viene espressamente riconosciuta la natura giuridica privatistica, sottolinea l'inversione di rotta rispetto a quella radicata impostazione del giudice amministrativo che, chiamato a pronunciarsi sull'ambito di applicazione di singole discipline, *“invece di verificare in concreto il ricorrere delle relative condizioni, si impegna in una complessiva “riqualificazione” pubblica dei soggetti interessati”*⁴¹. Nella specie, la qualifica in parola risulta intesa in un'ottica eminentemente funzionale, ossia avendo riguardo alla connotazione dell'attività svolta, rimarcandone di conseguenza la “neutralità” rispetto alla veste formale del soggetto cui viene riconosciuta.

4.3 I privati operanti come “soggetti aggiudicatori”

La qualità di “soggetti aggiudicatori” viene assunta dai privati fondamentalmente in due ipotesi, ossia in caso di realizzazione di opere per le quali sia previsto un prevalente finanziamento pubblico, nonché quando debbano essere realizzate c.d. opere di urbanizzazione a scomputo: in entrambi i casi, deve comunque trattarsi dell'aggiudicazione di contratti di importo pari o superiore alle soglie fissate dall'art. 28 del d.lgs. n. 163/2006 (c.d. soglia comunitaria), come rideterminate (al ribasso) ai

⁴⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, n. 1094/2008 cit.

⁴¹ Così giustamente G. Napolitano, *Pubblico e privato cit.*, 174. L'Autore intende rimarcare la criticabile tendenza di una parte della scienza giuridica e della giurisprudenza a fraintendere la nozione di organismo di diritto pubblico, che non viene colta nella sua accezione funzionale, come richiederebbe la matrice comunitaria, bensì in termini “essenzialisti”, cioè come se l'attitudine di un soggetto ad essere qualificato quale organismo di diritto pubblico consentisse di tracciare la frontiera *“di una diversa linea di confine tra ente pubblico e privato”* (G. Napolitano, *Pubblico e privato cit.*, 172). Il problema è invero noto in dottrina, visto che già da tempo si segnala come la nozione in discorso *“non ha una vis espansiva per configurare globalmente in senso pubblicistico un soggetto giuridico”* (M.P. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in Associazione italiana dei Professori di diritto amministrativo, *Annuario 1999-2000*, 77).

sensi del Regolamento CE n. 1177/2009 della Commissione, in vigore dal 1° gennaio 2010⁴².

4.3.1 L'affidamento di lavori per i quali è previsto il finanziamento pubblico

La prima ipotesi pertiene all'affidamento di contratti di lavori ovvero all'appalto di servizi pubblici ai sensi dell'art. 32, comma 1, lett. d) e lett. e) del d.lgs. 163/2006.

I lavori *“affidati da privati”* sono quelli che, ai sensi dell'art. 3, comma 8, del medesimo d.lgs. cit., comprendono *“le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere”*, per queste ultime intendendosi sia quelle che costituiscono il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile di cui all'allegato 1, sia quelle di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica, ma ciascuna delle quali in grado di svolgere una funzione economica o tecnica. A detti lavori, la lett d) cit. aggiunge quelli 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 ad un milione di euro,, ma solo se per la loro realizzazione è stato previsto, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50% dell'importo dei lavori”*.

Servizi pubblici affidati in appalto da soggetti privati, ai sensi della lett f) cit. sono invece quelli il cui valore stimato è pari o superiore a 193.000 euro al netto dell'IVA⁴³, connessi ad un appalto di lavori di cui alla precedente lett. d) e solo se per la loro esecuzione è stato previsto, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale, che, attualizzato, superi il 50% dell'importo dei servizi stessi.

Comune ad entrambe le categorie in esame (lavori e servizi) è la disposizione di cui all'art. 32, comma 4 del d.lgs. 163/2006, secondo la quale il provvedimento di concessione del contributo deve porre come condizione il rispetto, da parte del

⁴² Regolamento CE n. 1177/2009 della Commissione del 30 novembre 2009 in *GUUE* L 314/64 del 1.12.2009.

⁴³ Soglia valida a partire dal 1° gennaio 2010 per effetto delle modifiche apportate dal Regolamento CE n. 1177/2009 cit.

soggetto privato beneficiario, delle norme del codice. Nella medesima disposizione risulta inoltre previsto che il 50% del contributo concesso ai soggetti privati, che svolgono i lavori elencati alla lett. d) ovvero espletano uno dei servizi previsti nella lett. e), possa essere erogato soltanto dopo l'affidamento dell'appalto e sempre che abbia avuto esito positivo la verifica svolta dall'amministrazione aggiudicatrice circa la conformità della procedura di affidamento stesso alle disposizioni del codice; tanto che *“il mancato rispetto del presente codice costituisce causa di decadenza dal contributo”*.

Consegue dalla riferita disciplina che la mancata indicazione nel provvedimento di concessione del contributo dell'obbligo di rispettare il codice non priva l'amministrazione del potere-dovere di bloccare la liquidazione del contributo medesimo laddove la verifica abbia avuto esito negativo; parimenti, è da ritenere che, quando si verifichi tale ultima evenienza, il soggetto privato perde non solo il diritto a ricevere il 50% a saldo del contributo, ma è anche tenuto a restituire la metà che ha già ottenuto⁴⁴.

In giurisprudenza, uno dei più importanti casi verificatisi con riferimento all'applicazione da parte di soggetti privati delle regole procedurali dell'evidenza pubblica, in relazione all'affidamento di lavori finanziati dallo Stato, è stato quello di cui alla decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 295/1999⁴⁵: si trattava dell'appalto di lavori indetto dalla Casa Religiosa della Compagnia di Gesù, ente ecclesiastico riconosciuto come persona giuridica privata, per l'adeguamento tecnologico e distributivo della sede di Napoli, rientrante negli interventi previsti per il Grande Giubileo dell'anno 2000, finanziati appunto dallo Stato nella misura del 90%. In quell'occasione si discuteva della possibilità, sul piano giuridico-concettuale, di configurare gli atti adottati da un soggetto privato nell'ambito della sequenza procedimentale di evidenza pubblica come atti amministrativi in senso tecnico, onde

⁴⁴ In tali termini, v. G. Ferrari, M.L. Chimenti, *Quadro generale e singole categorie contemplate dall'art. 32 del codice dei contratti pubblici* in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (diretto da), *Trattato cit.*, vol. I, Milano, 2008, 543.

⁴⁵ Cons. Stato, Sez. V, 7 giugno 1999 n. 295, in *Giornale di Diritto Amm.*, 1999, n. 11, 1057, con commento di V. Cerulli Irelli, *“Atti amministrativi” di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge Merloni*.

valutarne la sindacabilità da parte del giudice amministrativo. La risposta notoriamente positiva che il Consiglio di Stato dette all'epoca, sulla scorta di un orientamento giurisprudenziale che andava maturando anche contro autorevoli impostazioni dottrinarie⁴⁶, ha costituito la definitiva presa d'atto di un'evoluzione ordinamentale ormai acquisita nel senso dell'irrilevanza della qualificazione formale dell'ente committente ai fini sia della riconduzione della sua attività di scelta del contraente all'azione amministrativa, che si esplica appunto per il tramite di atti amministrativi in senso tecnico cui si correlano posizioni soggettive di interesse legittimo, sia della conseguente sindacabilità di tali atti da parte del giudice amministrativo.

La decisione in parola deve peraltro essere ricordata anche perché rappresenta un compiuto superamento della tradizionale argomentazione secondo cui il sistema di giustizia amministrativa sarebbe basato sul presupposto soggettivo della natura intrinsecamente pubblica di una delle parti in causa: invero, secondo il Consiglio di Stato, i dati di diritto positivo su cui quella argomentazione si basava⁴⁷ richiamano, sotto il profilo strutturale, un modello di amministrazione pubblica incentrata sulla rigida separazione tra enti pubblici ed enti privati che è ormai inattuale, poiché *“i soggetti privati sono coinvolti, mediante una molteplicità di schemi procedurali e convenzionali, nell'esercizio di funzioni di interesse generale che comportano l'applicazione di regole concepite, in origine, solo per gli enti formalmente pubblici”*. Coticché, è da ritenere che, anche laddove le norme (*in primis* quelle costituzionali) si riferiscano testualmente alla tutela giurisdizionale nei confronti della *“pubblica amministrazione”*, siamo di fronte ad un concetto che necessita di essere adattato alla

⁴⁶ Cfr. la fondamentale sentenza Cass., SS.UU., 29 dicembre 1990 n. 12221 in *Foro it.*, 1991, I, 3405, a cui si è soliti collegare il mutamento di indirizzo giurisprudenziale rispetto alla precedente impostazione, che riteneva i soli soggetti pubblici legittimati all'adozione di atti amministrativi in senso tecnico: impostazione, quest'ultima, condivisa appunto da autorevole dottrina: per tutti, M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, 1959, vol. IV, 172; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 607; G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario Amministrativo*, I, Milano, 1983, 144 s.s.

⁴⁷ Tradizionalmente si evocano: artt. 103 e 113 Cost.; art. 26 T.U. Consiglio di Stato 26 giugno 1924 n. 1054; art. 3, legge TAR, 6 dicembre 1971 n. 1034; art. 37, l. n. 1034/1971 cit.

nuova fisionomia dei soggetti a vario titolo coinvolti nel perseguimento dell'interesse pubblico, e che quindi richiede di essere inteso attribuendo alla dizione un'ampiezza concettuale in grado di comprendere, limitatamente a quelle attività sottoposte a particolare regime pubblicistico, anche i soggetti privati.

4.3.2 La realizzazione da parte dei privati delle opere di urbanizzazione a scomputo

L'art. 1, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 152/2008 ha riformulato le disposizioni che, nel d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), disciplinano le procedure di affidamento dei lavori per la realizzazione di opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione.

Il quadro normativo mantiene la distinzione tra disciplina per lavori di valore pari o superiore alla soglia comunitaria (art. 32 del Codice) e per affidamenti di lavori di valore inferiore alla soglia comunitaria (art. 122 del Codice).

Nello specifico, l'art. 32 cit., al comma 1, lett. g), prevede, in merito ad importi sopra la soglia, che si faccia applicazione dello stesso Codice dei contratti pubblici per i *“lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono 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'articolo 16, comma 2, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, e dell'articolo 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150. L'Amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il permesso di costruire presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del permesso di costruire, un progetto preliminare delle opere da eseguire, con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate, allegando lo schema del relativo contratto di appalto. L'amministrazione, sulla base del progetto preliminare, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 55. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e le esecuzioni di lavori. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto*

per la progettazione definitiva ed esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per gli oneri di sicurezza”.

L'art. 122, comma 8, del Codice stabilisce invece, per i lavori sottosoglia, che, ai fini dell'affidamento dei lavori pubblici di cui all'articolo 32, comma 1, lettera g) “*si applica la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito e' rivolto ad almeno cinque soggetti se sussistono in tale numero aspiranti idonei”.*

Come noto, la modifica di cui al d.lgs. 152/2008 costituisce l'ultima tappa di un articolato percorso sollecitato dalla giurisprudenza comunitaria, che in materia si è espressa per la prima volta con la sentenza della Corte di Giustizia CE, Sez. VI, 12 luglio 2001, C-399/98⁴⁸.

Con essa, si è anzitutto riconosciuto che le opere di urbanizzazione menzionate all'art. 4 della legge n. 847/1964 costituiscono opere pubbliche in senso stretto, sia per la loro idoneità funzionale a soddisfare le esigenze di urbanizzazione non limitate al semplice insediamento individuale, sia perché l'amministrazione competente ha il pieno controllo di tali opere, in forza di un titolo giuridico che ne assicura alla stessa la disponibilità al fine di garantirne la fruizione collettiva da parte di tutti gli utenti della zona; tutto ciò denotando la destinazione pubblica impressa, sin dall'origine, alle opere da realizzare.

Inoltre, la Corte ha precisato che il contratto stipulato in caso di realizzazione diretta da parte del soggetto lottizzante di un'opera di urbanizzazione ha carattere oneroso per l'amministrazione comunale, in quanto il titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato che realizzi le opere di urbanizzazione non effettua alcuna prestazione a titolo gratuito, bensì estingue il proprio obbligo di pagamento degli oneri concessori.

Sulla base di tali elementi la Corte di giustizia ha dunque rilevato che nel caso in cui l'importo stimato di un'opera di questo tipo, IVA esclusa, eguagli o superi la soglia

⁴⁸ In *Giust. civ.*, 2001, I, 2295 e in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 815, con nota di M.A. Quaglia, *Le opere di urbanizzazione tra convenzioni urbanistiche e procedure di evidenza pubblica.*

fissata dalla direttiva in materia di appalti, che all'epoca della sentenza in discorso era la direttiva n. 93/37/CEE, quest'ultima deve trovare applicazione.

Ciò peraltro non significa che, per garantire il rispetto della direttiva in caso di realizzazione di un'opera di urbanizzazione, debba necessariamente essere l'amministrazione comunale ad applicare le procedure di aggiudicazione previste dalla direttiva in questione, posto che *“l'effetto utile di quest'ultima risulterebbe ugualmente garantito qualora la normativa nazionale conferisse 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 affinché vengano rispettati gli obblighi incombenti in proposito all'amministrazione comunale in forza della direttiva medesima. In tal caso, infatti, il lottizzante, alla luce degli accordi conclusi con il Comune che lo esentano dal contributo per gli oneri di urbanizzazione in cambio della realizzazione di un'opera di urbanizzazione pubblica, deve essere considerato come titolare di un mandato espresso conferito dal Comune ai fini della costruzione di tale opera”*⁴⁹.

In sostanza la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo ha chiarito che la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici prevede che in ogni caso, quando si realizzi un'opera o si affidi un servizio o una fornitura per importi uguali o superiori ad un certo valore, il soggetto che procede all'appalto debba adottare procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente. L'obbligo sussiste sia che l'attribuzione dell'appalto spetti ad un ente pubblico territoriale o ad altro *«organismo di diritto pubblico»*, sia che lo stesso venga effettuato da un privato-persona fisica, il quale in tal caso assume - come appunto chiarito dalla Corte di giustizia - la veste di *«titolare di un mandato espresso»*, conferito dall'ente pubblico che intende realizzare l'opera o il servizio.

Il principio fissato dalla Corte di giustizia, riversato prima che nel Codice degli appalti, già nella norma di cui all'art. 2, comma 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge quadro in materia di lavori pubblici), nel testo sostituito dall'art. 7,

⁴⁹ Corte di giustizia CE, sentenza 12 luglio 2001 cit., par. 100.

comma 1, della legge 1° agosto 2002, n. 166 (Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti), recepito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 129/2006⁵⁰ ed infine sviluppato dall’Autorità di vigilanza dei lavori pubblici con propria determinazione n. 4 del 2 aprile 2008, ove risultano ripresi molti dei profili di analisi del consolidato orientamento comunitario, ha dunque consentito di enucleare i seguenti profili della disciplina:

- a) la realizzazione di opere prevista dalle convenzioni urbanistiche rientra nella nozione di appalto pubblico di lavori;
- b) l’affidamento dell’esecuzione delle suddette opere soggiace alla disciplina di matrice comunitaria oggi trasfusa negli artt. 32, comma 1, lett. g), 121, comma 1, e 122, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006, salvo il caso in cui le amministrazioni procedenti abbiano esperito preventivamente una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del privato sottoscrittore del relativo accordo convenzionale⁵¹;

⁵⁰ In *Giur. it.*, 2006, 6, 1287.

⁵¹ A riguardo della realizzazione delle opere di urbanizzazione di valore sotto soglia comunitaria, è intervenuta ancora la Corte di Giustizia CE, con la sentenza 21 febbraio 2008, C-412/04 in *Racc.*, p. I-619 s.s.. In questa sentenza, partendo dal presupposto che il legislatore comunitario ha esplicitamente ritenuto di lasciare gli appalti inferiori ad un certo limite al di fuori del regime di pubblicità che ha introdotto, non imponendo di conseguenza alcun obbligo specifico relativamente ad essi (punto 65 della sentenza), la Corte ha rilevato che tuttavia, quando sia accertato che un tale appalto presenti un interesse transfrontaliero certo, l’affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale appalto ad un’impresa con sede nello Stato membro dell’amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tale appalto. Salvo non sia giustificata da circostanze obiettive, siffatta disparità di trattamento, che, escludendo tutte le imprese aventi sede in un altro Stato membro, opera principalmente a danno di queste ultime, costituisce infatti una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli artt. 43 e 49 del trattato CE (oggi rispettivamente artt. 49 e 56 del TFUE – Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea) (v., in tal senso, riguardo alla direttiva 92/50, sentenza Grande Sezione, 13 novembre 2007, causa C-507/03 in *Racc.*, p. I-9777 s.s.). Conseguentemente, per quanto il legislatore nazionale si sia astenuto dal definire nella legge n. 109/1994 una disciplina specifica per i lavori a scomputo di valore inferiore alla soglia comunitaria (qualificabili come appalti pubblici che interessano le opere di urbanizzazione di un valore inferiore alla soglia di applicazione della direttiva eseguite dal titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato), nel caso in cui sia dimostrata l’esistenza di un interesse transfrontaliero certo, non può essere messa in discussione l’applicabilità ai detti appalti degli ex artt. 43 e 49 del trattato CE, oggi artt. 49 e 56 del TFUE.

Oltre a questo aspetto, sul quale è intervenuto progressivamente il legislatore delegato con la definizione di un quadro regolativo nell’art. 122, comma 8 del d.lgs. n. 163/2006, successivamente perfezionato con il d.lgs. n. 113/2007, quindi

c) i soggetti privati, attuatori di un piano di lottizzazione o comunque titolari di permesso di costruire, possono assumere in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso.

Più esattamente, la vigente disciplina normativa di cui all'art. 32 cit. individua, per gli appalti sopra soglia, una procedura di gara per l'affidamento dei lavori gestita direttamente dal soggetto privato attuatore del piano ovvero titolare del permesso di costruire, nonché, in alternativa alla prima ipotesi, una procedura che prevede il privato come sollecitatore (con progetto preliminare) e l'amministrazione come gestore della selezione dell'esecutore (con appalto integrato potenziato).

Quanto invece agli appalti sotto soglia, l'art. 122, comma 8 del d.lgs. n. 163/2006 stabilisce per la realizzazione dei lavori a scomputo una procedura semplificata, imperniata sulla gara informale precedente la procedura negoziata prevista dall'art. 57, comma 6 del d.lgs. n. 163/2006: anche in questo caso, pur in assenza di una norma esplicita, è senza dubbio da ritenere ammissibile un doppio, alternativo percorso, ossia la gestione della gara da parte del soggetto privato (attuatore del piano o titolare del permesso di costruire), ovvero la gestione da parte dell'Amministrazione Comunale.

Una soluzione interpretativa diversa, contemplante la sola possibilità della procedura di selezione dell'esecutore gestita dal Comune, determinerebbe infatti disparità di trattamento non giustificabili tra soggetti privati impegnati nella gestione di interventi

ora riformulato complessivamente dal d.lgs. n. 152/2008, la sentenza 21 febbraio 2008 cit. sancisce (punti 72-75) un ulteriore principio operativo per la determinazione del valore delle opere realizzabili in base alla convenzione in rapporto alla sua individuazione nell'area sopra o sottosoglia: si legge infatti nella richiamata sentenza che, qualora la convenzione stipulata tra un singolo, proprietario di suoli edificatori, e l'amministrazione comunale risponda ai criteri di definizione della nozione di «appalti pubblici di lavori» ai sensi della direttiva, l'importo di stima che in via di principio deve essere preso in considerazione al fine di verificare se la soglia stabilita da tale direttiva sia raggiunta, e se, di conseguenza, l'attribuzione dell'appalto debba rispettare le norme di pubblicità poste dalla stessa, può essere determinato solo in relazione al valore globale dei differenti lavori ed opere, sommando i valori dei differenti lotti: in dottrina, sulla sentenza in parola v. V. Tinto, *L'incompatibilità della normativa sull'appalto misto della legge Merloni con il diritto comunitario e la recente disciplina prevista nel codice dei contratti pubblici* in *Dir. comm. internaz.*, 2008, 2, 471.

urbanistico-edilizi assimilabili per complessità e distinguibili solo dai valori di riferimento delle opere di urbanizzazione da realizzare⁵².

Ebbene, è da ritenere che tutta la disciplina in questione, nella misura in cui si concreta nell'esecuzione diretta da parte di un soggetto privato (che può essere anche una persona fisica) delle opere di urbanizzazione a scomputo, da realizzarsi attraverso il ricorso ad istituti dell'evidenza pubblica, costituisce esplicazione di attività amministrativa procedimentalizzata, come tale certamente obbligata all'osservanza dei criteri e principi generali dell'agire amministrativo.

5. Conclusioni

In chiusura del presente studio residua ancora una questione di grandissima importanza, invero assolutamente meritevole di un approfondimento autonomo e sulla quale quindi ci ripromettiamo di tornare; in questa sede – oltretutto conclusiva - ci limiteremo invece soltanto ad accennarne, essenzialmente per ragioni di completezza espositiva.

L'identità dell'ente da cui promana l'atto amministrativo presenta importantissime ricadute non solo nei termini sopra rilevati, ma anche in punto di giurisdizione, nel senso che quando si tratta di atto amministrativo di soggetto privato, la sua sindacabilità in sede di giudizio amministrativo, se da un lato ne comporta la soggezione alla regola generale della illegittimità propria degli atti amministrativi in merito al termine decadenziale di impugnazione o all'annullabilità come categoria giuridica di invalidità, dall'altro lato evidenzia taluni elementi di specialità della relativa disciplina⁵³.

⁵² Così A. Barbiero, *Note generali e riferimenti interpretativi in ordine all'affidamento di lavori per la realizzazione di opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione in base alle novità introdotte dal d.lgs. n. 152/2008*, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁵³ Sullo specifico piano della giurisdizione, sottolinea la non piena riconducibilità degli atti amministrativi dei privati al regime amministrativo V. Cerulli Irelli, "Atti amministrativi" di soggetti privati cit., spec. pagg. 1064-1065, ove rileva come per tali atti possa predicarsi il solo vizio della violazione di legge, con esclusione quindi non solo dell'incompetenza, ma anche dell'eccesso di potere (per quest'ultimo l'Autore si esprime peraltro in termini più dubitativi).

Questi elementi di specialità attengono segnatamente alla tipologia di vizi di legittimità che in concreto è possibile dedurre nel giudizio amministrativo quando si faccia questione di un atto amministrativo di soggetto privato.

Il caso meno problematico – e dal quale quindi conviene prendere le mosse - è certamente quello della violazione di legge.

Non vi sono dubbi, infatti, circa la concreta predicabilità di tale tipologia di vizio, dal momento che gli atti amministrativi di soggetti privati sono intuitivamente sottoposti alle norme imperative contenute nella disciplina pubblicistica ad essi riferita, per il che quando detta disciplina risulti violata, la devianza dallo schema legale che si riverbera nell'adozione di tali atti è senz'altro in grado di determinarne uno stato viziato.

Ben diverso è invece il discorso a fronte del vizio di incompetenza.

Ciò in quanto l'incompetenza è connotata da un'originaria e tuttora caratterizzante valenza soggettiva, per cui essa discende dalla violazione di norme attributive del potere all'uno o all'altro organo; queste norme sono peraltro ben difficilmente configurabili in ambito privatistico, nel quale - com'è noto – la distribuzione di competenze (ivi compresa quella finalizzata all'adozione di atti) è questione avente rilevanza pressoché esclusivamente interna; in altre parole le norme sulla competenza, la cui violazione si traduce in vizio di legittimità dell'atto amministrativo tradizionalmente inteso, presuppongono un rilievo esterno dell'organizzazione disciplinato con legge, molto difficile, se non addirittura impossibile, da concepire nei medesimi termini quando si tratta di un soggetto privato⁵⁴.

Il che sembra valere anche a fronte di atti adottati da S.p.A. o da altre persone giuridiche private, le quali detengono una propria organizzazione normalmente rilevante solo sul piano dei rapporti interni, come dimostra - tra l'altro - anche la

⁵⁴ Il rilievo critico, che si deve a V. Cerulli Irelli, *op. ult. cit.*, 1065, viene ripreso anche da A. Lolli, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico*, Milano, 2000, 259.

circostanza che le limitazioni di rappresentanza degli organi sociali non sono di regola opponibili ai terzi (art. 2384 c.c.).

Ci troviamo dunque di fronte ad una preclusione probabilmente insuperabile, promanando il vizio di incompetenza dalla violazione di norme che esprimono le scelte organizzative relative al funzionamento dell'amministrazione, sotto lo specifico profilo della individuazione dell'organo legittimato a manifestarne all'esterno la volontà.

Cosicché la disciplina della competenza si sostanzia in regole di organizzazione strutturalmente dotate di efficacia nei confronti dei terzi; regole che, per avere tale efficacia, devono rivolgersi a soggetti ontologicamente connotati da una veste pubblicistica. La conseguenza è che le norme regolative della competenza, dovendosi ascrivere al versante dell'organizzazione amministrativa, rimangono fondamentalmente estranee a quel processo di equiparazione funzionale – come tale invece correlato all'attività – tra atto amministrativo adottato da un'Amministrazione in senso soggettivo e atto amministrativo proveniente da un privato⁵⁵, conseguendone che la loro violazione, mentre presenta un'attitudine invalidante rispetto al primo, pur col temperamento oggi proveniente dal disposto dell'art. 21 *octies* della legge 241/1990, rimane invece del tutto irrilevante rispetto al secondo.

Più perplessa – e di difficile ricostruzione – è infine la tematica afferente all'eccesso di potere.

Da un lato vale infatti quanto già rilevato in merito all'incompetenza, cioè che siamo di fronte ad un vizio non immune da una componente soggettiva, segnatamente nella specifica veste dello “straripamento”⁵⁶: *“incompetenza ed eccesso di potere*

⁵⁵ Su tale processo si è espresso ampiamente Cons. Stato, Sez. VI, 28 ottobre 1998 n. 1478, in cui si è parlato addirittura di “*identificazione per materia*” tra atti amministrativi di soggetti pubblici e atti amministrativi di soggetti privati, almeno quando il legislatore, come ad es. nel settore degli appalti, ha fatto uso di nozioni come quella di organismo di diritto pubblico per sancire la sostanziale identità di natura e disciplina di queste due categorie di atti; identità di natura e disciplina che però, alla luce di quanto si dice nel testo, è da intendere sul piano eminentemente funzionale, giacché sul versante dell'organizzazione rimangono quelle differenze che spiegano e giustificano l'ineducibilità del vizio di incompetenza a fronte di atti amministrativi adottati da soggetti privati.

rappresentano dal punto di vista puramente logico due aspetti di un identico fenomeno che si manifesta attraverso due momenti successivi. Chi non può compiere se non una serie limitata di atti è incompetente per tutti gli altri non compresi nel limite; chi varcando il limite tali atti compie, eccede dal proprio potere. In altri termini il soggetto che, difettando del potere per compiere un determinato atto, essendo cioè incompetente, tale atto tuttavia compie, commette un eccesso di potere”⁵⁷.

Per converso, non si può negare che nella sua successiva e pluridecennale evoluzione l’eccesso di potere si è – per così dire – “oggettivato”, divenendo prevalente la sua natura di vizio della discrezionalità o della funzione⁵⁸, cosicché, essendo il privato che adotta atti amministrativi un soggetto comunque portatore di esigenze di cura di interessi pubblici, anche la sua azione – salvo che sia priva di discrezionalità, nel qual caso l’eccesso di potere neppure viene in rilievo - deve essere intesa come vincolata nel fine.

Per questa ragione l’eccesso di potere, *sub specie* di sviamento, o nelle sue forme sintomatiche, appare predicabile, come vizio della funzione, anche nei confronti dell’azione amministrativa dei soggetti privati⁵⁹.

Ed infatti in giurisprudenza, pur nella difficoltà di rinvenire un chiaro orientamento interpretativo nel senso di cui sopra, sono riscontrabili casi in cui atti amministrativi di soggetti certamente privati risultano impugnati dinanzi al giudice amministrativo tanto per violazione di legge, quanto per eccesso di potere, proprio in riferimento a

⁵⁷ Così testualmente S. Lessona, *Il concetto giuridico dell’eccesso di potere nel diritto amministrativo italiano in Extrait de Mélanges offerts à Alexandre Svolos*, Atene, 1960, 107.

⁵⁸ Su questa evoluzione, v. l’accurato lavoro ricostruttivo di A. Police, *L’illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. Amm.*, 2003, n. 4, 735 s.s., spec. 749 s.s.

⁵⁹ Diversamente argomenta V. Cerulli Irelli, *“Atti amministrativi” di soggetti privati cit.*, 1065, per il quale ammettere la deducibilità dell’eccesso di potere presupporrebbe di riconoscere la rilevanza globale esterna dell’attività del soggetto privato: *“attività dislocata su passaggi procedurali formalizzati attraverso una distinta imputazione a diversi uffici dell’amministrazione; attività che assume sempre forma scritta nei diversi atti nei quali si articola, di cui deve restare documentazione tale da consentire di sindacarne dall’esterno il contenuto. Tutto ciò, invero, anche in virtù delle regole organizzative proprie dei soggetti privati ... appare difficilmente riscontrabile nel loro ambito”*.

quelle figure sintomatiche che si correlano direttamente all'illegitto esercizio della funzione⁶⁰.

Naturalmente il mero riscontro giurisprudenziale, fra l'altro ancora insufficiente a delineare un chiaro indirizzo interpretativo, non consente di ritenere senz'altro superate le perplessità avanzate dalla dottrina⁶¹ in ordine alla predicabilità in questi casi dell'eccesso di potere; esso però può forse fornire un'utile indicazione ricostruttiva circa la soluzione da dare oggi al problema, nel senso della necessaria prevalenza del dato obiettivo e sostanziale dell'eccesso di potere come vizio della discrezionalità rispetto alla sua connotazione formale, quale vizio dell'attività amministrativa che si disloca su passaggi procedimentali formalizzati.

⁶⁰ Cfr. ad es. TRGA, Sez. Bolzano, n. 363/2006 cit., ove a sostegno del gravame proposto da un'impresa avverso un atto di una SOA che le aveva revocato l'attestazione di qualificazione all'esecuzione di lavori pubblici, risultano dedotti tanto la violazione di legge quanto l'eccesso di potere per difetto di motivazione, erroneità e carenza di istruttoria e dei presupposti, irragionevolezza, illogicità ed ingiustizia manifesta; detta prospettazione, per quanto non sia valsa a far conseguire all'impresa l'accoglimento del ricorso, è stata però recepita dal Tribunale, che infatti ha espressamente riconosciuto come in generale la SOA debba essere riconosciuta titolare di *“un potere discrezionale, piuttosto ampio, in ordine alla valutazione dell'incidenza della condotta di reato sulla moralità professionale; potere che è chiaro sintomo di una posizione autoritativa delle SOA nei confronti dei loro “clienti”, che determina, da parte di questi ultimi, la sussistenza di mere situazioni di interesse legittimo”*.

⁶¹ Il riferimento è ancora, per tutti, a V. Cerulli Irelli, *op. ult. cit.*, 1065.

