

Individuazione degli appalti di servizi appartenenti ai settori c.d. esclusi
Articolo di Francesco Marascio 06.05.2005

Individuazione degli appalti di servizi appartenenti ai settori c.d. esclusi e rientranti nell'ambito di applicazione del D.Lgs. n. 158/1995.

di [Francesco Marascio](#)

Sommario:

1. I criteri inclusivi di derivazione comunitaria.

1.1. Il criterio soggettivo.

1.2. Il criterio oggettivo.

2. La definizione materiale dell'ambito applicativo.

2.1. Gli elenchi esemplificativi.

2.2. Puntualizzazione della nozione di "servizi" rilevante ai fini dell'applicabilità del D.Lgs. 158/1995.

3. Gli appalti espressamente esclusi dalla disciplina speciale.

3.1. Il canone generale di esclusione.

3.2. I servizi di telecomunicazione esclusi.

3.3. Appalti di servizi espressamente esclusi.

3.4. Le situazioni di collegamento e di controllo che determinano la non applicabilità del D.Lgs. 158/1995.

4. Soglie di applicabilità della disciplina sui servizi nei settori esclusi.

* * *

1. I criteri inclusivi di derivazione comunitaria.

1.1. Criterio soggettivo.

La normativa speciale riguardante i settori esclusi trova applicazione in virtù di due canoni.

Il criterio principale di applicabilità è riferito al soggetto aggiudicatore. Infatti, in prima battuta la disciplina è applicabile a tutti gli appalti di servizi - individuati in forza della nozione esposta al capitolo precedente - indetti dai soggetti indicati dall'art. 2 del D.lgs. n. 158/1995.

Sul punto, l'art. 1, rubricato "Ambito di applicazione", del Decreto legislativo è inequivocabile: "le disposizioni del presente decreto disciplinano integralmente l'aggiudicazione degli appalti di lavori, di forniture e di servizi di cui agli articoli 7 e 9 da parte dei soggetti indicati all'art. 2, che operano nei settori definiti negli articoli da 3 a 6" (art. 1. del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 158).

Il criterio oggettivo è, invece, rappresentato dalla condizione che detti soggetti operino in determinati settori, indicati negli artt. 3, 4, 5 e 6 del Decreto.

Procediamo, pertanto, con ordine, individuando a quali soggetti si applichi, in prima battuta la disciplina *de qua*.

1.1.1. La forma giuridica delle Stazioni appaltanti.

Anzitutto viene in rilievo la forma giuridica delle Stazioni appaltanti. Infatti la disciplina, di derivazione comunitaria, si preoccupa di ricomprendere nella nozione anche gli organismi che - seppure rivestano formalmente la qualità di persone giuridiche di diritto privato - si caratterizzano per l'esercizio di *potestas* pubbliche ovvero appartengono ad organismi di diritto pubblico.

Pertanto, si considerano soggetti aggiudicatori:

- a) le amministrazioni dello Stato;
- b) le regioni;
- c) le province autonome di Trento e Bolzano;
- d) gli enti territoriali e locali;
- e) gli altri enti pubblici non economici;
- f) gli organismi di diritto pubblico comunque denominati e loro associazioni;
- g) le imprese pubbliche;

La nozione di impresa pubblica, peraltro, è di difficile individuazione. Tant'è che lo stesso legislatore si è premurato di puntualizzarla al 2° comma dell'art. 2 del Decreto.

In virtù della citata norma, dovranno considerarsi tali le imprese sulle quali le amministrazioni dello Stato, le regioni, le province autonome di Trento e Bolzano, gli enti territoriali e locali, gli altri enti pubblici non economici oppure, ancora, gli organismi di diritto pubblico comunque denominati e loro associazioni possano esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante.

Detta influenza può dipendere da diversi fattori: può sussistere, infatti, perché i citati organismi pubblici hanno la proprietà della Stazione appaltante privata; oppure, perché detengono una partecipazione finanziaria nei soggetti aggiudicatori privati; infine, qualora le norme che disciplinano le imprese in questione assicurino a soggetti pubblici una determinata influenza su soggetti privati a prescindere dalla presenza di una partecipazione finanziaria.

Peraltro, l'influenza dominante su un'impresa è presunta quando, rispetto ad essa, i soggetti anzidetti, direttamente o indirettamente:

- detengono la maggioranza del capitale sottoscritto;
- controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa;
- hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio d'amministrazione, del comitato esecutivo o del collegio sindacale della stessa.

Sul punto, peraltro, il Consiglio Stato, sez. V, 6 ottobre 2003, n. 5902, ha chiarito che *"per stabilire se una società controllata dallo Stato sia soggetta o meno alle regole dell'evidenza pubblica con riferimento ad un determinato contratto, occorre esaminare congiuntamente: (a) lo statuto della società; b) il contenuto del mandato ricevuto dall'ente pubblico controllante, ed in esecuzione del quale sia stato stipulato il contratto di appalto; c) la natura dei lavori affidati. In base a tali elementi, deve escludersi che sia un organismo di diritto pubblico, e che sia quindi soggetta alle regole dell'evidenza pubblica, la "Grandi Stazioni" Spa, in quanto tale società ha ricevuto mandato dalla Fs s.p.a. a sfruttare economicamente gli immobili di alcune grandi stazioni ferroviarie, ma con esclusione delle opere necessarie per lo svolgimento del traffico ferroviario, e tale attività esula dal settore trasporti, di cui all'art. 5 d.lg. 158/95 (attuativo delle direttive Ce in tema di settori "ex esclusi")"*

h) i soggetti privati che, operando nei settori dell'acqua, dell'energia elettrica, del gas, dell'energia termica, dei trasporti e delle telecomunicazioni, si avvalgono di diritti speciali o esclusivi.

Il riferimento è ai diritti costituiti per legge, per regolamento o in virtù di una concessione o di un altro provvedimento amministrativo avente l'effetto di riservare ad uno o più soggetti privati l'esercizio delle attività rientranti nei settori esclusi.

In particolare, il 4° comma dell'art. 2 pone una presunzione di fruizione di diritti speciali o esclusivi in due ipotesi:

- a) quando un soggetto abbia la potestà di avvalersi di procedure espropriative o di imposizione di servitù per la realizzazione delle reti e delle strutture strumentali ai servizi o per l'installazione dei relativi impianti;
- b) nei settori dell'acqua, dell'energia elettrica, del gas, dell'energia termica, qualora approvvigioni di acqua potabile, gas, energia elettrica, energia termica reti gestite da soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi.

Prendendo spunto dal dato normativo, la migliore giurisprudenza ha chiarito come la nozione di organismo di diritto pubblico, propria del diritto comunitario, deve trarsi:

- dal rapporto di influenza dominante dell'ente pubblico,

e

- dalla finalizzazione dell'attività alla prestazione di servizi in favore della collettività organizzata.

Al riguardo, la giurisprudenza ha chiarito come *"L'azienda speciale ovvero la società di capitali costituita o partecipata dall'ente locale per la gestione di servizi pubblici deve perciò considerarsi, sotto il profilo sostanziale, amministrazione aggiudicatrice, ex art. 2 d.lg. 17 marzo 1995 n. 158, recante l'attuazione delle direttive 90/531/Cee e 93/38/Cee relative alle procedure di appalti nei settori esclusi, con l'ulteriore conseguenza che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti di gara dalle stesse adottati"* (cfr. T.A.R. Lazio, sez. II, 4 giugno 2004, n. 5258).

Conformemente all'approccio legislativo, dovranno ritenersi certamente soggetti aggiudicatori:

- le società miste costituite per la gestione dei servizi pubblici;

- le società private concessionarie a qualsiasi titolo di diritti speciali connessi alla prestazione di servizi nei settori *de qua*.

L'applicazione di tale normativa è rigorosa e puntuale.

Infatti, è ormai panico il canone di qualificazione fissato dalla stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la quale, investita della questione, ha ritenuto che *"le società miste costituite per la gestione dei servizi pubblici locali, in quanto costituenti moduli organizzativi dell'amministrazione per l'esercizio di un servizio pubblico, sono soggette - nello svolgimento della loro attività in determinati settori - agli obblighi che gravano sui soggetti aggiudicatori (art. 2 e ss. del d.lg. 17 marzo 1995 n. 158, di "attuazione delle direttive 90/531/Cee e 93/38/Cee relative alle procedure di appalto nei settori esclusi"), e quindi anche alle procedure di gara previste dalla normativa comunitaria"* (cfr. Consiglio Stato Ad. gen., 16 maggio 1996, n. 3035).

1.2. Criterio oggettivo.

Al criterio soggettivo di applicabilità supplisce il criterio oggettivo stabilito negli artt. da 3 a 6 del decreto.

Infatti, ai soggetti appena individuati in virtù dell'art. 2 del decreto, la disciplina speciale si applica esclusivamente alla condizione che essi operino nei settori definiti, in modo oggettivo, come esclusi. Pertanto, a questo punto occorre compiere una breve disamina di tali settori al fine di definirne al meglio i confini.

1.2.1. Il settore dell'acqua, dell'elettricità, del gas e dell'energia termica.

Rientrano in detto settore *"la messa a disposizione o la gestione di reti fisse per la fornitura di un servizio al pubblico per quanto riguarda la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile, gas, energia elettrica, energia termica, nonché l'alimentazione delle suddette reti"* (art. 3 del D.Lgs. 158/1995).

Peraltro, quando operano le amministrazioni dello Stato o degli enti locali ovvero altri organismi di diritto pubblico (enti pubblici non economici, imprese pubbliche), è espressamente esclusa l'applicazione della disciplina speciale per le prestazioni di alimentazione di reti fisse per la distribuzione di acqua potabile o energia elettrica, quando la loro produzione:

1) sia destinata ad un uso diverso dalla messa a disposizione o dalla gestione di reti fisse per la fornitura di un servizio al pubblico per quanto riguarda la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile, gas, energia elettrica, energia termica, nonché dall'alimentazione delle suddette reti; ovvero, quando:

2) l'alimentazione della rete pubblica dipenda dal consumo proprio del soggetto erogatore e non abbia superato il trenta per cento della produzione totale considerata la media dell'ultimo triennio compreso l'anno in corso;

Inoltre - sempre in ipotesi in cui ad operare siano soggetti pubblici - l'alimentazione di reti fisse per la distribuzione del gas o dell'energia termica esorbita dall'ambito di applicazione della disciplina propria dei settori esclusi quando la stessa derivi inevitabilmente da un processo produttivo diverso da quelli

individuati nel decreto legislativo 158/1995 e l'alimentazione della rete pubblica determini per il soggetto stesso un introito non superiore al 20% del volume d'affari considerata la media dell'ultimo triennio, compreso l'anno in corso.

1.2.2. Lo sfruttamento di area geografica.

Il decreto considera sfruttamento di area geografica *“la prospezione esclusiva, la ricerca esclusiva e la coltivazione di idrocarburi liquidi o gassosi, carbone o altri combustibili solidi su di essa effettuate ai sensi delle vigenti norme in materia mineraria”* (art. 4 del D.Lgs. n. 158/1995).

Peraltro, il Ministro delle Attività Produttive può chiedere alla Commissione della Comunità Europea che lo sfruttamento di un'area geografica non sia considerato quale attività rientrante nei settori esclusi o che i soggetti interessati non siano considerati titolari di diritti speciali o esclusivi cui applicare la disciplina speciale.

Nella richiesta diretta alla Commissione, il Ministro delle Attività Produttive ha l'onere di indicare le misure adottate affinché i soggetti appaltanti:

a) osservino i principi di non discriminazione e della concorrenza nell'aggiudicare appalti di lavori, forniture o servizi, in particolare per quanto riguarda l'informazione che mettono a disposizione delle imprese in ordine alle proprie intenzioni di stipulare appalti;

b) comunichino alla Commissione europea, alle condizioni da questa stabilite, le informazioni relative all'assegnazione degli appalti.

Le attività che fruiscono delle suddette deroghe, sono indicate da decreti del Ministro delle Attività Produttive, adottati a seguito di decisione favorevole della Commissione sulla richiesta di esclusione.

1.2.3. Il settore dei trasporti.

Rientrano nel settore trasporti:

a) la gestione di reti di trasporto pubblico per ferrovia, sistemi automatici, tramvia, filovia o autobus, il cui esercizio sia subordinato alle prescrizioni delle competenti autorità pubbliche sui percorsi, sulle capacità di trasporto disponibili o sulla frequenza del servizio, con esclusione del servizio di trasporto mediante autobus qualora esso possa essere liberamente svolto, su tutto o parte del territorio nazionale, da altri soggetti in assenza di concessione alle stesse condizioni previste per i soggetti aggiudicatori. La presente lettera è da intendere nel senso che sono ricomprese nel settore dei trasporti le opere strettamente funzionali alla realizzazione dei sistemi trasportistici, quali le strutture finalizzate all'intermodalità (ex art. 37, comma 3, l. 1° agosto 2002, n. 166):

b) la messa a disposizione dei vettori aerei, marittimi e fluviali, di aeroporti, di porti marittimi o interni, nonché di altri impianti terminali di trasporto.

1.2.5. Settore delle telecomunicazioni.

Rientrano nel settore delle telecomunicazioni la messa a disposizione o la gestione di reti pubbliche di telecomunicazione o la prestazione di uno o più servizi pubblici di telecomunicazione.

2. La definizione materiale dell'ambito applicativo.

2.1. Gli elenchi esemplificativi.

Lo stesso Decreto, peraltro, si preoccupa di risolvere in radice eventuali perplessità circa la possibilità di qualificare un determinato soggetto quale ente aggiudicatore.

A tal fine gli allegati al provvedimento contengono una elencazione esemplificativa dei soggetti aggiudicatori operanti nei settori esclusi.

Chiaramente, si tratta di una elencazione meramente indicativa che non preclude in alcun modo la possibilità di qualificare un soggetto non incluso come aggiudicatore ai sensi e per gli effetti del D.Lgs. n. 158/1995.

Tuttavia, l'elencazione è comunque utile a rendersi conto della tipologia e della qualità dei soggetti operanti nei settori esclusi.

2.1.1. Settore della produzione, trasporto o distribuzione di acqua potabile:

In tale settore sono ritenuti tali:

- gli enti per la produzione o distribuzione di acqua ai sensi del testo unico delle leggi sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province approvato con regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578 e del D.P.R. n. 902 del 4 ottobre 1986;

- l'Ente autonomo acquedotto pugliese istituito con R.D.L. 19 ottobre 1919, n. 2060¹;

- l'Ente acquedotti siciliani istituito con leggi regionali 4 settembre 1979, n. 2/2 e 9 agosto 1980, n. 81;

- l'Ente sardo acquedotti e fognature istituito con legge 5 luglio 1963, n. 9.

2.1.2. Settore della produzione, trasporto o distribuzione di elettricità.

In tale settore sono ritenuti tali:

- l'Ente nazionale per l'energia elettrica istituito con legge del 6 dicembre 1962, n. 1643, e approvato con decreto n. 1720 del 21 dicembre 1965;

- gli enti che operano in base ad una concessione ai sensi dell'art. 4, n. 5 o 8 della legge 6 dicembre 1962, n. 1643 - Istituzione dell'Ente nazionale per l'energia elettrica e trasferimento ad esso delle imprese esercenti le industrie elettriche;

- gli enti che operano in base ad una concessione ai sensi dell'art. 20 del decreto del Presidente della Repubblica 18 marzo 1965, n. 342 - Norme integrative della legge 6 dicembre 1962, n. 1643 e norme relative al coordinamento e all'esercizio delle attività elettriche esercitate da enti ed imprese diverse dall'Ente nazionale per l'energia elettrica.

A titolo esemplificativo, è stato chiarito che:

- *"Le disposizioni di cui al d.lg. 17 marzo 1995 n. 158 si applicano anche agli appalti di servizi di vigilanza banditi dall'Acquedotto Pugliese s.p.a. trattandosi di società a partecipazione pubblica integrale, costituita per trasformazione dell'Ente autonomo per l'acquedotto pugliese, cui sono state affidate sino al 31 dicembre 2018 le finalità perseguite dall'ente, cui esso è sottentrato"* (cfr. T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 9 marzo 2004, n. 1123);

- *"È da escludere che l'art. 11 della direttiva 93/98/Ce e l'art. 8 comma 2, d. lg. 17 marzo 1995, n. 158 - riguardanti (tra l'altro) la messa a disposizione o la gestione di reti fisse per la fornitura di un servizio al pubblico circa la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile, gas, energia elettrica, energia termica, nonché l'alimentazione delle suddette reti - possano trovare applicazione nei contratti in cui non si discute di produzione, trasporto o fornitura d'energia elettrica ma della prestazione di un servizio, per la fornitura del quale si utilizza energia elettrica"* (cfr. T.A.R. Sardegna, 17 aprile 2002, n. 409).

2.1.3. Settore del trasporto o distribuzione di gas o energia termica.

In tale settore sono ritenuti tali:

- la Snam, la Sgm e l'Edison Gas per il trasporto di gas;

- gli enti per la distribuzione di gas, disciplinati dal testo unico delle leggi sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province approvato con regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578 e del D.P.R. n. 902 del 4 ottobre 1986;

- gli enti per la distribuzione di energia termica al pubblico, richiamati dall'art. 10 della legge 29 maggio 1982, n. 308 - Norme sul contenimento dei consumi energetici, lo sviluppo delle fonti rinnovabili di energia, l'esercizio di centrali elettriche alimentate con combustibili diversi dai idrocarburi;

- gli enti locali, o loro consorzi, per l'erogazione di energia termica al pubblico.

2.1.4. Settore della prospezione ed estrazione di petrolio e gas.

Si presumono rientrare gli enti titolari di un'autorizzazione, di un permesso, di una licenza o di una concessione per la prospezione o estrazione di petrolio e di gas in forza dei seguenti atti: legge 10 febbraio 1953, n. 136; legge 11 gennaio 1957, n. 6, modificata dalla legge 21 luglio 1967, n. 613; legge 9 gennaio 1991, n. 9.

2.1.5. Settore della prospezione ed estrazione del carbone ed altri combustibili solidi.

Si ritiene ricadente la Carbo Sulcis S.p.a.

2.1.6. Settore dei servizi ferroviari.

Si presumono rientranti nei servizi ferroviari i seguenti soggetti:

- le Ferrovie dello Stato. Per tale azienda, il Consiglio di Stato è intervenuto a più riprese.

Dapprima ha chiarito la posizione della Ferrovie dello Stato S.p.A. e della collegata Italferr S.p.A. che *"sono qualificabili come amministrazioni aggiudicatrici, ai sensi dell'art. 2 d.l.g. n. 158 del 1995, in quanto hanno la doppia natura di "impresa pubblica" e di "soggetto privato che si avvale di diritti speciali o esclusivi"*(cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 24 settembre 2001, n. 5007).

Successivamente, la Quinta Sezione ha chiarito il rapporto tra le società del gruppo con riferimento ad una delle ultime nate, la Grandi Stazioni S.p.A.: *"Il d.l.g. 17 marzo 1995 n. 158 non si applica alla società Grandi Stazioni in qualità di contraente delle Ferrovie dello Stato s.p.a. in ordine al contratto con il quale è stata conferita alla prima la facoltà di gestire il patrimonio immobiliare delle Ferrovie dello Stato s.p.a. non destinato ai servizi di trasporto ferroviario"*(cfr. Consiglio Stato, sez. V, 6 ottobre 2003, n. 5902, in Foro amm. CDS 2004, 863 nota di PERFETTI).

- gli enti che forniscono servizi ferroviari in base a concessione rilasciata ai sensi dell'art. 10 del regio decreto 9 maggio 1912, n. 1447, che approva il testo unico delle disposizioni di legge per le ferrovie concesse all'industria privata, le tramvie a trazione meccanica e gli automobili;

- gli enti che operano in base a concessione rilasciata dallo Stato ai sensi delle leggi speciali richiamate dal titolo XI, capo II, sezione 1^a del regio decreto 9 maggio 1912, n. 1447, che approva il testo unico delle disposizioni di legge per le ferrovie concesse all'industria privata, le tramvie a trazione meccanica e le automobili;

- gli enti che forniscono servizi ferroviari in base a concessione rilasciata a norma dell'art. 4 della legge 14 giugno 1949, n. 410 - Concorso dello Stato per la riattivazione dei pubblici servizi di trasporto in concessione;

- gli enti o le autorità locali che forniscono servizi ferroviari in base a concessione rilasciata a norma dell'art. 14 della legge 2 agosto 1952, n. 121 - Provvedimenti per l'esercizio ed il potenziamento di ferrovie e di altre linee di trasporto in regime di concessione.

2.1.7. Settore dei servizi urbani di ferrovie, tramvie, filobus o autobus.

Vi rientrano:

- gli enti che forniscono servizi di trasporto al pubblico in base a concessione rilasciata ai sensi della legge 28 settembre 1939, n. 1822 (*"Disciplina degli autoservizi di linea: autolinee per viaggiatori, bagagli e pacchi agricoli in regime di concessione all'industria privata"*);

- gli enti che forniscono servizi di trasporto al pubblico ai sensi dell'art. 1, n. 4 o n. 15, del regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578 (*"Approvazione del testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province"*);

- gli enti che operano in base a concessione rilasciata a norma dell'art. 242 o 256 del regio decreto 9 maggio 1912, n. 1447, che approva il testo unico delle disposizioni di legge per le ferrovie concesse all'industria privata, le tramvie a trazione meccanica e gli automobili;

- gli enti e le autorità locali che operano in base a concessioni rilasciate ai sensi dell'art. 4 della legge 14 giugno 1949, n. 410 (*"Concorso dello Stato per la riattivazione dei pubblici servizi di trasporto in concessione"*);

- gli enti che operano in base a concessione rilasciata ai sensi dell'art. 14 della legge 2 agosto 1952, n. 1221 (*"Provvedimenti per l'esercizio ed il potenziamento di ferrovie e di altre linee di trasporto in regime di concessione"*).

2.1.8. Settore delle attrezzature aeroportuali.

Sono ricompresi i seguenti soggetti:

- gli enti di gestione per leggi speciali;

- gli enti che gestiscono impianti aeroportuali in base a concessione rilasciata a norma dell'art. 694 del Codice della Navigazione, R.D. 30 marzo 1942, n. 327;

- il R.A.I. Registro Aeronautico Italiano.

Anche *“la gara per l'affidamento del servizio di sicurezza aeroportuale, relativamente ai passeggeri ed al bagaglio, è disciplinata dal d.lg. 17 marzo 1995 n. 158, rientrando nei settori esclusi”* (cfr.: T.A.R. Piemonte, sez. II, 21 aprile 2001, n. 932, in *Foro amm.* 2001).

2.1.9. Settore delle attrezzature per porti marittimi, porti fluviali o altri terminali.

Sono ricompresi:

- i porti statali e altri porti gestiti dalle Capitanerie di Porto a norma del Codice della navigazione, regio decreto 30 marzo 1942, n. 327;

- i porti autonomi (enti portuali) istituiti con leggi speciali a norma dell'art. 19 del Codice della navigazione, regio decreto 30 marzo 1942, n. 327.

Anche *“il servizio relativo alle diverse operazioni portuali consistenti nel carico, scarico, trasbordo, deposito, movimento in genere delle merci e mezzi imbarcati o sbarcati su e da navi di proprietà della Tirrenia Navigazione s.p.a., rientra nella specifica regolamentazione di cui al d.lg. 17 marzo 1995 n. 158, contenente l'attuazione delle direttive comunitarie n. 90/531/Cee e n. 93/38/Cee, relative alle procedure di appalti nei settori esclusi”* (Cfr.: T.A.R. Sardegna, 1 aprile 2003, n. 69, in *Foro amm. TAR* 2003, 1400).

2.1.10. Settore della gestione di reti di telecomunicazioni ovvero di offerta di servizi di telecomunicazioni.

Rientrano:

- il Ministero delle poste e telecomunicazioni;

- l'Ente Poste italiane;

- la SIP - Società italiana per l'esercizio delle Telecomunicazioni p.a. con denominazione aggiuntiva abbreviata Telecom. Italia S.p.a.

Peraltro, *“non tutte le prestazioni di servizio che la Rai acquista da terzi fuoriescono dalle regole d'evidenza pubblica e meno che mai sono disciplinate dal solo diritto comune, ma soltanto quelle che rispondono alle rigorose definizioni di cui agli art. 6 e 8 commi 1 lett. c) e 1 bis d.lg. n. 158 del 1995 in materia di telecomunicazione”* (cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 9 giugno 2004, n. 5460, in *Redazione Giuffrè* 2004).

2.2. Puntualizzazione della nozione di “servizi” rilevante ai fini dell'applicabilità del D.Lgs. 158/1995.

L'art. 7 del Decreto, puntualizza la nozione di appalti di servizi rilevante per l'applicazione della disciplina speciale.

In particolare, il riferimento è operato a specifiche categorie di servizi che, peraltro, vengono sottoposte ad una applicazione differenziata della disciplina speciale.

In primo luogo, viene indicato un primo gruppo di categorie di servizi ai la disciplina speciale si applica integralmente. In detto gruppo rientrano:

1. i servizi di manutenzione e riparazione;
2. i servizi di trasporto terrestre, inclusi i servizi con furgoni blindati e servizi di corriere, e con l'esclusione del trasporto di posta e del trasporto per ferrovia (quest'ultimo rientra nella categoria n.18, appartenente al secondo gruppo);
3. i servizi di trasporto aereo di passeggeri e merci, escluso il trasporto di posta;
4. i servizi di trasporto di posta per via terrestre (escluso il trasporto per ferrovia) e aerea;
5. i servizi di telecomunicazione (Esclusi i servizi di telefonia vocale, di telex, di radiotelefonia mobile, di radioavviso e di radiotelecomunicazione via satellite);
6. i servizi finanziari che comprendono sia i servizi assicurativi che i servizi bancari e finanziari (con l'esclusione, per questi ultimi, dei contratti relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita od al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari);
7. i servizi informatici ed affini;

8. i servizi di ricerca e sviluppo, ad esclusione dei contratti dei servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli di cui beneficiano esclusivamente i soggetti aggiudicatori per loro uso nell'esercizio delle proprie attività, purchè la prestazione di servizi sia ininterrottamente retribuita da detti soggetti;
9. i servizi di contabilità, revisione dei conti e tenuta dei libri contabili;
10. i servizi di ricerca di mercato e di sondaggio dell'opinione pubblica;
11. i servizi di consulenza gestionale e affini con esclusione dei servizi di arbitrato e di conciliazione;
12. i servizi strumentali all'architettura ed all'ingegneria, anche integrata; servizi attinenti all'urbanistica ed alla paesaggistica; servizi affini di consulenza scientifica e tecnica; servizi di sperimentazione tecnica ed analitica;
13. i servizi pubblicitari;
14. i servizi di pulizia degli uffici e di gestione delle proprietà immobiliari;
15. i servizi di editoria e di stampa in base a tariffa od a contratto;
16. i servizi inerenti l'eliminazione di scarichi di fogne e di rifiuti; disinfestazione e servizi analoghi.

In un secondo gruppo, vengono poi ricompresi i servizi ai quali si applicano esclusivamente gli articoli 19 e 28 del D.Lgs. n. 158/1995 ed ai quali, pertanto, non anche si applicano tutte le altre disposizioni relative ai sistemi di scelta dei contraenti, ivi comprese quelle sulle procedure di aggiudicazione e sulla riunione temporanee d'impresе. Questi consistono:

17. nei servizi alberghieri e di ristorazione. Tuttavia, *“Agli appalti di servizi di investigazione e sicurezza (riconducibili all'allegato XVIB del d.lg. n. 158 del 1995) trovano applicazione, secondo l'espressa disposizione dell'art. 7 comma 3 d.lg. n. 158 citato, soltanto le disposizioni degli art. 19 e 28, e quindi non anche tutte le altre relative ai sistemi di scelta dei contraenti, ivi comprese quelle sulle procedure di aggiudicazione e sulla riunione temporanee d'impresе”* (cfr. T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 9 marzo 2004, n. 1123).
18. nei servizi di trasporto per ferrovia;
19. nei servizi di trasporto per via d'acqua;
20. nei servizi di supporto e sussidiari per il settore dei trasporti;
21. nei servizi legali;
22. nei servizi di collocamento e reperimento di personale;
23. nei servizi di investigazione e di sicurezza (eccettuati i servizi con furgone blindato). E' stato però precisato che *“agli appalti di servizi di investigazione e sicurezza (riconducibili all'allegato XVIB del d.lg. n. 158 del 1995) trovano applicazione, secondo l'espressa disposizione dell'art. 7 comma 3 d.lg. n. 158 citato, soltanto le disposizioni degli art. 19 e 28, e quindi non anche tutte le altre relative ai sistemi di scelta dei contraenti, ivi comprese quelle sulle procedure di aggiudicazione e sulla riunione temporanee d'impresе”*.
24. nei servizi relativi all'istruzione, anche professionale;
25. nei servizi sanitari e sociali;
26. nei servizi ricreativi, culturali e sportivi;
27. nei servizi di altro genere.

Inoltre, al fine di stabilire se in presenza di un determinato appalto si verta in materia di servizi, forniture, o lavori, si precisa che gli appalti che includono servizi e forniture sono considerati appalti di forniture quando il valore totale di queste è superiore al valore dei servizi compresi nell'appalto. Ad ogni modo, il calcolo del valore stimato dell'appalto misto di servizi e forniture, comprendente anche il valore dei lavori di posa e installazione, deve essere basato sul valore totale dei servizi e delle forniture, prescindendo dalle quote rispettive.

3. Gli appalti espressamente esclusi dalla disciplina speciale.

3.1. Il canone generale di esclusione.

L'art. 8 del Decreto fissa un canone generale di esclusione.

La disciplina speciale, infatti non si applica:

- a) agli appalti che i soggetti aggiudicatori assegnano per il conseguimento di scopi diversi dall'esercizio di proprie attività rientranti nei settori esclusi, ovvero per l'esercizio di dette attività in uno Stato che non sia membro della Comunità Europea, purché non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica della Comunità; tuttavia la disciplina speciale si applica agli appalti, assegnati dai soggetti aggiudicatori che esercitano la propria attività nel settore dell'acqua potabile, riguardanti progetti di ingegneria idraulica, irrigazione e drenaggio, ove il volume d'acqua destinato all'approvvigionamento d'acqua potabile sia superiore al venti per cento del volume totale reso disponibile dalla realizzazione di questi progetti, nonché agli appalti che attengono allo smaltimento o al trattamento delle acque reflue;
- b) agli appalti il cui oggetto è destinato ad essere rivenduto o ceduto in locazione a terzi, quando il soggetto aggiudicatore non sia titolare di alcun diritto speciale o esclusivo per la vendita o la locazione dell'oggetto di tali appalti o quando altri soggetti possano liberamente venderli o darli in locazione alle stesse condizioni dell'aggiudicatore;
- c) agli appalti nel settore delle telecomunicazioni che vengano assegnati per acquisti destinati esclusivamente a permettere ai soggetti aggiudicatori di assicurare uno o più servizi di telecomunicazione, qualora altri soggetti siano liberi di offrire gli stessi servizi nella stessa zona geografica e a condizioni sostanzialmente identiche;
- d) agli appalti di servizi dichiarati segreti o la cui esecuzione richieda misure speciali di sicurezza, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti o quando lo esiga la protezione degli interessi nazionali essenziali;
- e) agli appalti disciplinati da norme procedurali differenti ed aggiudicati sulla base:
 - e1) di un accordo internazionale concluso - conformemente al Trattato CE - tra l'Italia ed uno o più Paesi terzi e concernente lavori, forniture o servizi destinati alla realizzazione o all'utilizzazione in comune di un'opera da parte degli Stati firmatari; qualsiasi accordo dovrà essere comunicato alla Commissione a cura del Ministero degli affari esteri;
 - e2) di un accordo internazionale concluso in relazione alla presenza di truppe di stanza e concernente imprese di uno Stato membro o di un Paese terzo;
 - e3) della procedura specifica di un'organizzazione internazionale;
- f) agli appalti che i soggetti esercenti le attività rientranti nel settore dell'acqua, dell'energia elettrica, del gas, dell'energia termica, assegnano per approvvigionarsi dell'acqua, dell'energia o dei combustibili destinati alla loro produzione.

3.2. I servizi di telecomunicazione esclusi.

In ragione della peculiarità della materia delle telecomunicazioni, il comma 1-*bis* dell'art. 8, esclude espressamente l'applicabilità della disciplina speciale ai servizi di telecomunicazioni di cui alla comunicazione della Commissione europea adottata ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 93/38/CEE, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee n. C/129 dell'8 maggio 1999.

Si tenga presente che, comunque, *“non tutte le prestazioni di servizio che la Rai acquista da terzi fuoriescono dalle regole d'evidenza pubblica e meno che mai sono disciplinate dal solo diritto comune, ma soltanto quelle che rispondono alle rigorose definizioni di cui agli art. 6 e 8 commi 1 lett. c) e 1 bis d.lg. n. 158 del 1995 in materia di telecomunicazione”* (Cfr.: T.A.R. Lazio, sez. III, 9 giugno 2004, n. 5460, in *Redazione Giuffrè* 2004).

3.3. Appalti di servizi espressamente esclusi.

Dopo aver disposto i criteri di esclusione di carattere generale, il legislatore si è preoccupato - con esclusivo riguardo agli appalti di servizi - di individuare puntualmente determinate categorie di appalti da sottrarre alla disciplina speciale.

Queste concernono:

- a) gli appalti aggiudicati ad un soggetto che sia esso stesso un organismo di diritto pubblico, ovvero una associazione costituita da organismi di diritto pubblico, in base a un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative compatibili con il Trattato CE. La giurisprudenza ritiene, in riguardo, che *"ai fini della delimitazione dell'art. 8 comma 2 d.lg. 17 marzo 1995 n. 158, che dispone l'esonero dell'obbligo di individuare mediante gara il soggetto appaltatore di servizi commessi dalle pubbliche amministrazioni solo gli appalti aggiudicati ad un soggetto che sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1 lett. b) direttiva 92/50/Cee, la fornitura ivi prevista è quella consistente nel gestire la rete di distribuzione dell'energia al pubblico e non già nell'essere destinatario del contratto di fornitura dell'energia consumata da terzi"* (Cfr.: Consiglio Stato, sez. V, 14 maggio 2003, n. 2588, in *Foro amm. CDS* 2003, 1624).
- b) gli appalti relativi all'acquisizione o alla locazione - indipendentemente dalle modalità finanziarie - di terreni, edifici esistenti o altri immobili o riguardanti comunque diritti inerenti a tali beni; rientrano, tuttavia, nel campo di applicazione del decreto gli appalti relativi ai servizi finanziari conclusi precedentemente, contestualmente o successivamente al contratto di acquisto o locazione, qualunque ne sia la forma;
- c) gli appalti relativi ai servizi di telefonia vocale, telex, radiotelefonia mobile, radioavviso e radiotelecomunicazioni via satellite;
- d) gli appalti relativi a servizi d'arbitrato e di conciliazione;
- e) gli appalti relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita ed al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari;
- f) gli appalti relativi a servizi di ricerca e selezione del personale;
- g) gli appalti relativi a servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli i cui risultati appartengono al soggetto aggiudicatore perché li usi nell'esercizio della sua attività, e purché la prestazione del servizio sia dal medesimo interamente retribuita.

3.4. In particolare: le situazioni di collegamento e di controllo che determinano la non applicabilità del D.Lgs. 158/1995.

3.4.1. Il dettato normativo.

Il decreto non si applica agli appalti di servizi:

- a) assegnati da un soggetto aggiudicatore ad una impresa collegata purché almeno l'ottanta per cento della cifra d'affari media realizzata nella Comunità dall'impresa in questione negli ultimi tre anni in materia di servizi derivi dalla fornitura di detti servizi alle imprese alle quali è collegata;
- b) assegnati da un'impresa comune, costituita da più soggetti aggiudicatori per l'esercizio di attività rientranti nei settori esclusi, ad uno di questi soggetti aggiudicatori o ad un'impresa collegata ad uno di essi, purché ricorra lo stesso requisito della cifra d'affari di cui alla lettera a).

Allorché lo stesso servizio o servizi simili sono forniti da più di un'impresa collegata al soggetto aggiudicatore, occorre tener conto della cifra d'affari totale nella Comunità europea, risultante dalla fornitura di servizi da parte di queste imprese.

Si intende, per impresa collegata, qualsiasi impresa i cui conti annuali siano consolidati con quelli del soggetto aggiudicatore a norma degli articoli 25 e seguenti del decreto legislativo 9 aprile 1991, n. 127 (di modifica degli articoli codicistici), ovvero, nel caso di enti non soggetti a tale decreto, qualsiasi impresa sulla quale il soggetto aggiudicatore eserciti, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante ai sensi dell'art. 2, comma 2, nonché qualsiasi impresa che eserciti un'influenza dominante sul soggetto aggiudicatore ovvero, come quest'ultimo, sia soggetta all'influenza dominante di un'altra impresa in forza di proprietà, partecipazione finanziaria o norme interne.

3.4.2. Le situazioni di collegamento e l'influenza dominante.

La figura del collegamento societario, prevista dal III comma dell'art. 2359 c.c., ricorre allorchè una società eserciti una notevole influenza nei confronti di un'altra società.

Peraltro, nello stesso articolo viene tipizzata una forma di collegamento. Questo, infatti, si presume quando nell'assemblea ordinaria di una società si possa esercitare almeno un quinto dei voti ovvero un decimo, se la società è quotata in borsa.

La norma del codice civile ora citata non appare di facile lettura in quanto prende come riferimento per la definizione del collegamento societario il concetto, elastico, di influenza notevole.

Al di fuori delle ipotesi in cui la norma la presume - e cioè quando, nell'assemblea ordinaria, può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa - l'influenza deve essere dimostrata (Cfr.: DETERMINAZIONE dell'Autorità di Vigilanza sui LL.PP. n 22 del 7 aprile 2000).

Oltre la nozione presuntiva di cui al comma 3 dell'art. 2359 c.c., il collegamento societario che induca una influenza determinante o notevole è rinvenuto, dalla giurisprudenza amministrativa, nelle ipotesi in cui due o più offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale, purché tra le imprese concorrenti vi sia una situazione di "influenza dominante" ex art. 2359 comma 1 c.c., oppure la comunanza di interessi sia ravvisabile in un intreccio degli organi amministrativi e di rappresentanza che faccia ritenere plausibile un reciproco condizionamento (Cfr.: T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 11 aprile 2003, n. 259 in *Foro amm. TAR* 2003, 1351).

Sempre la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che l'accertamento del collegamento tra società, in relazione al concetto di influenza notevole, va condotto alla stregua di elementi oggettivi e concordanti, utili a dimostrare la riconducibilità ad un unico centro decisionale.

Pertanto, rileveranno situazioni di intreccio delle partecipazioni finanziarie e degli organi amministrativi e societari che facciano ritenere plausibile una reciproca conoscenza o condizionamento delle rispettive politiche aziendali. A titolo esemplificativo, è stato ritenuto sussistere il collegamento *"nel caso in cui due soggetti risultino titolari delle quote sociali di una s.r.l. e della maggioranza delle azioni di una s.p.a. concorrenti in una licitazione privata per la realizzazione di una residenza sanitaria, con la possibilità di determinare la gestione ordinaria e straordinaria delle due imprese e di nominare gli amministratori e quindi anche di condizionare la quantificazione dei rispettivi ribassi percentuali in vista della partecipazione alla gara"* (Cfr.: Consiglio Stato, sez. V, 24 dicembre 2001, n. 6372, in *Foro amm.* 2001, 3182).

3.4.3 La nuova direttiva lavori, servizi e forniture.

E' poi significativa nella prospettiva dell'esternalizzazione la normativa introdotta dall'art. 23 della nuova direttiva sui settori esclusi che consente l'esecuzione mediante collegata, oltre che dei servizi - ed è questa senz'altro una significativa innovazione - dei lavori e delle forniture.

Infatti, ad oggi la possibilità di ricorrere alla possibilità di affidare direttamente a società collegate determinate commesse era una peculiarità propria dei servizi nei settori esclusi.

L'ampliamento, operato dal legislatore comunitario rispetto agli affidamenti in house costituisce pertanto, una argomentazione incontrovertibile circa il superamento delle interpretazioni restrittive che sin ora si giustificavano esclusivamente in virtù della specialità della procedura.

4. Soglie di applicabilità della disciplina sui servizi nei settori esclusi.

Le regole di evidenza pubblica di derivazione comunitaria, contenute nel D.Lgs. n. 158/1995, si applicano distintamente a seconda della natura dei soggetti aggiudicatori e del settore in cui questo opera. Procediamo con ordine.

A) Per i soggetti operanti nei settori del trasporto o distribuzione di gas o energia termica, della prospezione ed estrazione di petrolio, di carbone o di altri combustibili solidi e dei servizi ferroviari, il Decreto si applica agli appalti di importo stimato, al netto dell'IVA, pari o superiore a 400.000 euro.

B) Per gli appalti indetti dai soggetti aggiudicatori operanti nel settore della gestione di reti di telecomunicazione e dell'offerta di servizi di telecomunicazione la disciplina speciale si applica agli appalti di importo superiore a 600.000 euro, al netto dell'IVA.

C) Agli appalti dei soggetti operanti nei settori della produzione, trasporto o distribuzione dell'acqua potabile e dell'elettricità, dei servizi urbani di ferrovie, tramvie, filobus o autobus, delle attrezzature aeroportuali, dei porti marittimi e fluviali o di altri terminali, le procedure previste per i settori speciali si applicano quando il valore, esclusa l'IVA, sia superiore al controvalore in euro di 400.000 DSP per i servizi di manutenzione e riparazione, di trasporto terrestre, di trasporto aereo di passeggeri e merci, di trasporto di posta per via terrestre (escluso il trasporto per ferrovia) e aerea, di telecomunicazione, per i servizi finanziari, per i servizi informatici ed affini, di ricerca e sviluppo, di contabilità, di ricerca di mercato e di sondaggio dell'opinione pubblica, di consulenza gestionale e affini, per i servizi strumentali all'architettura ed all'ingegneria, anche integrata, per i servizi pubblicitari, per i servizi di pulizia degli uffici e di gestione delle proprietà immobiliari, di editoria e di stampa in base a tariffa od a contratto, e per i servizi inerenti l'eliminazione di scarichi di fognie e di rifiuti; disinfezione e servizi analoghi.

Diversamente, qualora gli appalti, indetti dai suddetti soggetti, abbiano ad oggetto servizi alberghieri e di ristorazione, di trasporto per ferrovia, di trasporto per via d'acqua, di supporto e sussidiari per il settore dei trasporti, servizi legali, servizi di collocamento e reperimento di personale, servizi di investigazione e di sicurezza, servizi relativi all'istruzione, servizi sanitari e sociali, servizi ricreativi, culturali e sportivi e servizi di altro genere, il Decreto si applica agli appalti di valore superiore a 400.000 euro.

Peraltro, il 2° comma dell'art. 9 del Decreto, precisa che i soggetti aggiudicatori, per calcolare l'importo stimato degli appalti di servizi, debbano basarsi sulla remunerazione complessiva del prestatore di servizi tenendo conto di elementi variabili a seconda dell'oggetto dell'appalto.

In particolare, vanno tenuti presenti:

- a) nel caso dei servizi assicurativi, l'importo del premio da pagare;
- b) nel caso dei servizi bancari e degli altri servizi finanziari, gli onorari, le commissioni, gli interessi e le altre forme di remunerazione;
- c) nel caso degli appalti che comportano progettazione, gli onorari o le commissioni da pagare.

Qualora, invece, si tratti di appalti di servizi che non fissano un prezzo complessivo, la base per il calcolo dell'importo stimato dell'appalto va determinata in base:

- a) al valore complessivo dell'appalto per l'intera durata se si tratta di un appalto di durata determinata, ove questa sia pari o inferiore a quarantotto mesi;
- b) al valore mensile moltiplicato per 48 se si tratta di un appalto di durata indeterminata o superiore a quarantotto mesi.

Nell'ipotesi in cui, l'appalto preveda esplicitamente delle opzioni, deve essere preso come base per determinare il valore dell'appalto l'importo totale massimo autorizzato dell'acquisto, del leasing, della locazione o dell'acquisto a riscatto, ivi comprese le opzioni.

Inoltre, qualora oggetto della commessa siano servizi da prestarsi per un determinato periodo attraverso una serie di appalti da attribuire ad uno o più prestatori di servizi, oppure di appalti destinati ad essere rinnovati, il valore dell'appalto deve essere calcolato in base:

- a) al costo totale degli appalti che sono stati stipulati nel corso dell'esercizio finanziario o dei dodici mesi precedenti e che presentano caratteristiche analoghe, corretto, ove possibile, in funzione delle modifiche prevedibili in termini di quantità o di valore che interverranno nei dodici mesi successivi, oppure;
- b) al valore totale degli appalti da aggiudicare nel corso dei dodici mesi successivi all'attribuzione del primo contratto, oppure in tutto il periodo di validità dell'appalto, se quest'ultimo è superiore a dodici mesi.

Qualora, invece, si proceda con l'accordo-quadro, previsto dall'art. 16 del Decreto, il computo del valore dello stesso deve essere basato sul valore massimo stimato di tutti gli appalti previsti per quel determinato periodo.

Qualora la prestazione di servizi sia strumentale ad un appalto avente ad oggetto lavori, il valore dei servizi che non sono necessari all'esecuzione di uno specifico lavoro non può comunque essere aggiunto

al valore dell'appalto appalto di lavori, ma va computato singolarmente per evitare di sottrarre l'acquisto di tali forniture o servizi all'applicazione della disciplina del Decreto.

Qualora invece si tratti di un appalto misto di servizi e forniture, il calcolo del valore stimato dello stesso - comprendente anche il valore dei lavori di posa e installazione - deve essere basato sul valore totale dei servizi e delle forniture, prescindendo dalle quote rispettive.

(da www.altalex.it)