



**MASSIMO MALENA
& ASSOCIATI**

Parere

**Oggetto: interpretazione dell'art. 1, comma 1, lett. g)
dell'Allegato I.1 al D.lgs. 36/2023. I diritti concessi in virtù di
un procedimento ad evidenza pubblica, impossibilità di
qualificarli diritti speciali o esclusivi**

Per Agens



**MASSIMO MALENA
& ASSOCIATI**

Indice

1. Quesito posto	pag. 3
2. La previsione di cui all'Allegato I.1, art. 1, comma 1, lett. g) del d.lgs. 36/2023: i diritti speciali ed esclusivi – fonte normativa e finalità della norma.....	pag. 3
<i>2.I. Premessa generale.....</i>	<i>pag.3</i>
<i>2.II. La definizione dei diritti esclusivi e speciali nella normativa comunitaria e nazionale</i>	<i>pag. 5</i>
3. Conclusioni	pag.13

1. Il quesito posto

L'Associazione Agens ha chiesto a questo studio legale di effettuare un inquadramento/approfondimento in merito a quanto dispone l'Allegato I.1, art. 1, comma 1, lett. g) del d.lgs. 36/2023 che così recita: *“non costituiscono diritti esclusivi o speciali i diritti concessi in virtù di un procedimento a evidenza pubblica basato su criteri oggettivi e idoneo a garantire un'adeguata trasparenza”*. Si chiede, inoltre, di chiarire le conseguenze di una tale precisazione.

2. La previsione di cui all'Allegato I.1, art. 1, comma 1, lett. g) del d.lgs. 36/2023: i diritti speciali ed esclusivi – fonte normativa e finalità della norma.

2.1. Premessa generale

1. L'Allegato I.1 al D.lgs. 36/2023 definisce i soggetti, i contratti, le procedure e gli strumenti ai quali si riferisce il “nuovo codice appalti”.

L'art. 1 dell'Allegato è – per quanto qui di interesse – dedicato alla individuazione dei “soggetti” che operano nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici e, alla lettera g), reca la definizione dei *“soggetti titolari di diritti esclusivi e speciali”* espressamente richiamati nel Libro III del D.lgs. 36/2023 dedicato ai *“settori speciali”*, ossia a quei settori (le cui attività sono disciplinate agli articoli da 146 a 152: gas, energia termica, elettricità, acqua, servizi di trasporto, servizi postali,



MASSIMO MALENA
& ASSOCIATI

estrazione di petrolio, carbone e altri combustibili solidi, porti e aeroporti), che si caratterizzano per il fatto di dover contemperare le esigenze di tutela del mercato comune con quelle di garanzia di un servizio di interesse generale, o comunque gestito secondo dinamiche industriali, tanto da rendere opportuna, sin dalle prime Direttive europee in materia di appalti pubblici, la predisposizione di una apposita disciplina, semplificata rispetto a quella prevista per i settori ordinari.

2. Il Nuovo codice del 2023 disciplina i “settori speciali” al Libro III e delinea all’art. 141 l’ambito soggettivo di applicazione di tale disciplina “semplificata” stabilendo che la stessa è riservata:

- alle **stazioni appaltanti** o **enti concedenti** che svolgono una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152;
- agli **altri soggetti** che annoverano tra le loro attività una o più tra quelle previste dagli articoli da 146 a 152 e **operano in virtù di diritti speciali o esclusivi**.

Sotto il profilo oggettivo, invece, è previsto che alle **imprese pubbliche e ai soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi** le previsioni sono applicabili soltanto per i contratti strumentali da un punto di vista funzionale ad una delle attività previste dagli articoli dal 146 a 152.

Certamente viene in rilievo l’attività svolta che deve essere sempre attinente ai settori predetti e che, nel caso delle imprese pubbliche, rileva ai fini dell’applicazione della disciplina predetta soltanto se l’attività da

appaltare o acquisire in concessione è “**strumentale**” da un punto di vista funzionale alle attività dei c.d. “settori speciali”. La disciplina predetta si applica anche ad operatori privati che operano nei settori speciali in virtù di “*diritti speciali o esclusivi*” che sono tenuti ad esperire procedure ad evidenza pubblica di cui ai settori speciali per gli affidamenti a terzi, soltanto quando l’attività oggetto d’affidamento sia “*funzionalmente strumentale*” all’attività del settore speciale.

2.II. La definizione dei diritti esclusivi e speciali nella normativa comunitaria e nazionale

Per quanto interessa ai fini del quesito posto deve, dunque, comprendersi cosa si intenda per “**diritti esclusivi o speciali**”.

1. La definizione dei soggetti titolari di diritti esclusivi o speciali la fornisce l’Allegato I.1 al D.lgs. 36/2023, all’art. 1, comma 1, lett. g).

Per l’Allegato sono “**soggetti titolari di diritti esclusivi o speciali**”: “*i titolari di diritti concessi dallo Stato o dagli enti locali ovvero da altre amministrazioni pubbliche attraverso atti di carattere legislativo, regolamentare o amministrativo, adeguatamente pubblicati, aventi l’effetto di **riservare**, rispettivamente, a uno o più operatori economici l’esercizio delle attività previste dagli articoli da 146 a 152 del codice e di **incidere sostanzialmente sulla capacità di altri enti** di esercitare tale attività. **Non** costituiscono diritti esclusivi o speciali i diritti concessi in*

virtù di un procedimento a evidenza pubblica basato su criteri oggettivi e idoneo a garantire un'adeguata trasparenza”.

La definizione ha matrice comunitaria dato che l'art. 106, paragrafo 1 del TFUE estende il regime previsto per le imprese pubbliche alle imprese titolari di diritti esclusivi e di diritti speciali poichè tali imprese sono in qualche modo subordinate rispetto allo Stato o all'Ente locale che hanno concesso loro i diritti di cui sono titolari. Il Trattato tuttavia non definisce cosa debba intendersi per diritti speciali ed esclusivi.

2. Quanto alla distinzione tra diritti speciali e diritti esclusivi, prima della direttiva 88/301, si faceva riferimento ad un criterio quantitativo basato sul numero dei titolari degli stessi: in tal modo, si riteneva che i diritti esclusivi fossero caratterizzati dall'unicità del titolare del diritto, mentre quelli speciali fossero caratterizzati da più titolari. A partire dalla direttiva 88/301, invece, si iniziano a distinguere tali diritti ritenendo come esclusivi quelli connessi a situazioni di monopolio legale (in astratto, dunque, anche riconducibili a più soggetti) e come speciali quelli inerenti a situazioni di restrizione dell'accesso al mercato ad un numero limitato di imprese, che comportano, inevitabilmente, una limitazione della concorrenza.

La prima vera definizione di diritti speciali ed esclusivi è poi contenuta nella direttiva 94/46/CE (sulle comunicazioni via satellite), in cui la Commissione ha qualificato:



MASSIMO MALENA
& ASSOCIATI

- “diritti esclusivi” quelli “concessi da uno Stato membro ad un’impresa, mediante ogni atto legislativo, regolamentare o amministrativo, che le riservi la facoltà di fornire un servizio (...) o di effettuare un’attività in una determinata area geografica”;
- “diritti speciali” quelli “concessi da uno Stato membro ad un numero limitato di imprese mediante ogni atto legislativo, regolamentare, amministrativo che, in una determinata area geografica: i) limiti a due o più il numero delle imprese autorizzate a prestare un dato servizio o una data attività, senza osservare criteri di oggettività, proporzionalità e non discriminazione; o ii) designi, senza osservare i predetti criteri, varie imprese concorrenti come soggetti autorizzati a prestare un dato servizio o esercitare una data attività; o iii) conferisca ad una o più imprese, senza osservare detti criteri, determinati vantaggi, previsti da leggi o regolamenti, che pregiudichino in modo sostanziale la capacità di ogni altra impresa di prestare il medesimo servizio o esercitare la medesima attività nella stessa area geografica a condizioni sostanzialmente equivalenti”.

Successivamente tali definizioni hanno acquisito portata generale e oggi la dottrina afferma che si è in presenza di un **diritto esclusivo** quando lo Stato o l’Ente locale attribuisca ad una singola impresa (e a nessun’altra) la possibilità di effettuare un determinato servizio, consentendole di operare in regime di monopolio legale all’interno di una determinata area geografica. Si è in presenza, invece, di **diritti speciali** quando ad un

numero ristretto di imprese è consentito un vantaggio concorrenziale sul mercato considerato (1). In entrambi i casi si presuppone:

- la concessione del diritto da parte dello Stato o di altro ente pubblico con un atto legislativo, regolamentare o amministrativo;
- il diritto conferito deve impedire ad altri soggetti di svolgere la medesima attività economica nella stessa area geografica a condizioni equiparabili.

3. Successivamente, la Direttiva 2014/25/CEE specifica nei suoi consideranda e all'art. 4 che devono qualificarsi Enti aggiudicatori, tenuti all'applicazione della Direttiva, sia le *“amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli articoli da 8 a 14, sia gli operatori che, pur non essendo “amministrazioni aggiudicatrici né imprese pubbliche, annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 8 a 14 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro”*”. Al fine di fornire la qualificazione di tali soggetti, la direttiva specifica al par. 3 che per *“**diritti speciali o esclusivi**”* si intendono *“i diritti concessi da un'autorità competente di uno Stato membro mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa avente l'effetto di riservare a uno o più enti l'esercizio delle attività di cui agli articoli da 8 a 14 e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri enti di esercitare tale attività”*. In senso negativo la

1 A. ZOPPINI, G. ANGELONI, *Misure di Stato*, cit., p. 182.



MASSIMO MALENA
& ASSOCIATI

Direttiva chiarisce anche che “I diritti concessi in virtù di una **procedura in base alla quale è stata assicurata una pubblicità adeguata, e in caso tale concessione si sia basata su criteri oggettivi, NON costituiscono diritti speciali o esclusivi ai sensi del primo comma.** Tali procedure comprendono: a) le procedure di appalto con previa indizione di gara ai sensi della direttiva 2014/24/UE della direttiva 2009/81/CE, della direttiva 2014/23/UE o della presente direttiva; b) le procedure ai sensi di altri atti giuridici dell’Unione di cui all’**allegato II**, in grado di garantire un’adeguata trasparenza preliminare per la concessione di autorizzazioni sulla base di criteri oggettivi”.

L’Allegato II alla predetta Direttiva elenca le procedure a cui fa riferimento l’art. 4, par. 6 direttiva cit. chiarendo ancora meglio quando non si possano ritenere operanti diritti speciali ed esclusivi “I diritti concessi in virtù di una procedura in base alla quale è stata assicurata una pubblicità adeguata, e in caso tale concessione si sia basata su criteri oggettivi, NON costituiscono «diritti speciali o esclusivi» ai sensi dell’articolo 4 della presente direttiva. Il seguente elenco contiene una serie di procedure, onde garantire un’adeguata trasparenza preliminare, per il rilascio di autorizzazioni sulla base di altri atti giuridici dell’Unione che NON costituiscono «diritti speciali o esclusivi» ai sensi dell’articolo 4 della presente direttiva: a) rilascio di autorizzazioni per la gestione di impianti a gas naturale in conformità delle procedure di cui all’articolo 4 della direttiva 2009/73/CE; b) rilascio di autorizzazioni o



MASSIMO MALENA
& ASSOCIATI

*invito a presentare offerte per la costruzione di nuovi impianti per la produzione di energia elettrica in conformità della direttiva 2009/72/CE; c) la concessione di autorizzazioni, in conformità delle procedure cui all'articolo 9 della direttiva 97/67/CE, in relazione a un servizio postale che non sia riservato o che non lo sarà; d) una procedura per la concessione di un'autorizzazione a esercitare un'attività di sfruttamento degli idrocarburi a norma della direttiva 94/22/CE; e) **contratti di servizio pubblico ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007 per la fornitura di servizi pubblici di trasporto di passeggeri per autobus, tramvia, ferrovia o metropolitana, assegnati sulla base di una procedura di gara conformemente all'articolo 5, paragrafo 3, dello stesso, purché la durata di detti contratti sia conforme alle disposizioni dell'articolo 4, paragrafi 3 o 4, di tale regolamento**".*

Tale chiarificazione porta certamente a ritenere che il legislatore comunitario intendeva già dalla Direttiva del 2014, escludere dall'ambito di applicazione dei settori speciali, gli operatori (diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici e dalle imprese pubbliche) che avevano conseguito diritti speciali ed esclusivi in seguito alla partecipazione ad una selezione pubblica.

4. La scelta del legislatore comunitario è stata poi recepita nel D.lgs. 50/2016 all'art. 114, comma 4 (come modificato dall'art. 78, comma 1, lett. a), D.lgs. 56/2017) il quale stabiliva che "4. *Non costituiscono diritti speciali o esclusivi, ai sensi del comma 3, i diritti concessi in virtù di una*



MASSIMO MALENA
& ASSOCIATI

*procedura ad evidenza pubblica basata su criteri oggettivi. A tali fini, oltre alle procedure di cui al presente codice, costituiscono procedure idonee ad **escludere** la sussistenza di diritti speciali o esclusivi **tutte le procedure di cui all'allegato II della direttiva 2014/25/UE del Parlamento e del Consiglio in grado di garantire un'adeguata trasparenza**". Il vecchio codice, dunque, specificava che non sono da considerarsi diritti speciali o esclusivi, ai fini dell'applicazione della disciplina sui settori speciali, quelli attribuiti in forza di una procedura ad evidenza pubblica basata su criteri oggettivi e, richiamando tutte le procedure elencate all'Allegato II della Direttiva 2014/25/CEE, introduceva una vera e propria novità nel nostro ordinamento. I legislatori europeo ed italiano, dunque, tracciano una linea di separazione tra chi esercita un'attività in esclusiva sulla base di un **affidamento senza gara** e chi invece è risultato aggiudicatario dello stesso diritto all'esito di una **procedura ad evidenza pubblica**. Solo i primi sono tenuti comunque a seguire la disciplina del codice dei contratti pubblici per i propri appalti, anche se si tratti di operatori privati, mentre i secondi ne sono esentati e questo perché la procedura ad evidenza pubblica sarebbe idonea ad escludere - in quanto tale - quelle condizioni di carenza di trasparenza nel procedimento di concessione dei diritti speciali o esclusivi.*

In questo senso la definizione di "*diritti speciali o esclusivi*" fornita dal D.lgs. 50/2016 ha operato come limite all'applicazione della normativa

sui “*settori speciali*”. Essa ha comportato che laddove, invece, i soggetti godano di particolari situazioni di vantaggio correlate all’attività esercitata, il legislatore abbia cercato di “compensare” l’alterazione concorrenziale che ne può derivare, imponendo l’applicazione del Codice per gli approvvigionamenti, salvo che non vi sia stata “a monte” la procedura di evidenza pubblica per conseguirli. Le attività considerate nell’ambito dei “*settori speciali*” sono infatti ritenute dalla legislazione non direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili.

5. Più recentemente la Corte di Giustizia dell’Unione Europea (Sentenze del 25.10.2001 – causa C-475/99, *Ambulanz Glöckner* - e del 10.04.2008 – causa C-393/06, *Aigne*) ha dichiarato che costituiscono “*diritti speciali o esclusivi*” i **provvedimenti “legislativi”** con i quali “*viene conferita (...) ad un limitato novero di imprese [una tutela] tale da incidere sostanzialmente sulla capacità delle altre imprese di esercitare l’attività economica di cui trattasi nello stesso territorio, in circostanze sostanzialmente equivalenti*”. Questo perché, in generale i “diritti” devono essere attribuiti con lo strumento “legislativo” perché abbiano la necessaria ufficialità e certezza. Deve inoltre trattarsi di “diritti” che riconoscono un privilegio, ponendo taluni operatori in una situazione di vantaggio concorrenziale rispetto ad altri. La Corte di Giustizia fornisce a tal fine una interpretazione restrittiva dei “*settori speciali*” ed esclude l’applicazione di tale disciplina ogni qual volta l’attività affidata non sia

“esclusiva del settore, né si pone ad esso in termini di mezzo a fine, né può essere considerata come inclusa nella gestione di un servizio”.

6. Sia l'art. 141 che l'art. 1, comma 1, lett. g) dell'Allegato I.1 al D.lgs. 36/2023 riproducono in modo semplificato il predetto principio senza richiamare l'Allegato II alla Direttiva 2014/25/CE e confermano la esclusione dall'applicazione delle norme sui settori speciali per i soggetti che operano in virtù di diritti speciali o esclusivi in conformità ai principi innanzi richiamati dalla normativa comunitaria. Ma vi è di più.

La circostanza, infatti, che a tali soggetti l'attribuzione di un diritto speciale o esclusivo sia avvenuta a seguito di una selezione pubblica li esime dall'applicazione del codice appalti sottoponendoli alla disciplina codicistica (al pari di quanto avviene quando tali operatori debbano effettuare acquisti in ambiti non strumentali dal punto di vista funzionale ad una delle attività di cui agli artt. da 146 a 152).

Delineato nei termini suddetti l'ambito di applicazione della norma oggetto di esame si conclude come segue.

3. Conclusioni

Le osservazioni svolte ai punti che precedono consentono di attestare che la formulazione dell'art. 1, comma 1, lett. g) dell'Allegato al D.lgs. 36/2023 debba intendersi nel senso che la circostanza che non costituiscono diritti speciali o esclusivi quelli acquisiti in esito ad una procedura ad evidenza pubblica basata su criteri oggettivi e idonei a

garantire un'adeguata trasparenza implica che tali soggetti non siano tenuti ad applicare né le disposizioni relative ai settori speciali né quelle relative ai settori ordinari sul presupposto che se vi è stata una gara a monte per l'affidamento del contratto, l'aggiudicatario potrà liberamente operare per i propri acquisti successivi. Per verificare se il soggetto sia o meno tenuto ad osservare le previsioni dei settori speciali è necessario verificare se i diritti di cui godono siano o meno idonei ad incidere sulla capacità di altri soggetti di esercitare tali attività, sia sotto l'aspetto quantitativo (verificando se il diritto di cui sono titolati tende ad escludere che altri soggetti esercitino tali attività) sia sotto l'aspetto qualitativo (verificando se il diritto fosse atto a compromettere il materiale esercizio di alcune attività da parte di certi operatori a discapito di altri). Fatta la predetta verifica sarà necessario verificare se tale diritto sia stato concesso sulla base di criteri oggettivi, proporzionali e non discriminatori, e pertanto, non si sarà in presenza di “*diritti speciali o esclusivi*”.

In tal caso, infatti, l'operatore che risulti aggiudicatario tramite gara non è considerabile come titolare di “*diritti speciali o esclusivi*” e, pertanto, non sarà tenuto all'applicazione del Codice per l'affidamento di contratti pur ricompresi formalmente nell'ambito delle attività dei “*settori speciali*”, con la conseguente applicazione delle comuni regole civilistiche e l'assoggettamento alla giurisdizione ordinaria.

Tale posizione si differenzia, invece, da quella degli operatori che conseguono tali diritti con concessioni dello Stato o di enti locali o di



**MASSIMO MALENA
& ASSOCIATI**

altre amministrazioni pubbliche attraverso atti di carattere legislativo, regolamentare o amministrativo, che implicano una decisione di affidamento diretto o comunque non rispettoso dei predetti principi, i quali saranno tenuti ad applicare le disposizioni del Libro III dedicato ai settori speciali se svolgono tra le loro attività una compresa tra quelle di cui agli articoli da 146 a 152, limitatamente ai contratti strumentali da un punto di vista funzionale ad una delle predette attività.

Roma, 07 Luglio 2023


Avv. Bruno Bitetti


Avv. Miccoli. Stefania