

Nei settori speciali vince ancora la scelta dell'autonomia

Fondazione Visentini Contratti pubblici

di **Claudio Contessa**

Il dibattito che ha accompagnato l'entrata in vigore e poi l'acquisto di efficacia del nuovo Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 36/2023) ha in parte trascurato le numerose novità che hanno interessato i cosiddetti *settori speciali* (in particolare il settore delle multiutility, ma anche settori diversi come quello dei porti, degli aeroporti e dei servizi postali), ai quali è dedicato l'intero Libro III (articoli 141-173).

Il limitato interesse suscitato da questa parte del Codice risulta difficile da comprendere se solo si considera che, nel corso del 2021, il valore complessivo degli appalti aggiudicati nell'ambito dei cosiddetti *settori speciali* ammonta a oltre 45 miliardi di euro (dati Anac, Relazione al Parlamento 2021) e che, nel solo 2020, le imprese italiane operanti nel settore delle utility hanno realizzato un fatturato complessivo pari a 87,7 miliardi – inteso come valore della

mercati locali, i quali mantengono pur sempre – al loro interno - un assetto strutturalmente monopolistico).

Da quel momento storico, tutti i pacchetti normativi che si sono susseguiti in ambito Ue nel corso del tempo (e, segnatamente, quello del 2004 e quello del 2014) hanno continuato a muoversi sul crinale della tensione fra i due poli della questione. E infatti la normativa di settore ha continuato a oscillare talora in una direzione “centripeta” (ossia verso un ravvicinamento alla generale disciplina degli appalti nei settori classici e verso un rafforzamento dell'impostazione proconcorrenziale che la caratterizza) mentre talvolta si è mossa verso un'opposta direzione “centrifuga” (ossia, verso un allontanamento dalla generale disciplina sugli appalti ordinari, con conseguente rafforzamento degli ambiti di autonomia disciplinare e organizzativa dei settori speciali).

Ora, le scelte compiute dal legislatore della delega del 2023 risultano caratterizzate da un approccio che potrebbe essere sintetizzato con la formula manzoniana dell'*adelante, con juicio*: il

produzione -, rappresentando il 5,3% del valore del Pil italiano (Rapporto Top Utility 2022).

Eppure, la riforma del 2023 ha introdotto in questo delicato settore dell'economia pubblica alcuni importanti elementi di innovazione (pur avendo confermato numerosi degli aspetti che avevano caratterizzato la disciplina dei settori speciali nel Codice del 2006 e in quello del 2016).

Non è però possibile comprendere appieno le peculiarità di questo settore dell'ordinamento se non si ricordano le ragioni storiche che hanno indotto, ormai trent'anni fa, il legislatore Ue e quello nazionale ad assicurare ad alcuni settori dell'economia pubblica (quelli tradizionalmente caratterizzati da più incisivi interventi pubblici in chiave di direzione e controllo) una disciplina in parte derogatoria rispetto a quella – pienamente concorrenziale – che caratterizza gli appalti nei cosiddetti *settori ordinari*.

Va infatti ricordato che la prima direttiva europea di ravvicinamento delle legislazioni nazionali in questo settore (la 93/38/Ce) mirava a individuare un delicato punto di equilibrio fra due concomitanti – e in parte confliggenti – esigenze che emergevano in modo evidente in occasione del completamento del Mercato unico (novembre 1992):

- da un lato, l'esigenza dell'Ue di introdurre alcune forme minime di privatizzazione, liberalizzazione e tensione concorrenziale nell'ambito di settori di intervento (in particolare, quelli delle

Libro III del nuovo Codice muove indubbiamente alcuni ulteriori passi in avanti



Nel 2021 il valore totale degli appalti aggiudicati nell'ambito dei settori speciali supera i 45 miliardi

nella direzione dell'autonomizzazione della disciplina dei settori speciali rispetto a quella dei settori ordinari e utilizza numerosi degli strumenti che il diritto Ue riconosce per rafforzare l'autonomia operativa e gestionale dei principali player (basti pensare alla possibilità per le imprese pubbliche e per i privati titolari di diritti speciali ed esclusivi di definire in modo tendenzialmente autonomo la controversa figura dei gravi illeciti professionali).

D'altra parte il legislatore italiano del 2023 ha scelto ancora una volta (come già aveva fatto nel 2006 e nel 2016) di non utilizzare fino in fondo tutte le possibilità di flessibilizzazione e di autonomizzazione che le amplissime previsioni della direttiva settori speciali numero 2014/25/Ue pure avrebbero consentito (si pensi alla possibilità – che il legislatore del 2023 non ha ritenuto di cogliere – di introdurre nei settori speciali una disciplina sui requisiti soggettivi e di moralità del tutto autonoma rispetto a quella propria dei settori ordinari).

Si tratta, ad avviso di chi scrive, di una scelta forse opinabile (come tutte le forme di *policy mix* che mirano a

multiutility) in cui tradizionalmente operano forti e incisive forme di intervento e di controllo da parte dei soggetti pubblici;

- dall'altro, l'esigenza dei principali player operanti in questi mercati di fruire di adeguati livelli di flessibilità operativa e gestionale (anche in ragione del fatto che questi attori operano spesso in competizione fra loro per l'assegnazione delle reti locali e la gestione dei rispettivi

congiungere esigenze antinomiche) ma certamente consapevole e ponderata nell'individuazione di un adeguato punto di equilibrio fra le esigenze dell'autorità e della libertà che da sempre rappresentano i poli opposti entro i quali è chiamata a muoversi qualunque scelta di politica pubblica in campo economico.

Osservatorio Fondazione Bruno Visentini
a cura di Giancarlo Montedoro

© RIPRODUZIONE RISERVATA