

I contratti “attivi” dell’impresa pubblica e i riflessi sulla giurisdizione

di **Adriana Presti**

*News del 18 maggio 2017*

**Il contratto “attivo” – come precisato dall’art. 5 d.lgs. n. 56 del 2017 (cd. correttivo al Codice dei contratti pubblici) – ovvero sia destinato a determinare un’entrata per l’Amministrazione è come tale sottratto alla disciplina del Codice dei contratti pubblici. Il fatto che un’impresa pubblica, nella veste di stazione appaltante, abbia del tutto liberamente optato per il ricorso ad una procedura selettiva ad evidenza pubblica in ipotesi di tal fatta, non è di per sé sufficiente a radicare per le relative controversie la giurisdizione amministrativa, diversamente pervenendosi al risultato di consentire all’Amministrazione una sostanziale scelta del proprio giudice.**

In primo luogo il TAR precisa che, ai sensi del combinato disposto degli [artt. 3 e 114 del nuovo codice dei contratti](#) (d. lgs. n. 50 del 2016), una stazione appaltante va annoverata fra le "imprese pubbliche" operante nel settore dei trasporti, se tra le sue attività sono previste quelle individuate dal successivo art. 118. Secondo quest'ultima disposizione infatti, il Codice si applica, con le limitazioni ivi previste, solo in relazione alle attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico (nel caso di specie) nel campo del trasporto ferroviario.

Qualora il contratto alla cui stipula è finalizzata la procedura sia "attivo", ossia destinato a determinare un'entrata per l'Amministrazione, lo stesso è come tale sottratto alla disciplina del Codice. L'art. 4 del Codice, nella versione originaria (applicabile *ratione temporis*), sottopone "l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice" al "rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica".

Tale lacuna - osserva il TAR - è stata poi colmata per effetto dell'[art. 5 d.lgs. n. 56 del 2017](#) (cd. correttivo al Codice), che ha inserito, nel suddetto articolo 4, dopo le parole: "lavori, servizi e forniture," la locuzione: "dei contratti attivi," con portata evidentemente innovativa rispetto alla previgente disciplina.

In tal quadro come asserito dal Consiglio di Stato in una fattispecie analoga (n. 1299 del 2015), va aggiunto che le società a partecipazione pubblica sono sottratte agli obblighi contenuti nella normativa in materia di contabilità pubblica, e in particolare a quelli discendenti dall'art. 3 del r.d. nr. 2440 del 1923 (cfr. [Cons. St., Sez. V, 18 novembre 2004, n. 7554](#)).

Sicché qualora l'impresa pubblica abbia del tutto liberamente e non in osservanza di un obbligo legale, optato per il ricorso ad una procedura selettiva per l'individuazione del proprio interlocutore in un contratto di "cessione" di beni, il c.d. "autovincolo", non è di per sé sufficiente a radicare per le relative controversie la giurisdizione amministrativa, diversamente pervenendosi al risultato di consentire all'Amministrazione una sostanziale scelta del proprio giudice ([Ad. plen., 1° agosto 2011, n. 16](#)).