

CAPITOLO IV - AFFIDAMENTI DIRETTI EX ART. 6 DELLA DIRETTIVA 92/50 E IN HOUSE CONTRACTS IN ALCUNI STATI EUROPEI

SOMMARIO: 1. L'esperienza francese. - 1.1. Normativa nazionale di recepimento della direttiva 92/50/CEE. - 1.1.1. Ambito di applicazione oggettivo. - 1.1.2. Ambito di applicazione soggettivo. - 1.2. Esclusioni e deroga ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE. - 1.3. In house contracts. - 2. L'esperienza inglese. - 2.1. Normativa nazionale di recepimento della direttiva 92/50/CEE. - 2.1.1. Ambito di applicazione oggettivo. - 2.1.2. Ambito di applicazione soggettivo. - 2.2. - Esclusioni e deroga ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE. - 2.3. In house contracts. - 3. L'esperienza spagnola. - 3.1. Normativa nazionale di recepimento della direttiva 92/50/CEE. - 3.1.1. Ambito di applicazione oggettivo. - 3.1.2. Ambito di applicazione soggettivo. - 3.2. Esclusioni e deroga ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE. - 3.3. In house contracts. - L'analisi trasversale della normativa sugli appalti pubblici nei paesi oggetto di benchmarking.

1. L'esperienza francese

1.1. Normativa nazionale di recepimento della direttiva 92/50/CEE

La complessa materia degli appalti pubblici è attualmente regolata in Francia dal Codice degli appalti pubblici («*Code des marchés publics*»), contenuto nel decreto n. 2004-15 del 7 gennaio 2004¹⁴² il quale ha abrogato il precedente decreto del 7 marzo 2001 e ha previsto la nuova codificazione della legislazione relativa agli appalti pubblici. A differenza che in Italia e Inghilterra, dove specifiche disposizioni legislative regolano separatamente forniture, lavori e servizi, il codice regolamenta, in un unico testo normativo, tutte le tipologie di appalti pubblici.

Come verrà di seguito specificato, il campo di applicazione¹⁴³ soggettivo del codice degli appalti pubblici francese è più ristretto rispetto a quanto previsto dalla direttiva 92/50/CEE. Le disposizioni della direttiva

¹⁴² Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, pubblicato nel Journal Official n° 6 dell'8 gennaio 2004, pag. 37003.

¹⁴³ Cfr. *Circulaire du 2 janvier 2004 portant manuel d'application du code des marchés publics*, in www.lexinter.net/marchespublics.

sono attuate in Francia, per ciò che concerne i soggetti che non rientrano nel campo di applicazione del codice, dalla legge n. 91 - 3¹⁴⁴, relativa alla trasparenza e alla regolarità delle procedure di appalto, come modificata da ultimo dalla legge n. 2001-1168 del 11 dicembre 2001, e dalla legge n. 92-1282 del 11 dicembre 1992¹⁴⁵.

1.1.1. Ambito di applicazione oggettivo

Secondo l'art. 1¹⁴⁶ del codice gli appalti pubblici sono contratti conclusi a titolo oneroso dallo Stato ed i suoi stabilimenti, ad eccezione di quelli aventi carattere industriale o commerciale, dagli enti locali ed i loro stabilimenti pubblici¹⁴⁷ per soddisfare loro bisogni in relazione a lavori, forniture e servizi. Il codice, riferendosi in generale a tutte le tipologie di appalti, fa quindi anch'esso riferimento alla stipulazione di un contratto a titolo oneroso così come, per lo specifico tema dell'appalto di servizi, fa la direttiva 92/50/CEE.

La differenza rilevante consiste nell'elencazione dei soggetti "contraenti". Il codice, infatti, non prevede specificamente che amministrazioni aggiudicatrici possano essere gli organismi di diritto pubblico o le loro associazioni. Tale previsione si trova nella legge generale relativa alla trasparenza e regolarità delle procedure di appalto.

1.1.2. Ambito di applicazione soggettivo

¹⁴⁴ Journal Officiel de la République Française du 05/01/91. Loi n° 91 - 3 du 03/01/91, relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence.
¹⁴⁵ Loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports.
¹⁴⁶ Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 2, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.
¹⁴⁷ Les dispositions du présent code s'appliquent : 1° Aux marchés conclus par l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics (...)

Le norme del codice si applicano, infatti, secondo quanto stabilito dall'art. 2 dello stesso¹⁴⁸ ai contratti conclusi dallo Stato, o da sue istituzioni non aventi carattere industriale o commerciale, dagli enti locali o loro istituzioni.

L'art. 9 della legge n. 91 - 3¹⁴⁹, alla lett. c), fa riferimento, tra gli altri e per quanto qui di interesse, anche agli enti di diritto privato, alle istituzioni pubbliche statali aventi carattere industriale o commerciale, ai raggruppamenti di interesse pubblico che soddisfino un bisogno generale non avente carattere industriale o commerciale e rispondente ad una delle seguenti condizioni: 1) che siano finanziati in misura maggioritaria ed in modo permanente dallo Stato, dagli enti locali, da istituzioni pubbliche statali non aventi carattere industriale o commerciale o da enti di diritto privato, da istituzioni pubbliche statali aventi carattere industriale o commerciale, da raggruppamenti di interesse pubblico che soddisfino un bisogno generale non avente carattere industriale o commerciale; 2) che siano sottoposti al controllo della gestione da parte di uno degli enti di cui al n. 1; che abbiano l'organo d'amministrazione, di direzione o di sorveglianza composto maggioritariamente da membri designati dagli enti di cui al n. 1.

Tale previsione normativa è fondamentale per comprendere quali siano le ipotesi in cui, secondo la disciplina francese, si può derogare all'applicazione delle procedure dell'evidenza pubblica e della messa in concorrenza dell'affidamento dei servizi.

¹⁴⁸ Cfr. nota precedente.

¹⁴⁹ Per ciò che concerne i soggetti cui si applica la legge l'articolo 9 testualmente si riferisce a: (...), les collectivités territoriales, leurs établissements publics autres que ceux à caractère industriel et commercial, ou les organismes suivants:
a) Soit un groupement de droit privé formé entre des collectivités publiques;
b) Soit la Banque de France;
c) Soit un organisme de droit privé, un établissement public à caractère industriel et commercial de l'Etat ou un groupement d'intérêt public, satisfaisant un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial et répondant à l'une des conditions suivantes: 1° Avoir son activité financée majoritairement et d'une manière permanente par l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel ou commercial, ou encore des organismes de droit privé, des établissements publics à caractère industriel et commercial de l'Etat ou des groupements d'intérêt public, satisfaisant un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial; 2° Etre soumis à un contrôle de sa gestion par l'un des organismes mentionnés au 1°; 3° Comporter un organe d'administration, de direction ou de surveillance composé majoritairement de membres désignés par des organismes mentionnés au 1°.

1.2. Esclusioni e deroga ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE

L'art. 3.2. del Code des marchés publics esclude dal campo di applicazione del codice stesso¹⁵⁰ i contratti di servizi conclusi da uno degli enti pubblici di cui all'art.2 con un altro ente pubblico o con uno degli enti di cui all'art. 9 della legge n. 91-3 della legge del 3 gennaio 1991 allorché l'ente pubblico o privato contraente benefici, sulla base di una disposizione di legge, di un diritto esclusivo che riservi loro l'esercizio di un'attività.

Il Consiglio di Stato francese¹⁵¹, sotto il profilo del campo di applicazione soggettivo, ha affermato la conformità della disposizione in esame al disposto dell'art. 6 della direttiva 92/50/CEE. Secondo il massimo giudice amministrativo francese, infatti, le «amministrazioni aggiudicatrici» ai sensi dell'art.1, lett. b) della direttiva 92/50/CEE, sono correttamente individuate nell'art.3.2. del codice con il riferimento allo Stato, a sue istituzioni non aventi carattere industriale o commerciale, agli enti locali o loro istituzioni ed agli organismi di diritto pubblico.

Fondamentale contributo all'interpretazione della norma è dato dalla Circolare del 1 gennaio 2004 del Ministero dell'economia e delle finanze¹⁵².

La Circolare chiarisce che in conformità all'art. 86 del Trattato, il diritto esclusivo può essere accordato soltanto per lo svolgimento di servizi di interesse economico generale che giustifichi, dunque, la restrizione (rectius: assenza) della concorrenza. L'attribuzione del diritto esclusivo, seppure determina la creazione di una posizione dominante in capo all'affidatario del servizio, non deve comportarne "l'abuso". Infine, il contenuto, la durata, ed i limiti della prestazione devono essere definiti dettagliatamente.

¹⁵⁰ Les contrats de services conclus par une des personnes publiques mentionnées à l'article 2 avec une autre de ces personnes publiques ou avec une des personnes mentionnées à l'article 9 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mises en concurrence, lorsque une personne publique ou privée cocontractante bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif ayant pour effet de lui réserver l'exercice d'une activité.

¹⁵¹ Conseil d'Etat, Assemblée, 5 mars 2003, n.233372, Union Nationale des Services Publics Industriels et Commerciaux et autres.

¹⁵² Circolare del 7 janvier 2004 portant manuel d'application du code des marchés publics, pubblicata sul Journal Officiel n° 6 du 8 janvier 2004 p. 37031.

Il diritto esclusivo, a mente della Circolare, può essere quindi concesso soltanto nei seguenti casi:

- deve essere conferito da un atto unilaterale dell'amministrazione che sia antecedente all'atto di affidamento del servizio e distinto da quest'ultimo: perché vi sia un "diritto esclusivo", l'esercizio dell'attività deve essere riservato al prestatore di servizi prima dell'affidamento, e non può derivare da una disposizione contenuta nello stesso atto di affidamento.
- all'organismo beneficiario del riconoscimento del diritto esclusivo deve essere applicabile il «Code des marchés publics» o la legge n. 91-3 del 1991;
- il diritto esclusivo deve essere legittimamente attribuito; ciò implica che non debba essere in contrasto con norme nazionali e comunitarie¹⁵³.

Prima di concludere un contratto con un affidatario detentore di un diritto esclusivo, l'amministrazione deve, in pratica, verificare l'esistenza della norma legislativa o regolamentare posta a fondamento dello stesso.

1.3. In house contracts

L'art. 3.1 del Code des marchés publics, sulla scia della decisione Teckal, esclude dal campo di applicazione del codice stesso i contratti stipulati tra gli enti pubblici di cui all'art. 2 con un contraente sul quale gli stessi esercitano un controllo equivalente a quello che esercitano su propri servizi e che svolge la propria attività essenzialmente a favore della amministrazione contraente a condizione che, anche se il contraente non è

¹⁵³ Testualmente la Circolare prevede che il diritto esclusivo «doit être conféré par un acte unilatéral antérieur au marché et distinct de ce dernier: pour qu'il y ait des droits exclusifs, il faut que l'exercice d'une activité ait été réservé à une personne préalablement à toute relation contractuelle. En effet, l'existence de droits exclusifs ne peut découler du contrat lui-même, des actes administratifs détachables de ce contrat ou d'une simple délibération; l'organisme bénéficiaire doit lui-même être soumis au code des marchés ou répondre aux critères mentionnés par les lois n° 91-3 du 3 janvier 1991 et n° 92-1282 du 11 décembre 1992, tels que précisés au point 1.2 du présent manuel; il doit être légalement pris, c'est-à-dire qu'il ne heurte aucune disposition nationale ou communautaire, et notamment les règles du droit de la concurrence».

un ente pubblico quale definito all'art. 2, lo stesso applichi per rispondere ai propri bisogni, le regole di aggiudicazione di cui al Codice¹⁵⁴. Con tale ultima disposizione viene garantita, a valle, l'applicazione delle procedure dell'evidenza pubblica.

La Circolare del 2004, dopo avere chiarito che la deroga riguarda gli appalti di forniture, di lavori e di servizi, specifica che affinché tale deroga possa essere applicata legittimamente, l'ente affidatario deve potersi considerare quale "prolungamento amministrativo" dell'amministrazione aggiudicatrice ed, a tal fine, richiama i seguenti principi:

- il controllo da parte dell'amministrazione affidante sull'ente affidatario deve essere analogo a quello che questa esercita sui propri servizi;
- l'ente affidatario, per essere considerato *in house*, deve svolgere la propria attività essenzialmente in favore dell'amministrazione controllante e le attività prestate in favore di altri soggetti devono essere marginali.

Il Consiglio di Stato francese¹⁵⁵ ha affrontato la problematica relativa all'accertamento dei presupposti (natura del controllo e destinatario dell'attività) per l'applicabilità dell'art. 3.1. del *Code des marchés publics* nell'ipotesi di affidamento di servizi ad una società mista.

La corte francese ha chiarito quali siano gli indici che possono essere utilizzati per valutare se l'amministrazione aggiudicatrice esercita sull'ente affidatario un controllo analogo a quello dalla stessa esercitato sui propri servizi.

Il primo indice di valutazione della natura del controllo viene individuato nel possesso del 100% del capitale dell'ente affidatario da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Se l'amministrazione aggiudicatrice

detiene una partecipazione inferiore, è necessario ricorrere ad altri criteri. Costituisce un ulteriore indice di valutazione, il potere d'influenza dell'amministrazione aggiudicatrice sull'altro contraente, valutabile sulla base della presenza, dal numero e dalla rilevanza delle posizioni assunte dai rappresentanti dell'amministrazione stessa all'interno delle strutture di direzione dell'ente contraente. Altro indice per valutare il grado di controllo che l'amministrazione aggiudicatrice ha sull'ente può essere desunto da un'analisi che tenga conto, oltre che della struttura legale e della gestione dell'ente, anche di ulteriori circostanze di ordine pratico, quali, ad esempio, di un accordo tra azionisti o dell'esistenza di vincoli di capitali tra azionisti.

In ordine al secondo presupposto, la Corte chiarito che un ente può considerarsi *in house* all'amministrazione aggiudicatrice se le attività svolte dall'ente stesso siano per la maggiore parte eseguite a beneficio dell'amministrazione stessa; occorre, quindi, verificare se l'ente contraente svolga anche attività commerciali a favore di terzi ed eventualmente in quale misura. Nel caso in cui l'ente svolga anche attività a favore di terzi, ma queste siano tuttavia marginali rispetto al fatturato intero dell'ente, la giurisprudenza francese ritiene applicabile l'esclusione prevista dal codice¹⁵⁶.

2. L'esperienza inglese

2.1. Normativa nazionale di recepimento della direttiva 92/50/CEE

Il Regno Unito di Gran Bretagna ed Irlanda del Nord, in virtù della sua appartenenza all'Unione Europea, è obbligato al rispetto dei principi del Trattato e delle norme contenute nelle direttive.

Il settore pubblico, nel Regno Unito, controlla un ottavo del patrimonio netto della popolazione britannica e continua a spendere ingenti

¹⁵⁶ Non è, tuttavia, agevole comprendere se tale attività debba essere svolta necessariamente per un vantaggio diretto dell'autorità pubblica o se possa essere svolta, su indicazione della stessa amministrazione, a favore di terzi.

¹⁵⁴ L'art. 3.1 prevede che «Les dispositions du présent code ne sont pas applicables: «avec un contractant sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle à condition que, même si ce cocontractant n'est pas une des personnes publiques mentionnées à l'article 2, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code».

¹⁵⁵ Conseil d'Etat, 27 juillet 2001, req. n° 218067. Tal pronuncia fa riferimento al testo del 2001 del codice, non più vigente.

somme per l'acquisto di beni e servizi dal settore privato¹⁵⁷. Tutti i contratti relativi ad appalti di lavori, forniture e servizi sono disciplinati dai Regolamenti che hanno recepito le direttive europee sugli appalti¹⁵⁸.

La direttiva 92/50/CEE, in particolare, è stata recepita mediante lo Statutory Instrument n. 3228 del 1993 (The Public Service Contracts Regulations) entrato in vigore il 13 gennaio 1994 e successivamente novellato con l'atto *The public Contracts (Works Services and supplies) and Utilities Contracts (Amendment) Regulations* n. 46/2003.

2.1.1. Ambito di applicazione oggettivo

Il regolamento si applica per tutti i contratti pubblici di servizi. Secondo lo Statutory Instrument, *public services contract* significa un contratto in forma scritta a titolo oneroso (qualunque sia la natura della controprestazione), in base al quale un'amministrazione aggiudicatrice affidi lo svolgimento di servizi ad altro soggetto. La definizione non include i contratti d'appalto di lavori e di forniture¹⁵⁹.

La necessità che sussista un contratto implica che l'affidamento di servizi ad un ente in house all'amministrazione aggiudicatrice non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva servizi e della relativa norma di attuazione in quanto *an authority cannot contract with itself*¹⁶⁰. Sul punto meglio si dirà *infra*.

¹⁵⁷ Regno Unito, *Importanza delle commesse pubbliche*, Ufficio ICE, Marzo 2002.

¹⁵⁸ Si fa riferimento, per ciò che concerne forniture e lavori a: *Public Supplies Contracts Regulation, S.I. 1995/201* che recepisce la Direttiva n.93/36; e al *Public Works Contracts, S.I. 1991/2680* che recepisce la Direttiva n.93/37.

¹⁵⁹ La section 2 prevede che «*Public services contract means a contract in writing for consideration (whatever the nature of the consideration) under which a contracting authority engages a person to provide services but does not include— (a) a contract of employment or other contract of services; (b) a public works contract within the meaning of the Public Works Contracts Regulations 1991[4]; (c) a public supply contract within the meaning of the Public Supply Contracts Regulations 1991[5]; (d) any contract where the contracting authority is a utility within the meaning of regulation 3 of the Utilities Supply and Works Contracts Regulations 1992[6] and the services are to be provided under it for the purposes of carrying out an activity specified in the Part of Schedule 1 of those Regulations in which the utility is specified; or (e) a contract under which a contracting authority engages a person to provide services to the public lying within its responsibility and under which the consideration given by the contracting authority consists of or includes the right to exploit the provision of the services*».

¹⁶⁰ Si veda COPPEL J., HOOPER B., *EC public procurement rules*, reperibile su www.ukbaw.com

2.1.2. Ambito di applicazione soggettivo

Dal punto di vista soggettivo, le parti contraenti sono i «*services providers*» (prestatori di servizi) e le «*contracting authorities*» (amministrazioni aggiudicatrici).

L'art. 4 (1) del regolamento definisce i «*services providers*» quali: «*persons who seek or sought or would have wished to be the person to whom a public services contract is awarded, to participate in a design contest, and who are nationals of and established in a Member State*» (tutti quei soggetti che vorrebbero gli venisse aggiudicato un contratto pubblico di servizio che siano britannici o facenti parte di uno Stato membro).

L'art. 3 s (1) prevede un'elencazione¹⁶¹ dei soggetti pubblici che possono essere considerati «*contracting authorities*». Il legislatore inglese ha preferito elencare nominativamente gli enti che possono essere considerati amministrazioni aggiudicatrici, lasciando – quale unica clausola definitoria «astratta», quella di cui alla lettera r).

A differenza della normativa europea e di quella italiana di attuazione e similmente all'impostazione francese, lo Statutory Instrument n. 1993/3228 non utilizza, pur riprendendo totalmente il contenuto dell'art. 1, lett. b) della direttiva la locuzione «*bodies governed by public law*» ovvero, in Italia, «organismi di diritto pubblico»¹⁶².

¹⁶¹ La Section 3 fa riferimento a: *Ministers of the Crown, government departments, the House of Commons, the House of Lords, The Northern Ireland Assembly, Local Authorities, fire authorities under the Service Act 1947, the Fire Authorities for Northern Ireland, police authorities under section 2 of the Police Act 1964, Police Authorities for Northern Ireland, authorities under section 10 of the Government Act 1985, joint authorities by Part IV of the Act, all bodies under section 10 of Local Broads Authority, any of the bodies specified in par. F, G, I, K, L, M, and N, all bodies and joint boards constituted for National Parks by orders under Par. 1 or 3 of Schedule 17 to the Local Government Act 1972, all joint education boards under Provision of part.1 of the First Schedule to the Education Act 1944.*

¹⁶² Lo Statutory Instrument, infatti, prevede – alla lett. r) - che sia «amministrazione aggiudicatrice», oltre le ipotesi nominativamente previste, anche «*a corporation established, or a group of individuals appointed to act together, for the specific purposes of meeting needs in the general interest, not having an industrial or commercial character, and (i) financed wholly or mainly by another contracting authority, or (ii) subject to management supervision by another contracting authority, or (iii) more than half of the board of directors or members of which, or, in the case of a group of individuals, more than half of these individuals, being appointed by another contracting authority.*».

La normativa nazionale inglese, tuttavia, pur omettendo la citazione testuale degli organismi di diritto pubblico, fa riferimento ai criteri di cui alla direttiva 92/50 e cioè:

- possesso di personalità giuridica (imponendo che debba trattarsi di *corporation* ovvero di *a group of individuals appointed to act together*);
- istituzione per scopi di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale;
- controllo da parte di altra amministrazione aggiudicatrice.

Si tratta dei requisiti che devono sussistere, contemporaneamente e non alternativamente¹⁶³, perché un ente possa essere definito organismo di diritto pubblico.

Sui primi due requisiti si rinvia a quanto già detto nella parte I del presente lavoro. In ordine al controllo da parte di altra *contracting authority*, con la sentenza *Rv. HM Treasury, ex p University of Cambridge*¹⁶⁴ la Corte di Giustizia, decidendo una questione pregiudiziale sottoposta dalla High Court of Justice¹⁶⁵ inglese, ha fornito chiarimenti circa il significato giuridico delle parole "*financed, for the most part by...another contracting authorities*" (finanziato per la maggior parte da altra amministrazione aggiudicatrice).

Secondo la Corte, infatti, l'espressione «finanziata (...) da [una o più amministrazioni aggiudicatrici]», deve essere interpretata nel senso che essa comprende le sovvenzioni ed i finanziamenti concessi da una o più amministrazioni aggiudicatrici al fine di promuovere i lavori di ricerca, come pure i contributi per borse di studio destinate a studenti, corrisposti alle università dalle autorità locali competenti in materia di pubblica istruzione e finalizzati alla copertura delle spese di istruzione di studenti

nominativamente designati. Non costituiscono invece finanziamento pubblico ai sensi delle dette direttive le somme versate da una o più amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito di un contratto di prestazione di servizi comprendente lavori di ricerca, ovvero a titolo di corrispettivo per la prestazione di altri servizi, quali perizie od organizzazione di conferenze. L'espressione «in modo maggioritario», contenuta nel citato art. 1, lett. b), secondo comma, terzo trattino, deve essere intesa nel senso di «più della metà». Per giungere ad una corretta valutazione della percentuale di finanziamento pubblico di un dato organismo, occorre tener conto dell'insieme delle entrate delle quali tale organismo si avvale, ivi comprese quelle derivanti da un'attività commerciale¹⁶⁶.

L'attribuzione della qualifica di «amministrazione aggiudicatrice» ad un organismo quale un'università deve essere effettuata su base annuale e l'esercizio finanziario nel corso del quale viene avviato il procedimento di gara d'appalto deve essere considerato il periodo più appropriato ai fini del calcolo del modo di finanziamento di tale organismo, fermo restando che tale calcolo deve essere effettuato sulla scorta delle cifre disponibili all'inizio dell'esercizio finanziario, ancorché queste abbiano natura previsionale. Un organismo che, alla data in cui viene avviato un procedimento di gara d'appalto, sia qualificabile come «amministrazione aggiudicatrice» ai sensi delle citate direttive rimane - in relazione a tale appalto - soggetto alle prescrizioni delle dette direttive fino alla conclusione della procedura in questione¹⁶⁷.

Il terzo elemento della definizione di «organismo di diritto pubblico», ossia il controllo da parte di altra amministrazione aggiudicatrice, può essere altresì soddisfatto se quest'ultima esercita sull'ente la c.d. *management supervision* (controllo sulla gestione). La sentenza *Connemara Machine Turf Cov. Coillte Teoranta*¹⁶⁸, seppure resa in relazione alla direttiva

¹⁶³ Corte di Giustizia, *Mannesmann Anlagenbau Austria c. Strohal Rotationsdruck*, cit.

¹⁶⁴ Corte di Giustizia, *Rv. HM Treasury, ex p University of Cambridge*, in causa C-380/98.

¹⁶⁵ La questione è stata sollevata nell'ambito di un procedimento instaurato dall'Università di Cambridge innanzi alla High Court of Justice di Inghilterra e Galles a seguito della decisione dello H.M. Treasury (Ministero delle Finanze) di mantenere le università del Regno Unito di Gran Bretagna ed Irlanda del Nord nell'elenco degli organismi di diritto pubblico notificato alla Commissione e riprodotto nell'allegato I della direttiva 93/37, pur modificando il testo di tale allegato.

¹⁶⁶ Cfr. punti 26, 33, 36.

¹⁶⁷ Cfr. punto 44.

¹⁶⁸ Corte di Giustizia, causa C-306/97, *Connemara Machine Turf Cov. Coillte Teoranta*. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dalla High Court d'Irlanda nell'ambito di una controversia tra la Connemara Machine Turf Co. Ltd, una società di diritto irlandese che ha come attività la produzione di torba estratta meccanicamente e la vendita di concimi chimici, e il Coillte Teoranta, Ufficio delle foreste,

36/93/CEI relativa agli appalti di forniture, offre utili chiarimenti in ordine alla nozione di "controllo sulla gestione".

La Corte ha affermato che, seppure l'ente, creato sotto forma di società privata, esercitasse un'attività non soggetta a controllo giornaliero da parte dello Stato, lo stesso avesse sullo stesso un controllo indiretto (attraverso il potere di nomina dei dirigenti e, ancora, la facoltà del ministro di impartire istruzioni al fine di obbligare l'ente a rispettare le grandi linee della politica dello Stato sulle attività forestali o a predisporre servizi o impianti determinati) tale da giustificare la definizione dello stesso quale amministrazione aggiudicatrice, e come tale, la assoggettabilità alle direttive appalti.

2.2. Esclusioni e deroga ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE

Il regolamento esclude, conformemente a quanto stabilito dalla direttiva, l'applicazione della normativa per l'aggiudicazione pubblica di servizi a determinati contratti, quali l'acquisizione di terre, contratti aventi ad oggetto l'acquisizione, sviluppo o produzione di programmi televisivi o radiofonici, nonché quelli inerenti la telefonia e servizi satellitari, servizi finanziari, servizi bancari e servizi di ricerca e sviluppo.

L'art. 6 lett. k) dello S.I. 1993/3228 prevede, inoltre, tra le *General Exclusions*, che il regolamento stesso non si applichi ai servizi che: "...are to be provided by another contracting authority, or by a person which is a contracting authority in another member State for the purposes of Council Directive 92/50/EEC, because that contracting authority or person has an exclusive right:

- to provide the services, or
- which is necessary for the provision of the services,

relativamente all'aggiudicazione da parte di quest'ultimo, senza previa pubblicazione di un bando di gara, di due appalti pubblici di forniture

- pursuant to any published law, regulation or administrative provision, which is compatible with the EEC Treaty".

La norma dello Statutory Instrument differisce dalla relativa disposizione della direttiva 92/50/CEE in quanto prevede che il "diritto esclusivo" - che giustifica la deroga - possa essere stabilito per legge in relazione alla necessità di fornire il servizio.

Circa l'applicabilità in concreto degli affidamenti diretti in deroga alla normativa comunitaria, è bene rammentare che la pubblica amministrazione, purchè rispetti il principio del *Best value of money* (e cioè l'ottimale *trade-off* tra il costo e la qualità per soddisfare le necessità del fruitore)¹⁶⁹ e giustifichi la scelta procedurale effettuata, ha discrezionalità sul tipo di strumento da utilizzare per stipulare contratti ad interesse pubblico.

L'affidamento diretto è una procedura che viene consentita solo in rari casi e quando la pubblica amministrazione coinvolta la giustifichi in modo dettagliato.

2.3. In house contracts

La figura dell'affidamento *in house* nasce proprio nell'ordinamento inglese. Quest'ultimo prevede procedure concorrenziali con cui le pubbliche amministrazioni sono tenute a confrontare l'opzione *in house* con la possibilità di esternalizzare (*contracting out*) l'esercizio dell'attività o la produzione delle risorse necessarie al suo svolgimento al fine di ottimizzare la produzione in conformità ai principi di economicità, efficienza ed efficacia. Nell'ordinamento inglese, in altre parole, l'*in house provider* è soggetto ad un confronto concorrenziale con produttori esterni che si colloca in un momento intermedio tra quello in cui l'amministrazione determina la propria necessità di approvvigionarsi ed il successivo, in cui la medesima sceglie con quali modalità soddisfare il proprio bisogno. L'amministrazione

¹⁶⁹ Value for money is the optimum combination of whole-life cost and quality (or fitness for purpose) to meet the user's requirement, cfr. Procurement Policy Guidelines, Treasury Office.

appaltante dovrà, quindi, instaurare un confronto concorrenziale tra l'offerente *in house* e gli offerenti esterni cui deve essere garantita la parità di trattamento, ma può decidere di terminare la procedura concorrenziale e mantenere la produzione al proprio interno (*in house*) se lo richiedono «strategic reasons because of a change in circumstances»¹⁷⁰.

Qualora la pubblica amministrazione decida di rivolgersi all'interno della propria organizzazione per l'espletamento di un servizio, non corre l'obbligo di applicazione delle norme comunitarie.

Tale principio è stato peraltro chiarito anche dalla giurisprudenza nazionale¹⁷¹ la quale ha affermato che nel caso di affidamento dello svolgimento di determinati servizi all'interno della propria organizzazione non v'è l'obbligo di applicazione della direttiva 92/50/CEE posto che non viene in rilievo l'ipotesi di stipulazione di un contratto¹⁷².

Circa la disciplina della materia per le amministrazioni locali, il *Local Government Act* del 1999 sancisce l'obbligo di assicurare il "miglior prezzo" nella scelta della tipologia contrattuale da seguire. Quindi, nel decidere come debbano essere aggiudicati i servizi a livello locale detta normativa precisa che il principio su cui basare la scelta tra affidamento *in house*, in *outsourcing*, a *joint venture company* etc., sia il principio del *Best value of money*. Secondo tale principio, l'autorità locale deve esaminare ogni cinque anni tutti i contratti per assicurarsi che la fornitura di servizi avvenga ottenendo il miglior valore possibile. Pertanto, la decisione di aggiudicare il servizio ad un fornitore *in house* è possibile, purchè l'autorità locale dimostri che esista un vantaggio nell'affidare il servizio ad un *in house provider* piuttosto che a *provider* esterni.

¹⁷⁰ Articolo 5, *Some problems in delimiting the scope of the public procurement directives: privatisations, purchasing consortia and in-house tenders*, in *Public Procurement Law Review*, 1997, pp. 203-204.

¹⁷¹ English and Wales Court of Appeal, *Cumbria Professional Care Ltd v Cumbria County Council*, non pubblicata, del 18 aprile 1997. Il *Council* decise di non porre in essere una gara d'appalto per la direzione della casa di cura, perchè non obbligato e preferì affidarsi a servizi *in house*.

¹⁷² La Corte d'Appello ha pertanto rigettato il ricorso proposto da uno dei potenziali contraenti, in quanto «... by not putting some of the respite care work into the private sector the County Council is avoiding the provisions of EC Directive 92/50 of June 1992. But that provision applies, as is made clear from the text, to the provision of services only in so far as they are based on contracts...». Nello stesso senso C.M.R. English and Wales Court of Appeal, *R v. Portsmouth City Council, ex p Coles and Colwick*, [1997] 1 C.M.R. 1135 e *R v. Secretary of State for the Environment, ex p Bury*, [1998] 2 C.M.R. 787.

3. L'esperienza spagnola

3.1. Normativa nazionale di recepimento della direttiva 92/50/CEE

La direttiva comunitaria 92/50/CEE in materia di appalti di pubblici servizi è stata inizialmente recepita in Spagna, unitamente alle direttive in materia di appalti di lavori e di forniture, con la *Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas* (legge sugli appalti pubblici) 18 maggio 1995¹⁷³.

A seguito dell'apertura di procedimenti di infrazione per non corretta trasposizione delle direttive appalti (in particolare della direttiva concernente gli appalti di lavori)¹⁷⁴, la Spagna ha emanato il *Real Decreto Legislativo 2/2000 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (regio decreto legge che approva

¹⁷³ BOE n. 119 del 19 maggio 1995, pag. 14601.

¹⁷⁴ Si tratta del procedimento causa C- 283/00 deciso con sentenza del 16 ottobre 2003 e del procedimento causa C-214/00 deciso con sentenza del 15 maggio 2003. Con riferimento al primo, la Commissione ha presentato alla Corte di Giustizia un ricorso diretto a far dichiarare che, in occasione della gara d'appalto relativa all'esecuzione dei lavori del Centro Educativo Penitenziario Experimental de Segovia, indetta dalla Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, SA (in prosieguo: la «SIEPSA»), società rientrante nella definizione di amministrazione aggiudicatrice di cui all'art. 1, lett. b), della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), e il cui importo supera ampiamente la soglia di applicazione della direttiva, il Regno di Spagna, non essendosi conformato a tutte le disposizioni della detta direttiva, è venuto meno agli obblighi impostigli in forza della detta direttiva. Quanto al secondo, la Commissione ha proposto un ricorso diretto a far dichiarare che il Regno di Spagna non avendo adottato le misure necessarie per conformarsi alle disposizioni della direttiva 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, e, in particolare, avendo omesso di: - estendere il sistema di ricorsi garantiti dalla citata direttiva alle decisioni adottate da tutte le amministrazioni aggiudicatrici, ai sensi dell'art. 1, lett. b), delle direttive del Consiglio 14 giugno 1993, 92/50 e 93/36/CEE, e 93/37/CEE ivi comprese le società di diritto privato istituite per soddisfare specificamente necessità d'interesse generale, prive di natura industriale o commerciale, dotate di personalità giuridica, e la cui attività è soprattutto finanziata da amministrazioni pubbliche o da altri organismi di diritto pubblico, o la cui gestione è soggetta ad un controllo da parte di quest'ultimi, oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è composto da membri dei quali più della metà siano nominati dalle amministrazioni pubbliche o da altri organismi di diritto pubblico; - consentire la proposizione di ricorsi contro tutte le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici, compresi tutti gli atti procedurali relativi al procedimento di assegnazione di un appalto pubblico; - prevedere la possibilità di adottare qualsiasi tipo di misura cautelare utile in relazione alle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici, ivi comprese le misure dirette a consentire la sospensione di una decisione amministrativa, eliminando a tal fine difficoltà ed ostacoli di qualsivoglia natura tra cui, in particolare, la necessità di proporre previamente un ricorso contro la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza della citata direttiva.

il testo codificato della legge sugli appalti pubblici), del 16 giugno 2000¹⁷⁵, una nuova versione codificata della legge summenzionata (d'ora in poi LCAP) che si limita tuttavia a riunire e ad ordinare le disposizioni precedenti, senza modificarne la sostanza.

A differenza della disciplina contenuta nella direttiva comunitaria, la legge nazionale spagnola non si limita a regolamentare le sole procedure di selezione ed aggiudicazione, ma regola tutti gli aspetti di tali contratti, dalla redazione fino alla loro risoluzione.

3.1.1. Ambito di applicazione oggettivo

Il testo della LCAP non fornisce una definizione, ai fini dell'applicazione delle norme sugli appalti pubblici, che sia letteralmente traspositiva del disposto dell'art. 1, lett. a) della direttiva 92/50/CEE.

La legge, invece, all'art. 5 distingue tra «contratti amministrativi» e «contratti di diritto privato». Appartengono alla prima categoria¹⁷⁶ i contratti che hanno, quale scopo principale e diretto quello relativo all'esecuzione di lavori, alla gestione di servizi pubblici e alla realizzazione di forniture, quelli di concessione di opere pubbliche, di consulenza assistenza o servizio. Appartengono a tale categoria anche i contratti che (...) per soddisfare immediatamente e direttamente una finalità pubblica di specifica competenza dell'amministrazione appaltante o che sia definito tale dalla legge. I contratti amministrativi, e tra essi dunque gli appalti, sono regolati

¹⁷⁵ BOE n. 148 del 21 giugno 2000, pag. 21775.

¹⁷⁶ Artículo 5 (...) 2. Son contratos administrativos: Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de concesión de obras públicas, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos. Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley.

dalla legge in oggetto e pertanto sono soggetti alle relative disposizioni in ordine alla fase preparatoria, alla aggiudicazione ed alla estinzione¹⁷⁷.

3.1.2. Ambito di applicazione soggettivo

L'ambito di applicazione *ratione personae* della legislazione spagnola in materia di appalti pubblici è definito dall'art. 1¹⁷⁸ della LCAP che include tutte le amministrazioni pubbliche territoriali, sia che si tratti dell'amministrazione dello Stato o delle amministrazioni delle comunità autonome e degli enti locali.

Lo stesso articolo, al n. 3, prevede che dovranno altresì esercitare la propria attività di aggiudicazione degli appalti conformemente alla legge in esame, gli enti autonomi in tutti casi e gli altri soggetti di diritto pubblico dotati di personalità giuridica propria legati a un'amministrazione pubblica o da essa dipendenti, che rispondano ai seguenti criteri:

- essere stati istituiti al fine di soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale;
- essere soggetti la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dalle amministrazioni pubbliche o da altri soggetti di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta a un controllo da parte di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dalle amministrazioni pubbliche e da altri soggetti di diritto pubblico¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Artículo 7. Régimen jurídico de los contratos administrativos. 1. Los contratos administrativos, con la salvedad establecida en el apartado siguiente, se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por esta ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, los contratos administrativos especiales, que se definen en el artículo 5.2, párrafo b, se regirán por sus propias normas con carácter preferente.

¹⁷⁸ Artículo 1. Ámbito de aplicación subjetiva: 1. Los contratos que celebren las Administraciones públicas se ajustarán a las prescripciones de la presente Ley. 2. Se entiende por Administraciones Públicas a los efectos de esta Ley: La Administración General del Estado.; Las Administraciones de las Comunidades Autónomas; Las entidades que integran la Administración Local.

¹⁷⁹ Artículo 1. Ámbito de aplicación subjetiva.

Questa disposizione, com'è evidente, attua nell'ordinamento nazionale spagnolo la definizione di «organismi di diritto pubblico».

La sesta disposizione aggiuntiva della medesima legge, rubricata «Principi di aggiudicazione degli appalti nel settore pubblico», dispone che «le società commerciali nel cui capitale le amministrazioni pubbliche o loro enti autonomi, o soggetti di diritto pubblico, detengono una partecipazione, diretta o indiretta, di maggioranza, rispettano, nella loro attività di aggiudicazione di appalti, i principi di pubblicità e di concorrenza, a meno che la natura dell'operazione da realizzare non sia incompatibile con tali principi»¹⁸⁰.

3.2. Esclusioni e deroga ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE

L'articolo 6 della direttiva 92/50/CEE non risulta invece trasfuso in alcuna disposizione della LCAP.

Il suo recepimento si desume dall'art 3.1. (c) della legge, che, in materia di accordi tra le amministrazioni pubbliche ed enti che vi fanno parte, esclude dall'ambito di applicazione della legge stessa «gli accordi di collaborazione tra l'Amministrazione Generale dello Stato con la Sicurezza

() 3. Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil

Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia esten compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones públicas y otras entidades de derecho público.

4. Lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo establecido en la disposición final primera

¹⁸⁰ Disposición Adicional Sexta. Principios de contratación en el sector público.

Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios

Sociale, le Comunità Autonome, gli enti locali, i rispettivi enti autonomi ed i rimanenti enti pubblici autonomi o qualunque altro tra loro stessi»¹⁸¹.

3.3. In house contracts

La disciplina dei contratti *in house*, con riferimento alla specifica ipotesi di gestione dei servizi pubblici, è prevista dall'art. 154 del LCAP, il cui testo prevede che le norme della stessa legge non si applichino nel caso in cui l'amministrazione affida la gestione di un servizio pubblico ad una persona fisica o giuridica ovvero ad una società di diritto privato il cui capitale è interamente detenuto dall'amministrazione stessa o da un ente pubblico che ad essa fa capo¹⁸².

Nell'ambito della legislazione riguardante gli enti locali, la legge n. 7/1985¹⁸³, all'art. 85¹⁸⁴, prevede che i servizi pubblici locali possano essere garantiti attraverso la gestione diretta che può sostanziarsi nell'espletazione del servizio da parte di un'impresa il cui capitale sia totalmente detenuto dall'amministrazione o da un ente pubblico ad essa facente capo.

¹⁸¹ Artículo 3. Negocios y contratos excluidos. 1. Quedan fuera del ámbito de la presente Ley: (...) 3. Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las comunidades autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí, siempre que la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, o que siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2.

¹⁸² Artículo 154. Régimen general. (...) 2. No serán aplicables las disposiciones de este Título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de Entidades de Derecho público destinadas a este fin ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma.

¹⁸³ Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, come modificata dalla Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local.

¹⁸⁴ Artículo 85. (...) 2. Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:

Gestión directa:

- Gestión por la propia entidad local.

- Organismo autónomo local.

- Entidad pública empresarial local.

- Sociedad mercantil local, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma.

Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 156 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio.

4. L'analisi trasversale della normativa sugli appalti pubblici nei paesi oggetto di benchmarking

Dall'analisi della situazione normativa nei singoli Stati membri emerge una sostanziale convergenza in ordine alla normativa di attuazione della direttiva oggetto di studio così come della giurisprudenza che ha interpretato le norme stesse.

Se questo è vero in termini generali, ed è riconoscibile un grado di convergenza nelle normative nazionali che costituisce il risultato dell'introduzione e della successiva attuazione della direttiva all'interno dei singoli Stati, questi continuano a mantenere alcune caratteristiche che sono frutto delle storie, in termini di evoluzioni della tradizione giuridica.

Si sono individuati quali punti nodali ai fini dell'analisi l'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione, la disciplina della deroga ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE e la disciplina degli affidamenti ad enti in house all'amministrazione aggiudicatrice.

Lo studio delle singole discipline nazionale ha dimostrato una generale difficoltà nella trasposizione delle norme della direttiva testimoniata dai molteplici procedimenti di infrazione intentati per errata e/o incompleta trasposizione della legislazione comunitaria nei paesi rientranti nel campo di indagine del presente studio.

Quanto alla "tecnica" legislativa, si osserva che mentre taluni Stati - quali Italia e Regno Unito - hanno utilizzato, ai fini della trasposizione, specifici strumenti normativi (il decreto legislativo per l'Italia e le Regulations per il Regno Unito) in Francia e Spagna le norme relative agli appalti di servizi rientrano in opere generali di codificazione riguardanti l'intero mercato degli appalti pubblici e cioè il «Code des marchés publics» per la Francia e la «Ley de Contratos de las Administraciones Públicas» per la Spagna.

L'ambito di applicazione oggettivo, coincidente con la definizione che ciascuno Stato ha dato di «contratto di appalto pubblico» non desta

particolari problemi; si riconosce infatti che la normativa di attuazione adotta quale comune denominatore la definizione di appalto quale contratto a titolo oneroso stipulato in forma scritta tra il prestatore di servizi e l'amministrazione aggiudicatrice.

E' proprio quest'ultimo concetto, per la stretta correlazione che lo stesso ha - in seno alla direttiva - con quello di «organismo di diritto pubblico, a destare i maggiori problemi.

Il D. Lgs. n. 157 del 1995, invero, riprende letteralmente il disposto della direttiva.

Per ciò che concerne la legislazione Francese, il Code des marchés publics non prevede specificamente che amministrazioni aggiudicatrici possano essere gli organismi di diritto pubblico o le loro associazioni. Tale previsione si trova nella legge generale relativa alla trasparenza e regolarità delle procedure di appalto.

A differenza della direttiva e della normativa italiana di attuazione e similmente all'impostazione francese, lo Statutory Instrument n. 1993/3228 non utilizza, pur riprendendo totalmente il contenuto dell'art. 1, lett. b) della direttiva la locuzione «*bodies governed by public law*» ovvero, in Italia, «organismi di diritto pubblico». La normativa nazionale inglese, tuttavia, pur omettendo la citazione testuale degli organismi di diritto pubblico, fa riferimento ai medesimi criteri di cui alla direttiva 92/50 per la loro individuazione.

Circa l'attuazione negli ordinamenti interni della deroga ex art.6 della direttiva 92/50/CEE, si riscontra una generale tendenza alla trasposizione letterale del disposto della norma comunitaria.

Si sottolinea tuttavia che l'ordinamento inglese, circa l'applicabilità in concreto degli affidamenti diretti in deroga alla normativa comunitaria, prevede che la pubblica amministrazione, purchè rispetti il principio del *Best value of money* (e cioè l'ottimale *trade-off* tra il costo e la qualità per soddisfare le necessità del fruitore) e giustifichi la scelta procedurale effettuata, ha discrezionalità sul tipo di strumento da utilizzare per stipulare contratti ad interesse pubblico. Tale principio vale per qualunque deroga

all'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica ed anche, quindi, anche per l'affidamento ad ente *in house* alla stessa amministrazione aggiudicatrice.

Per ciò che concerne la disciplina dell'istituto dell'affidamento ad enti *in house* all'amministrazione aggiudicatrice occorre rilevare che, a differenza che in Italia e Regno Unito, la Francia e la Spagna, con talune differenze, hanno inserito espressamente la esclusione dell'applicazione delle regole sugli appalti pubblici in talune circostanze, riconducibili, appunto, all'istituto dell'affidamento *in house*.

L'art. 3.1. del codice francese, sulla scia della decisione Teckal, esclude dal campo di applicazione del codice stesso i contratti stipulati tra le amministrazioni aggiudicatrici con un contraente sul quale le stesse esercitano un controllo equivalente a quello che esercitano su propri servizi e che svolge la propria attività essenzialmente a favore della amministrazione contraente a condizione che, anche se il contraente non è un ente pubblico quale definito all'art. 2, lo stesso applichi per rispondere ai propri bisogni, le regole di aggiudicazione di cui al Codice.

La disciplina spagnola dei contratti *in house*, con riferimento alla specifica ipotesi di gestione dei servizi pubblici, è prevista dall'art. 154 della LCAP, il cui testo prevede che le norme della stessa legge non si applichino nel caso in cui l'amministrazione affida la gestione di un servizio pubblico ad una persona giuridica ovvero ad una società di diritto privato il cui capitale è interamente detenuto dall'amministrazione stessa o da un ente pubblico che ad essa fa capo.

Tav. 7- Il benchmarking.

Direttiva	Italia	Francia	Regno Unito	Spagna
Trasposizione	D. Lgs. n. 157 del 1995.	Code des marchés publics e legge n. 91 - 3, relativa alla trasparenza e alla regolarità delle procedure di appalto.	Statutory Instrument n. 3228 del 1993 (The Public Service Contracts Regulations).	Real Decreto Legislativo 2/2000.
Ambito applicazione oggettivo	Contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta.	Contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta.	Contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta.	Le norme sugli appalti pubblici riapplicano ai c.d. contratti amministrativi, redatti in forma scritta e che siano a titolo oneroso.
Ambito applicazione soggettivo	Le norme sugli appalti si applicano nel caso di contratti stipulati da un'amministrazione aggiudicatrice (nella quale rientra anche l'organismo di diritto pubblico) ed un prestatore di servizi. Riprende letteralmente il testo della direttiva.	Il codice non prevede specificamente che amministrazioni aggiudicatrici possano essere gli organismi di diritto pubblico o le loro associazioni. Tale previsione si trova nella legge generale relativa alla trasparenza e regolarità delle procedure di appalto.	Lo Statutory Instrument n. 3228 non utilizza l'espressione «organismi di diritto pubblico» tuttavia, nel contenuto, regolamenta tale tipo di enti.	L'art. 1 della LCAP include tutte le amministrazioni pubbliche territoriali, sia che si tratti dell'amministrazione dello Stato o delle amministrazioni delle comunità autonome e degli enti locali. Lo stesso articolo include soggetti di diritto pubblico dotati di personalità giuridica e aventi i requisiti di cui alla direttiva 92/50/CEE.
Affidamento diretto alla società di diritto esclusivo	Previsto normativamente dall'art. 5 lett g) del D.Lgs. n. 157/95. Riprende letteralmente il testo della direttiva.	L'art. 3.2 del Code des marchés publics, esclude dal campo di applicazione del codice stesso i contratti di servizi conclusi da uno degli enti pubblici di cui all'art. 2 con un altro ente pubblico o con uno degli enti di cui all'art. 9 della legge n. 91-3 della legge del 3 gennaio	L'amministrazione appaltante dovrà, quindi, instaurare un confronto concorrenziale tra l'offerente <i>in house</i> e gli offerenti esterni cui deve essere garantita la parità di trattamento, ma può decidere di terminare la procedura concorrenziale e mantenere la produzione al proprio interno	Non v'è trasposizione coincidente con la lettera della Direttiva 92/50/CEE.

Affidamento house	in Si applicano i principi affermati della Corte di Giustizia.	<p>1991 allorché l'ente pubblico o privato contraente benefici, sulla base di una disposizione di legge, di un diritto esclusivo che riserva loro l'esercizio di un'attività.</p> <p>L'art. 3.1 del Code des marchés publics, sulla scia della decisione Teckel, esclude dal campo di applicazione del codice stesso i contratti stipulati tra gli enti pubblici di cui all'art. 2 con un contraente sul quale gli stessi esercitano un controllo equivalente a quello che esercitano su propri servizi e che svolge la propria attività essenzialmente a favore della amministrazione contraente a condizione che, anche se il contraente non è un ente pubblico quale definito all'art. 2, lo stesso applichi per rispondere ai propri bisogni, le regole di aggiudicazione di cui al Codice.</p>	<p>(in house) se lo richiedono «strategic reasons because of a change in circumstance». Deve comunque trovare applicazione il principio del <i>Best value of money</i>.</p> <p>Si applicano i principi affermati della Corte di Giustizia nel rispetto del principio del <i>Best value of money</i>.</p>	<p>Per la specifica ipotesi di gestione dei servizi pubblici si applica l'art. 154 della LCAP. Le norme della stessa legge non si applicano nel caso in cui l'amministrazione affida la gestione di un servizio pubblico ad una persona giuridica ovvero ad una società di diritto privato il cui capitale è interamente detenuto dall'amministrazione stessa o da un ente pubblico che ad essa fa capo.</p>
--------------------------	--	---	--	--

**PARTE IV - ALCUNE PRASSI DI AFFIDAMENTO DIRETTO
NELLE AMMINISTRAZIONI CENTRALI**

CAPITOLO V - ANALISI DEL LIVELLO DI ADOZIONE NELLA PRATICA NELLE AMMINISTRAZIONI CENTRALI. FATTORI CRITICI E SOLUZIONI ADOTTATE

SUMMARY: 1. Introduzione. - 2. Gli affidamenti diretti. - 2.1. Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze. - 2.2. Arte Lavoro e Servizi S.p.a (ALES S.p.a.)- Ministero per i beni e le attività culturali 2.3. Rete Autostrade Mediterranee (RAM S.p.a.) - Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - 3. Le società in house. - 3.1. Sviluppo Italia S.p.a.- Ministero dell'economia e delle finanze. - 3.2. Innovazione Italia S.p.a.-Dipartimento per l'Innovazione e le Tecnologie. - 3.3. Infratel Italia S.p.a. - Ministero delle Comunicazioni. - 3.4. L'esperienza della CONSIP S.p.a. - Ministero dell'economia e delle finanze.

1. Introduzione

Nei paragrafi seguenti si riportano alcune esperienze pratiche di applicazione delle deroghe alle procedure di evidenza pubblica oggetto del presente studio.

Si è proceduto separando le ipotesi di affidamento diretto ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE da quelle di affidamento ad enti ritenuti *in house* alle amministrazioni centrali.

In particolare, sono state oggetto di approfondimento la Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze, le società Arte Lavoro e Servizi S.p.a., Rete Autostrade Mediterranee S.p.a., Sviluppo Italia S.p.a., Innovazione Italia S.p.a., Infratel Italia S.p.a., Consip S.p.a..

In alcune delle fattispecie riportate (tra le quali, ad esempio, Ales S.p.a. e Consip S.p.a.), la contemporanea presenza in capo al medesimo ente dei requisiti propri di ciascun istituto, ha determinato la possibilità di definire lo stesso sia come organismo di diritto pubblico titolare di diritto esclusivo allo svolgimento di un determinato servizio, e quindi destinatario in via diretta dell'affidamento di appalti pubblici di servizi, sia come ente *in house*, in quanto sottoposto al controllo «analogo» dell'amministrazione aggiudicatrice, nei confronti della quale svolge al parte prevalente della propria attività.

2. Gli affidamenti diretti

2.1. Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze

Un caso di ricorso alla deroga ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE (come recepito nell'ordinamento italiano dal D. Lgs. n. 157/95) è stato riscontrato nell'affidamento alla Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze (S.S.E.F.) di un progetto sul federalismo fiscale. Si tratta, in particolare, dell'affidamento in via diretta, da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica, alla S.S.E.F. di un progetto di accompagnamento all'attuazione del federalismo fiscale nelle aree depresse nell'ambito del programma di Empowerment delle amministrazioni delle aree depresse di cui alla Delibera CIPE n. 36/02.

L'art. 5, lett. g) del D. Lgs. n. 157/95 dispone che le norme dello stesso decreto non si applicano *agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 2, in base a un diritto di esclusiva di cui beneficia in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, purché queste siano compatibili con il Trattato.*

Non ha comportato problematiche di sorta la sussistenza dei requisiti soggettivi legittimanti il ricorso all'affidamento in deroga sia per quanto riguarda la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica che della S.S.E.F. in quanto entrambi i soggetti fanno parte della medesima compagine governativa globalmente intesa.

E' stato ritenuto¹⁸⁵, infatti, che l'affidamento potesse essere considerato effettuato all'interno della stessa pubblica amministrazione essendo il rapporto tra il Dipartimento della funzione pubblica e la Scuola assimilabile a quello tra ente controllante ed ente controllato nell'ambito del quale il primo utilizza le prestazioni del secondo per fini pubblici e prevalentemente a proprio vantaggio, come se si trattasse di un servizio interno. Tanto può fare ritenere legittima la deroga al principio dell'evidenza

¹⁸⁵ Nota dell'Ufficio Legislativo, Dipartimento della funzione pubblica, del 27 ottobre 2004.

pubblico che mira alla tutela della concorrenza con gli altri operatori che, sul mercato, offrono i medesimi servizi.

Quanto alla sussistenza del requisito oggettivo, e cioè la sussistenza in capo alla Scuola di un diritto esclusivo, compatibile con il Trattato, ed attribuito in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, è stato ritenuto¹⁸⁶ che tale diritto nasca dalle disposizioni del Decreto ministeriale n. 301/2000 di riordino della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze che conferisce alla stessa la possibilità di stipulare accordi di programma, convenzioni o contratti con altri soggetti pubblici.

2.2. Arte Lavoro e Servizi S.p.a (ALES S.p.a.) - Ministero per i beni e le attività culturali

La l. 28 novembre 1996 n. 608, disposizioni urgenti in materia di lavori socialmente utili, ed, in particolare, la successiva revisione della medesima disciplina operata con il D. Lgs. 1 gennaio 1997 n. 468, hanno previsto la possibilità per le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del D. Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, di fare fronte a proprie esigenze istituzionali per l'esecuzione di servizi aggiuntivi non precedentemente affidati in appalto o in concessione, attraverso la costituzione di apposite società miste oppure attraverso l'affidamento a terzi dello svolgimento di attività uguali, analoghe o connesse a quelle già oggetto, in precedenza, di progetti di lavori socialmente utili dalle stesse promossi. In entrambi i casi, condizione per l'affidamento dei su menzionati servizi aggiuntivi in l.s.u., era rappresentata dall'impiego di forza lavoro costituita nella misura non inferiore al 40% da lavoratori già impegnati nei progetti stessi ovvero in progetti di contenuti analoghi.

Il Ministero per i beni e le attività culturali, ai sensi dell'art. 10 del su menzionato D. Lgs. n. 468/1997, ha costituito nel 1998, insieme a Italia

¹⁸⁶ Circolo precedente

Lavoro S.p.a., la Ales - Arte Lavoro e Servizi S.p.a., con un capitale sociale sottoscritto per il 70% da Italia lavoro S.p.a. e per il 30% dal Ministero stesso.

La *mission* di Ales S.p.a. era quella di stabilizzare una parte dei circa 1.800 lavoratori addetti a lavori socialmente utili assegnati al Ministero ormai da alcuni anni, reimpiegandoli nello svolgimento di contratti di servizio di durata quinquennale stipulati con l'amministrazione centrale e gli istituti periferici ed affidati in modo diretto con le modalità e nei termini stabiliti da apposita convenzione.

Il Ministero e la Ales S.p.a. hanno pertanto sottoscritto una convenzione in data 5 ottobre 1999, rinnovata il 24 marzo 2003, con la quale hanno individuato le modalità principali relative alla prestazione dei servizi da parte della società.

Con successivi contratti stipulati nel corso del 2000 tra la Ales ed i centri di spesa localmente coinvolti, previo assenso dell'amministrazione centrale, sono stati disciplinati, sotto il profilo tecnico, economico e finanziario, i singoli rapporti di servizio attraverso i quali venivano stabilizzati circa 400 ex l.s.u. operanti nelle regioni Lazio e Campania. Ulteriori 600 ex l.s.u., inoltre, venivano assunti da cinque imprese private (Cofathec-Jacorossi; Mirabilia-Poliedro; Multiss; Iterservizi e Servizi Globali) collegate in associazione temporanea di imprese con l'Ales S.p.a. S.p.a. e a loro volta impegnate nello svolgimento di servizi aggiuntivi, a carattere maggiormente specialistico, commissionati dal Ministero e da questo affidati in forma diretta ai sensi delle medesima normativa sulla stabilizzazione dei lavoratori socialmente utili.

Le modalità di stipulazione dei predetti contratti costituiscono ipotesi di applicazione della deroga prevista dall'art. 5 comma 2 lett. g) del D.Lgs. n. 157.

La citata legislazione in materia di stabilizzazione dei lavoratori socialmente utili, infatti, è idonea a costituire, in favore delle società miste appositamente costituite o dei terzi già coinvolti nello svolgimento di attività uguali, analoghe o connesse a quelle già oggetto, in precedenza, di progetti

di lavori socialmente utili, di un diritto di esclusiva, compatibile con le norme del Trattato, idoneo a giustificare l'affidamento del contratto in forma diretta, in deroga alle altrimenti previste procedure di evidenza pubblica.

L'affidamento diretto di contratti di servizio alla Ales S.p.a., inoltre, trattandosi di soggetto costituito nella forma di società di capitali, con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico, sulla quale gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitano un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, realizzando la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano, risulta del tutto compatibile con il modello dell'affidamento *in house*, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia della comunità europea e recepito dall'art. 113 nuovo testo del T.U.E.L.. Quest'ultima disposizione, infatti, codificando uno stilema giuridico desunto direttamente dal modello comunitario, risulta conseguentemente applicabile, in via analogica, all'intero settore degli affidamenti diretti di servizi da parte di amministrazioni pubbliche, in favore di soggetti societari appositamente costituiti.

2.3. Rete Autostrade Mediterranee (RAM S.p.a.) – Ministero delle infrastrutture e dei trasporti

La Rete Autostrade Mediterranee (RAM S.p.a.), società pubblica di scopo, è stata costituita il 17 marzo 2004 per la realizzazione del progetto "Autostrade del Mare", per il tramite di un sistema integrato di servizi di trasporto, con funzioni di pianificazione, controllo, reperimento ed aggregazione fondi.

RAM S.p.a. è partecipata al 95% da Sviluppo Italia S.p.a. (Agenzia nazionale per lo sviluppo d'impresa e l'attrazione di investimenti) ed al 5% da Sviluppo Italia Aree Produttive S.p.a. Quest'ultima società fa anche essa parte del Gruppo della Sviluppo Italia S.p.a., socio di maggioranza con l'80% del capitale sociale ed è partecipata, per la quota restante, dalla Finanziaria Pubblica Ligure per lo Sviluppo Economico S.p.a.. Il capitale

sociale della F.I.L.S.E. S.p.a. risulta sottoscritto per la maggioranza dalla Regione Liguria e, in parti minori, dalle quattro Province liguri e dai Comuni capoluogo, dall'Unioncamere Liguria, dai principali Istituti Bancari operanti in Liguria e da altri soggetti impegnati nello sviluppo economico della regione.

Il Ministero delle infrastrutture e trasporti detiene la "co-governance" della società in virtù di una convenzione stipulata con Sviluppo Italia per lo svolgimento delle attività previste dal programma Autostrade del Mare; il MIT è soggetto programmatore e di indirizzo, mentre Rete Autostrade Mediterranee è il "braccio operativo".

Il progetto "Autostrade del Mare", per il quale è stata costituita la R.a.M. S.p.a., il cui programma è previsto nel Piano Generale dei trasporti e approvato dal Consiglio dei Ministri il 2 gennaio 2001, fa parte del Progetto europeo Autostrade del Mare, inserito nel piano generale delle Reti TEN-T (Trans European Network- Trasporti). L'Unione Europea ha destinato al progetto risorse per 1,8 miliardi di euro, inserendolo nell'elenco delle 30 opere considerate prioritarie.

Il programma di attività della Società si articola in tre fasi principali: la programmazione, il finanziamento e la realizzazione.

Quanto alla programmazione, la stessa consiste nella elaborazione del *master plan* relativo alle infrastrutture portuali interne ed esterne; gestione delle attività necessarie all'approvazione dei diversi progetti del programma, a livello nazionale e comunitario; ricerca e selezione di potenziali partner finanziari e/o imprenditoriali, in collaborazione con armatori, autotrasportatori e terminalisti; attività di supporto alle attività di partnership nazionale e internazionale; promozione dell'innovazione e del trasferimento delle tecnologie, soprattutto informatiche.

L'attività di finanziamento consiste nell'attivazione e gestione delle risorse finanziarie private e pubbliche, nazionali e comunitarie.

Per la fase di realizzazione RAM S.p.a. cura la predisposizione delle infrastrutture di raccordo, la fornitura delle attrezzature delle banchine e l'implementazione delle tecnologie informatiche necessarie.

Le attività ed i progetti di RAM S.p.a. consistono nella realizzazione *Master plan per le Autostrade del Mar Mediterraneo* attraverso la definizione delle due direttrici progettuali italiane (tirrenica e adriatico-ionica) delle Autostrade del Mare e la selezione dei sistemi portuali interessati, sulla base della facile interconnessione con le reti TEN-T (Trans-European Network-Transport) e i corridoi paneuropei; l'individuazione dei criteri di interoperabilità terra-mare per integrare le due direttrici mediterranee delle Autostrade del Mare nelle reti TEN-T; la previsione dei moduli di intervento e degli standard qualitativi a sostegno della dotazione infrastrutturale di soglia (sia per l'attrezzaggio dei sistemi portuali, sia per la definizione delle piattaforme logistiche), applicabili anche alle altre regioni marittime comunitarie e, in prospettiva, euromediterranee; la definizione dei modelli informatizzati di gestione della logistica per favorire l'intermodalità mare-terro e mare-strada; la definizione dei criteri di valutazione per gli interventi di infrastrutturazione, "hard" e "soft", in base alla stima dei benefici netti.

La complessa composizione del capitale sociale della RAM S.p.a. evidenzia che la stessa risulta partecipata, seppure indirettamente, da società private (banche ed altri soggetti impegnati nella promozione e nell'attuazione del programma di sviluppo della regione Liguria detengono quote di minoranza della F.I.L.S.E.: S.p.a. che a sua volta detiene il 20 % di Sviluppo Italia Aree Produttive la quale detiene il 5% del capitale di R.A.M. S.p.a.).

Tale ultima circostanza, alla luce della sentenza della Corte di Giustizia nella causa Stadt Halle, deve indurre a ritenere che la società R.A.M. S.p.a. non sia qualificabile come organismo *in house* all'amministrazione centrale e che l'affidamento diretto dell'esecuzione delle attività oggetto del sopra richiamato progetto Autostrade del Mare, da parte del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, vada piuttosto inquadrato nell'ambito della deroga ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE.

La validità della tesi, tuttavia, dovrebbe essere suffragata dalla circostanza che la società in questione goda di un diritto esclusivo di esecuzione delle attività affidatele secondo quanto previsto dalla convenzione sottoscritta tra il Ministero delle Infrastrutture e trasporti e

Sviluppo Italia S.p.a., in virtù di una legge o di un regolamento, entrato in vigore dopo essere stato oggetto di regolare pubblicazione.

3. Le società in house

3.1. Sviluppo Italia S.p.a. - Ministero dell'economia e delle finanze

La società Sviluppo Italia è una società per azioni istituita con l'art.1 del D. Lgs. 9 gennaio 1999 n. 1 ed interamente partecipata da Ministero dell'economia e delle finanze, che ha per scopo, attraverso l'erogazione di servizi e l'acquisizione di partecipazioni, di promuovere attività produttive, attrarre investimenti, promuovere iniziative occupazionali e nuova imprenditorialità, sviluppare la domanda di innovazione, sviluppare sistemi locali d'impresa, anche nei settori agricolo, turistico e del commercio, purché le predette attività siano sempre correlate a iniziative d'impresa concorrenziali; dare supporto alle amministrazioni pubbliche centrali e locali per la programmazione finanziaria, la progettualità dello sviluppo, la consulenza in materia di gestione degli incentivi nazionali e comunitari, in base alle disposizioni del decreto e con particolare riferimento per il Mezzogiorno e le altre aree depresse, come definite ai sensi della normativa comunitaria.

La Direttiva P.C.M del 9 giugno 1999 ha altresì previsto che Sviluppo Italia promuove il sistema produttivo italiano, in particolare nel Mezzogiorno anche attraverso l'attrazione di investimenti nazionali ed esteri, la definizione di progetti integrati di ampia portata, qualificati anche dalla dimensione e dalla qualità dell'occupazione attivata, lo stimolo delle capacità progettuali delle amministrazioni pubbliche centrali e, soprattutto locali, delle imprese, assicurando, in particolare, anche a titolo oneroso, il sostegno alle amministrazioni centrali, alle regioni e agli enti locali in materia di programmazione dello sviluppo e di schemi di incentivazione e per l'individuazione di progetti integrati di sviluppo.

La delibera CIPE 6 agosto 1999 riconosce la possibilità per Sviluppo Italia, nel perseguimento degli obiettivi affidatili, di stipulare convenzioni con altri soggetti pubblici: "gli atti di convenzione che la società Sviluppo Italia potrà stipulare con le amministrazioni statali, regionali e locali, possono riferirsi alla realizzazione di nuovi e specifici programmi di promozione e sviluppo con l'apporto di fondi propri e nell'ambito delle funzioni previste all'art. 1, comma 2, del D. Lgs. 9 gennaio 1999 n.1".

La società Sviluppo Italia S.p.a. deve pertanto ritenersi, sulla scorta delle caratteristiche sopra individuate, ente *in house* al Ministero dell'economia e delle finanze.

3.2. Innovazione Italia S.p.a. - Dipartimento per l'Innovazione e Tecnologie

La società Innovazione Italia S.p.a., il cui azionariato è interamente detenuto da Sviluppo Italia S.p.a. e dalla quale risulta, quindi, controllata, viene utilizzata dal Dipartimento per l'innovazione e le tecnologie per far fronte alle carenze di risorse interne nel processo di attuazione di programmi attribuiti al Dipartimento stesso dal Governo.

In particolare, attraverso Innovazione Italia S.p.a., il Dipartimento: attua una serie di compiti affidatigli da programmi del Comitato dei Ministri della Società dell'informazione per lo sviluppo dell'innovazione tecnologica nel paese, lo sviluppo della Società dell'informazione e la realizzazione del piano di *e-government*; supporta la pubblica amministrazione nella progettazione e realizzazione di interventi d'innovazione tecnologica; propone, progetta e realizza servizi a banda larga per la riduzione del *digital divide* nelle aree sottoutilizzate del Paese, in attuazione dei programmi CIPE.

Pur avendo le caratteristiche che la giurisprudenza comunitaria richiede per la configurabilità di soggetto in rapporto di delegazione interorganica con l'amministrazione centrale (sono presenti tutti i requisiti

indicati nella sentenza Teckal, successivamente ribaditi dalla seguente giurisprudenza comunitaria culminata nella pronuncia Stadt Halle, sopra ampiamente dibattuti), Innovazione Italia S.p.a. presenta, tuttavia, una serie di aspetti critici principalmente connessi alla sua specifica natura giuridica (in particolare alla peculiare composizione del suo capitale sociale, interamente riconducibile, pure se indirettamente, al Ministero dell'economia e delle finanze); alla tipologia di attività svolte (che potrebbero rendere difficile una distinzione netta tra il suo ruolo di mero prolungamento operativo del Dipartimento per l'innovazione e le tecnologie o, piuttosto, di organismo di diritto pubblico); alla determinazione delle sue funzioni: ossia se la società debba svolgere solo ed esclusivamente le funzioni di stazione appaltante o possa anche svolgere direttamente una parte del programma e della prestazione di servizi.

Si possono ipotizzare due linee, quella restrittiva, sostenuta ufficiosamente dalla Commissione, che ammette solo le funzioni di stazione appaltante ed una più possibilista, che considera non vietato lo svolgimento diretto parziale (o totale) delle attività. Naturalmente, in questo caso si parte dal presupposto che la società *in house* disponga già delle risorse umane e materiali per svolgere il compito. Al massimo, potrebbe acquisire sul mercato singoli fattori produttivi che non dovesse avere disponibili (ad esempio, un singolo consulente). Non sembrerebbe invero ammissibile un ricorso ad affidamenti diretti a persone giuridiche per svolgere funzioni che andrebbero eseguite direttamente o, nell'impossibilità di tale ipotesi, messe a gara¹⁸⁷.

3.3. Infratel Italia S.p.a. - Ministero delle Comunicazioni

¹⁸⁷ Se ciò avvenisse, infatti, avremmo un'inutile e costosa intermediazione che violerebbe sia i principi della buona amministrazione che quelli del diritto comunitario in merito all'applicazione delle norme comunitarie sembrerebbe potersi riassumere come segue: la società *in house*, o svolge direttamente tutto o qualcosa (e al massimo potrebbe assumere qualche consulente persona fisica) o ricorre alle procedure di selezione dei contraenti fissate dalle direttive comunitarie, quindi anche le procedure negoziate, ma solo come previste nelle direttive stesse.

Infratel Italia S.p.a. è controllata da Sviluppo Italia S.p.a. (la quale è posseduta a sua volta dal Ministero dell'economia) ed è operativa da marzo 2004 a seguito della registrazione da parte della Corte dei Conti della Convenzione (stipulata tra il Ministero dell'economia, il Ministero delle comunicazioni e Sviluppo Italia in data 23 dicembre 2003) con la quale ne vengono disciplinate le modalità di funzionamento.

Infratel Italia è stata istituita al fine di realizzare tutte le tipologie di reti necessarie per dotare il territorio nazionale di una infrastruttura a larga banda, moderna e completa, ed in particolare, per la realizzazione di reti di trasporto dati a lunga distanza (backbone o WAN - wide area network); nell'area urbana (MAN - metropolitan area network) e delle tratte di rilevamento dei Comuni.

L'attività della società è improntata, secondo quanto affermato nello statuto della stessa, al principio del completo rispetto della neutralità della tecnologia con riguardo agli operatori, di modo che l'infrastruttura realizzata a seguito dell'intervento di Infratel Italia S.p.a. possa essere integrata nelle reti di tutti gli operatori del settore evitando così discriminazioni e trattamenti di disparità che impedirebbero di garantire l'offerta dei propri servizi alla pubblica amministrazione, alle aziende e ai cittadini.

Dal punto di vista operativo la società si occupa di:

- pianificare e progettare le reti;
- definire i capitolati ed assegnare gli appalti;
- controllarne la relativa realizzazione;
- gestire l'affitto delle infrastrutture realizzate, agli operatori di telecomunicazione.

La titolarità indiretta del capitale sociale da parte del Ministero dell'economia (attraverso Sviluppo Italia) e la *governance* del Ministero delle Comunicazioni, inducono a ritenere che tale soggetto sia configurabile come ente *in house* all'amministrazione.

Il fatto, poi, che la società abbia proceduto ad avviare numerose collaborazioni tecniche e operative su base continuativa con le Regioni, altri enti della pubblica amministrazione ed operatori di telecomunicazioni, al fine

di accelerare il piano degli interventi programmati anche in sinergia con iniziative predisposte in ambito locale, costituisce un ulteriore elemento a conferma della natura interna all'amministrazione centrale della società, la quale ne rappresenterebbe una forma organizzativa particolarmente agile ed adatta ad operare in un settore di mercato dinamico e soggetto a costanti mutamenti, quale quello della realizzazione delle infrastrutture di rete e delle telecomunicazioni in generale.

Alle considerazioni che precedono circa la sussistenza degli elementi individuati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia come necessari perché possa legittimamente parlarsi di organismo *in house* all'amministrazione si aggiunge, poi, la fondamentale circostanza che per la realizzazione delle attività non eseguite in via diretta da parte di Infratel Italia S.p.a. la medesima ha fatto ricorso a gare ad evidenza pubblica per l'individuazione dei soggetti di volta in volta deputati a fornire i lavori e/o i servizi necessari. In linea con gli insegnamenti dei giudici del Lussemburgo, quindi, si è osservato il principio, più volte ribadito nelle numerose pronunce che hanno contribuito alla progressiva definizione del fenomeno *in house*, di garantire il rispetto della concorrenza "a valle"¹⁸⁸.

L'obiettivo della garanzia della libera concorrenza è peraltro strutturalmente connaturato alla società Infratel Italia S.p.a. che ha come obiettivo quello di creare l'infrastruttura della rete a larga banda in una condizione per cui il ritorno sull'investimento è così a lungo termine che la tempistica della implementazione della rete da parte di singoli operatori non sarebbe in linea coi tempi necessari per l'esigenza di modernizzazione del Paese di cui alla delibera CIPE del 2003¹⁸⁹. La società *in house* all'amministrazione centrale costituisce, in tal senso, una forma di organizzazione che quest'ultima ha ritenuto necessario assumere al fine di colmare il gap tecnologico esistente ("digital divide") senza fare concorrenza

¹⁸⁸ In particolare si segnala il bando di gara per l'appalto della progettazione esecutiva e la successiva realizzazione di infrastrutture costituite da impianti in fibra ottica per una rete a banda larga, comprensiva della fornitura e posa in opera del relativo cavo in fibra ottica e della successiva manutenzione dell'infrastruttura, per un importo complessivo di € 126.970.000,00 oltre I.V.A., spedito per la pubblicazione sulla GUCE, il 17.03.2005.
¹⁸⁹ Cfr. Sintesi dell'intervento del prof. Francesco Chirichigno, Presidente di Infratel Italia S.p.a. in occasione del Workshop ANFOV 2004 sul tema: "Telecomunicazioni italiane; ritorno al futuro (con la larga banda come servizio universale).

a nessun operatore, mettendo a fattor comune tratte di reti esistenti, utilizzando tutte le tecnologie e mettendole a disposizione degli operatori, oltre che alla pubblica amministrazione, sia locale sia centrale¹⁹⁰.

In futuro, tuttavia, potrebbe essere realizzata la cessione di quote del capitale sociale della Infratel S.p.a. (circostanza espressamente prevista nello Statuto della società) a soggetti non pubblici al fine di aprire la strada ad investimenti privati ritenuti necessari per garantire l'efficienza operativa della società nel medio periodo. Una tale eventualità potrebbe fare venire meno la completa titolarità del capitale sociale in mano pubblica che risulta essere una delle condizioni necessarie stabilite dalla giurisprudenza comunitaria perché possa parlarsi di società *in house*¹⁹¹.

3.4. CONSIP S.p.a. – Ministero dell'economia e delle finanze

La CONSIP S.p.a. (Concessionaria Servizi Informativi Pubblici) è partecipata al 100% dalla CONSAP S.p.a., il cui capitale è interamente posseduto dal Ministero dell'economia, ed incaricata di svolgere le attività informatiche individuate dallo stesso Ministero e riservate allo Stato.

L'oggetto sociale della CONSIP S.p.a. (art. 4 dello Statuto) è «l'esclusivo esercizio di attività informatiche, di consulenza e di assistenza in favore di amministrazioni pubbliche nel settore della compravendita di beni e di acquisizione di servizi, anche ai fini della scelta del contraente, nonché di attività diretta di negoziazione diretta su beni e servizi per conto e su richiesta di tali amministrazioni».

Alla CONSIP S.p.a., inoltre, è attribuita la funzione di consulenza, supporto e gestione diretta delle attività informatiche riservate allo Stato.

Il decreto ministeriale (Ministero del tesoro 17 giugno 1998) individua le attività informatiche affidate mediante convenzioni alla CONSIP S.p.a. che questa deve espletare senza ricorrere a fornitori esterni: elaborazione del sistema informativo integrato del Ministero dell'economia, definizione dei criteri e delle modalità di gestione della sicurezza del sistema, definizione dei bandi di gara, valutazione dei fornitori e delle offerte e stipulazione dei contratti).

La CONSIP S.p.a. è un calzante esempio di organismo di diritto pubblico (susceptibile di applicazione della deroga ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE) qualificabile, altresì, come organismo *in house* per almeno tre ragioni:

- svolge attività informatiche riservate allo Stato controllante;
- è incaricata dell'approvvigionamento di servizi e forniture per le pubbliche amministrazioni mediante la trasformazione giuridica di più commesse in una commessa unitaria;
- realizza, in relazione a tale ultima funzione, un interesse generale dello Stato controllante, in quanto permette economie di scala attraverso il servizio di aggregazione delle domande di beni e servizi anche in favore di pubbliche amministrazioni che non sono parte del rapporto *in house* che la lega all'amministrazione centrale, per le quali sussisteva, almeno all'inizio, un obbligo di legge di avvalersi del servizio reso da CONSIP S.p.a..

¹⁹⁰ Secondo l'intervento del prof. Chirichigno, sopra richiamato, Infratel deve costituire queste tipologie di rete là dove manca il ROI nel breve periodo, con il proposito di accelerare gli investimenti: la larga banda manca ad esempio in quasi tutti i Comuni inferiori ai 10.000 abitanti ed in queste situazioni in cui l'infrastruttura non esiste non è possibile neppure colmare il divario culturale e tale mancanza crea una carenza esponenziale di ricadute (si pensi ad esempio alla Sanità, alla Pubblica Amministrazione, ecc.)
¹⁹¹ Va detto, tuttavia, che, al fine di non mutare la natura *in house* all'amministrazione centrale della società Infratel Italia S.p.a. è possibile procedere all'individuazione del socio privato mediante gara da effettuarsi secondo uno dei criteri stabiliti dalle direttive comunitarie (procedure ad evidenza pubblica).

CAPITOLO VI - VADEMECUM PER GLI OPERATORI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Definizioni. - 3. Linee guida applicative. - 4. Vademecum - 4.1. - Deroga ex art. 6 direttiva 92/50 (recepita nell'art. 5, c. 2, lett. g del D.Lgs. 157/1995). - 4.2. Affidamenti in house

1. Introduzione

La normativa italiana concernente gli appalti pubblici di servizi, attualmente¹⁹² costituita dal D. Lgs. n. 157 del 1995 e successive integrazioni e modificazioni, prevede la possibilità che le amministrazioni aggiudicatrici, nella individuazione del contraente cui affidare la realizzazione di appalti pubblici di servizi, ricorrano a procedure in deroga a sistemi di aggiudicazione formale ad evidenza pubblica. Si fa riferimento, ai fini del presente studio, alla deroga ex art. 5, co. 2, lett. g), del D.Lgs. n. 157 del 1995 e al sistema di affidamento diretto agli enti *in house*.

La Fondazione Rosselli, a seguito della redazione dello studio "Affidamento diretto ed in house contracts negli appalti pubblici di servizi da parte di amministrazioni centrali", ha realizzato le presenti "Linee guida applicative" volte a fornire un quadro semplice ed esaustivo delle norme e dei principi giurisprudenziali che regolano i predetti istituti.

Nella prima parte si troveranno le definizioni dei concetti e delle locuzioni maggiormente ricorrenti nella disciplina degli appalti pubblici di servizi (quali, ad esempio, amministrazione aggiudicatrice, organismo di diritto pubblico, affidamento diretto, in house providing). Ove possibile, si è fatto riferimento al testo delle disposizioni normative. In assenza di definizioni testuali, ci si è riportati ai principi ed alle enunciazioni definitorie espressi dalla giurisprudenza.

PARTE V - LINEE GUIDA APPLICATIVE

¹⁹² Si è in attesa del recepimento, da parte del legislatore italiano, delle "Nuove direttive appalti" entro il 31 gennaio 2006.

Nella seconda parte si è dedicata attenzione alla descrizione dei presupposti e dei requisiti necessari per potere procedere all'affidamento di un contratto di appalto pubblico di servizi secondo le citate deroghe.

2. Alcune definizioni ricorrenti

Appalto pubblico di servizi

Gli appalti pubblici di servizi sono contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto tra un prestatore di servizi e un'amministrazione aggiudicatrice. Nei contratti misti di lavori e servizi e nei contratti di servizi quando comprendono lavori accessori, si applicano le norme della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50%.

Gli appalti che includono forniture e servizi sono considerati appalti di servizi quando il valore totale di questi è superiore al valore delle forniture comprese nell'appalto¹⁹³.

Amministrazione aggiudicatrice

Sono amministrazioni aggiudicatrici, le amministrazioni dello Stato, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti pubblici territoriali e le loro unioni, consorzi o associazioni, gli altri enti pubblici non economici¹⁹⁴.

Organismo di diritto pubblico

Sono organismi di diritto pubblico gli organismi, dotati di personalità giuridica, istituiti per soddisfare specifiche finalità d'interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dalle regioni, dagli enti locali, da altri enti pubblici o

organismi di diritto pubblico, o la cui gestione è sottoposta al vigilanza sono costituiti, almeno per la metà, da componenti designati dai medesimi soggetti pubblici¹⁹⁵.

Deroga ex art. 5, co. 2. lett. g), del D.Lgs. 157 del 1995

Le norme del decreto legislativo non si applicano agli appalti pubblici di servizi aggiudicati a un ente che sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 2, in base a un diritto di esclusiva di cui beneficia in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, purché queste siano compatibili con il Trattato.

In house providing

Sono affidamenti in house quelli che si svolgono all'interno della pubblica amministrazione, per esempio, tra un'amministrazione centrale e le amministrazioni locali, ovvero tra un'amministrazione ed una società da questa interamente controllata¹⁹⁶. Perché possa legittimamente parlarsi di affidamento *in house*, è necessario che il controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sull'affidatario sia «analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi» e che «l'affidatario realizzi la parte più importante della propria attività» con l'amministrazione aggiudicatrice che lo controlla¹⁹⁷.

¹⁹³ Sul punto si veda art. 3 del D.Lgs. n. 157 del 1995 come modificato dall'art. 9 della legge n. 415 del 1998 e successivamente sostituito dall'art. 3 del D. Lgs. n. 65 del 2000.

¹⁹⁴ Si veda art. 2, co. 1, lett. a, D. Lgs. n. 157 del 1995.

¹⁹⁵ Si veda art. 2, co. 1, lett. b), del D.Lgs. n. 157 del 1995. Nell'allegato 7 sono elencati, in modo non esaustivo, gli organismi di diritto pubblico di cui al comma 1, lettera b).

¹⁹⁶ Libro bianco, COM (1998) 143, *Public procurement in the European Union*, Brussels.

¹⁹⁷ Corte di Giustizia, causa C-107/1998, *Teckal Srl c. Comune di Viano*.

3. Linee guida applicative

Senza voler costituire un manuale operativo, le seguenti linee guida applicative intendono fornire un'indicazione di massima sulle principali questioni che dovrebbero essere tenute in conto allorché una stazione appaltante intenda procedere ad un affidamento in via diretta di un appalto di servizi di valore superiore alla soglia comunitaria, in virtù della deroga ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE (recepita all'art. 5, lett. g) del D. Lgs. n. 157/1995) o di rapporto *in house* sussistente con il soggetto affidatario.

Si tratta evidentemente della esemplificazione in termini semplici e comprensibili dei passaggi che, stando alla attuale disciplina degli istituti in esame così come risultante dalle norme in vigore e dalle regole giuridiche espresse dalla Corte di Giustizia, devono essere seguiti nelle procedure di affidamento di servizi secondo la deroga ex art. 6 o ad ente ritenuto *in house* all'amministrazione appaltante. Il presente vademecum, quindi, va inteso quale rappresentazione procedimentale di massima che non vuole, e non può, essere letto a prescindere dalle prassi seguite all'interno di ciascuna amministrazione centrale allorché la stessa addivenga alla determinazione di utilizzare uno dei due istituti in esame.

Al fine di conferire praticità nell'uso di questo strumento, si è ritenuto di fornire una rappresentazione semplificata e schematica della procedura da seguire, mediante uso di tabelle grafiche, realizzate sotto forma di diagramma di flusso delle domande e delle scelte che l'operatore della pubblica amministrazione è chiamato ad effettuare. È stato a tal fine indicato un ideale percorso strutturato in una serie di passaggi consequenziali necessari al fine di verificare la sussistenza dei presupposti necessari per procedere legittimamente all'uso delle predette deroghe.

Infine, si ritiene di formulare due ultime considerazioni di carattere metodologico e pratico.

Occorre sempre prestare attenzione alla situazione di fatto e non al *nomen juris* che caratterizza l'affidamento che si vuole effettuare, tenendo ben presente che la deroga disciplinata dall'art. 6 della «direttiva servizi» non

può essere confusa con l'istituto dell'affidamento *in house*, pur se la presenza degli elementi necessari a configurare la prima non escludono di per sé la possibilità di trovarsi di fronte alla seconda. Benché, in entrambi i casi si riscontra un rapporto tra l'amministrazione pubblica appaltante e un soggetto-altro affidatario, le due fattispecie sono profondamente diverse:

- nella fattispecie *in house* è l'elemento soggettivo che determina le condizioni di affidamento diretto (vale a dire il rapporto interorganico con l'amministrazione e il tipo di controllo esercitato dall'amministrazione stessa);
- nella fattispecie dell'art. 6, è l'elemento oggettivo che determina le condizioni di affidamento diretto (vale a dire l'attribuzione di un diritto esclusivo ad un soggetto qualificabile organismo di diritto pubblico)¹⁹⁸.

¹⁹⁸ Nota del Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento per le Politiche di sviluppo e di coesione - Servizio per le Politiche dei fondi strutturali comunitari - Ufficio II, diffusa il 30 ottobre 2003 ed aggiornata al 4 maggio 2004.

4. Vademecum

4.1. Deroga ex art. 6 direttiva 92/50/CEE e art. 5, co. 2, lett. g) del D.Lgs. n.157/1995)

Art. 6 direttiva 92/50/CEE: "La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione ai sensi dell'art. 1, lett. b) in base ad un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù delle disposizioni legislative, regolamentari od amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il Trattato".

Art. 5, c. 2, lett. g) D.Lgs. n. 157/1995: "(il presente decreto non si applica) agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 2, in base ad un diritto di esclusiva di cui beneficia in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, purché queste siano compatibili con il Trattato".

Al fine di verificare se sussistano, o meno, i presupposti per potere procedere all'affidamento di un contratto di appalto pubblico di servizi in deroga all'applicazione dei principi del Trattato e delle norme da esso derivate, contenute nella direttiva 92/50/CEE, occorre accertare:

- A. se il destinatario dell'affidamento sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice o un organismo di diritto pubblico;
- B. in caso affermativo, se tale amministrazione sia destinataria di una norma legislativa, regolamentare o amministrativa pubblicata e compatibile con il Trattato, che le attribuisca un diritto esclusivo allo svolgimento del servizio.

A.1. La natura di amministrazione aggiudicatrice del destinatario dell'affidamento diretto

Ai sensi dell'art. 2 del D.Lgs. n. 157/1995 (che recepisce il disposto dell'art. 1, lett. b) della direttiva 92/50/CEE) sono amministrazioni aggiudicatrici:

- a) le amministrazioni dello Stato, le Regioni, le Province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti pubblici territoriali e le loro unioni, consorzi o associazioni, gli altri enti pubblici non economici;
- b) gli organismi di diritto pubblico; sono tali gli organismi, dotati di personalità giuridica, istituiti per soddisfare specifiche finalità d'interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dalle regioni, dagli enti locali, da altri enti pubblici o organismi di diritto pubblico, o la cui gestione è sottoposta al loro controllo o i cui organi d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti, almeno per la metà, da componenti designati dai medesimi soggetti pubblici.

Nell'allegato 7 sono elencati, in modo non esaustivo, gli organismi di diritto pubblico di cui al comma 1, lett. b).

La valutazione della natura di amministrazione aggiudicatrice del destinatario dell'affidamento diretto non pone problemi qualora esso rientri nel novero degli enti indicati alla lettera a) del comma 1 dell'articolo in esame; nulla quaestio, in altri termini, qualora il soggetto, potenziale affidatario in via diretta (giusta deroga ex art. 6), sia un'amministrazione dello Stato, una regione, una delle Province autonome, un ente pubblico territoriale e una loro unione, consorzio o associazione, un altro ente pubblico non economico.

Maggiori criticità emergono invece con riferimento alla seconda specie del genus «amministrazione aggiudicatrice», in relazione cioè alla individuazione dei requisiti soggettivi e oggettivi in presenza dei quali un ente può essere considerato organismo di diritto pubblico. Ci si riferisce, in particolare, alla natura giuridica dell'organismo, alle finalità da esso perseguite e alle forme di controllo sullo stesso esercitate.

A.2. La natura di organismo di diritto pubblico del destinatario dell'affidamento diretto

L'art. 2, co. 1, lett. b), del D. Lgs. n. 157 del 1995, definisce "organismi di diritto pubblico" gli organismi:

- dotati di personalità giuridica;
- istituiti per soddisfare specifiche finalità d'interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale;
- la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dalle regioni, dagli enti locali, da altri enti pubblici o organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito, per più della metà, da membri designati dallo Stato, dalle regioni, dagli enti locali, da altri enti pubblici o organismi di diritto pubblico.

L'allegato 7 del medesimo decreto legislativo (richiamato dal secondo comma dell'articolo 2), come sostituito dall'art. 18, comma 5, del D. Lgs. n. 65 del 2000, contiene una elencazione esemplificativa, ma non esaustiva, degli organismi di diritto pubblico.

La procedura più corretta per verificare se il soggetto potenziale affidatario in via diretta sia organismo di diritto pubblico o meno, sembra pertanto quella di verificare, in prima istanza, se l'ente destinatario dell'affidamento sia compreso nell'elenco di cui all'allegato 7, tenendo tuttavia presente che, prima di procedere all'affidamento diretto, occorre comunque verificare, in concreto, la situazione di fatto nella quale l'ente affidatario opera, poiché la mera qualificazione di un ente come organismo di diritto pubblico non è di per sé sufficiente a garantire il ricorrere di tutti i presupposti che legittimano la deroga ex art. 6.

Qualora il potenziale affidatario non fosse ricompreso tra gli organismi elencati nell'allegato 7, occorrerà accertare se lo stesso sia identificabile come organismo di diritto pubblico in quanto in possesso di tutti e tre i

requisiti indicati dall'art. 2, comma 1, lett. b), citato, la cui sussistenza è cumulativamente¹⁹⁹ richiesta.

Occorrerà in altri termini accertare:

1. se l'ente affidatario è dotato di personalità giuridica secondo le norme del codice civile;
2. se persegue interessi di carattere generale (dovendosi ritenere tali quelle attività volte al perseguimento di finalità di interesse della collettività, non riconducibili a particolari categorie o gruppi ed i cui titolari, in altri termini, non siano identificabili al momento della creazione dell'Ente) non aventi carattere industriale o commerciale;
3. se è sottoposto al controllo dell'amministrazione aggiudicatrice che intende procedere all'affidamento diretto in suo favore.

Mentre nessun problema si pone in relazione alla verifica del primo requisito, dovendosi in proposito fare riferimento alla normativa civilistica in tema di personalità giuridica, con riferimento al secondo l'operatore non avrà compito agevole, considerato che per distinguere i bisogni di interesse generale con carattere industriale o commerciale dai bisogni privi di tale carattere, si dovrà fare pressoché esclusivo riferimento ad una serie di parametri stabiliti dalla giurisprudenza²⁰⁰, tenendo presente:

- l'irrelevanza del numero degli utenti diretti dell'attività o del servizio al fine di determinare se un'attività o un servizio soddisfi un bisogno di interesse generale;

¹⁹⁹ Per tutte, sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria cit.
²⁰⁰ Ci si può riferire a titolo di ausilio alle conclusioni dell'Avvocato generale nella sentenza Agorà, Cause congiunte C-233/99 e C-250/99 in cui l'Avvocato Alber rilevava che il fatto che l'organismo non persegua uno scopo di lucro può costituire un elemento di presunzione del carattere non industriale o commerciale di un'attività "nella misura in cui un'attività industriale o commerciale mira in principio alla realizzazione di un beneficio"; considerando, per converso, elementi utili per la qualifica di un organismo come soddisfacente bisogni di interesse generale aventi carattere industriale o commerciale, le circostanze seguenti: che, nonostante l'assenza di uno scopo di lucro, i benefici realizzati dal soggetto in questione non vengano distribuiti ma reinvestiti; che l'organismo debba finanziare la propria attività a partire dalle entrate realizzate; che lo statuto non contenga disposizioni in virtù delle quali eventuali perdite possano essere ripianate dai poteri pubblici; che l'ente sopporti solo le conseguenze economiche e finanziarie della sua attività e sia in concorrenza con altri soggetti: la combinazione di questi due elementi fa sì che la pressione esercitata dalla concorrenza renda improbabile che l'organismo si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche. Cfr. in proposito Nota del MEF richiamata cit..

- le circostanze nelle quali è stato costituito il soggetto che svolge l'attività diretta a soddisfare tale bisogno;
- le condizioni in cui esso opera, con particolare riferimento all'assenza dello scopo principalmente lucrativo, alla mancanza di assunzione dei rischi connessi allo svolgimento dell'attività, nonché all'eventuale finanziamento pubblico di quest'ultima²⁰¹.

La giurisprudenza ha chiarito che qualora un ente persegua finalità dirette al soddisfacimento di bisogni di carattere generale, ma svolga la sua attività in regime di concorrenzialità e secondo criteri di gestione improntati ad economicità, non può qualificarsi come organismo di diritto pubblico e dunque essere destinatario di affidamenti diretti ex art. 6 della direttiva 92/50²⁰², in quanto le finalità di interesse generale perseguite rivestirebbero carattere industriale o commerciale.

Una volta verificato il perseguimento di interessi di carattere generale non aventi carattere industriale o commerciale da parte dell'ente potenziale affidatario in via diretta, al fine di determinare in capo ad esso la natura di organismo di diritto pubblico e quindi di amministrazione aggiudicatrice, sarà necessario porre in essere un'analisi sulla natura e sulle caratteristiche del controllo esercitato sull'ente aggiudicatario da parte dell'amministrazione aggiudicatrice affidante, secondo quanto stabilito dall' art. 2, comma 1) lett. b) del D. lgs. n. 157 del 1995, che prevede le seguenti tre alternative e distinte forme di controllo:

- il finanziamento maggioritario da parte di Stato, regioni, enti locali, altri enti pubblici o organismi di diritto pubblico;
- la sottoposizione della gestione al controllo dei suddetti enti;
- il potere, dei medesimi enti, di designare almeno la metà dei componenti degli organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza.

Sul finanziamento, in via maggioritaria, dell'attività svolta dall'ente affidatario da parte dello Stato, delle regioni, degli enti locali, di altri enti

pubblici o organismi di diritto pubblico, e sulla designazione di almeno metà degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza, l'analisi non presenta particolari criticità, trattandosi di una verifica di mere circostanze di fatto.

La giurisprudenza, invece, si è soffermata sul controllo della gestione, precisando che a tale riguardo l'analisi va condotta con riferimento non soltanto a dati di carattere formale (quali previsioni statutarie, oggetto sociale, o altre disposizioni normative che definiscono la competenza gestionale dell'affidatario), quanto piuttosto con riferimento in concreto alla situazione vigente nel momento in cui si deve procedere all'affidamento diretto. In tal senso la gestione dell'ente affidatario deve ritenersi sottoposta al controllo dell'amministrazione aggiudicatrice nel caso in cui la medesima abbia un potere di ingerenza di carattere sanzionatorio²⁰³ sull'attività del primo, ovvero nel caso in cui possa esercitare un controllo a posteriori sul bilancio di esercizio dello stesso affidatario tale da influenzarne le decisioni gestionali²⁰⁴, ovvero ancora quando tra amministrazione aggiudicatrice ed ente affidatario sia stata stipulata una serie di convenzioni secondo le quali quest'ultimo svolga la propria attività esclusivamente in favore della prima²⁰⁵.

Al ricorrere di una delle suddette forme di controllo, unitamente ai requisiti di cui ai punti 1 e 2, l'ente affidatario può essere qualificato come "organismo di diritto pubblico".

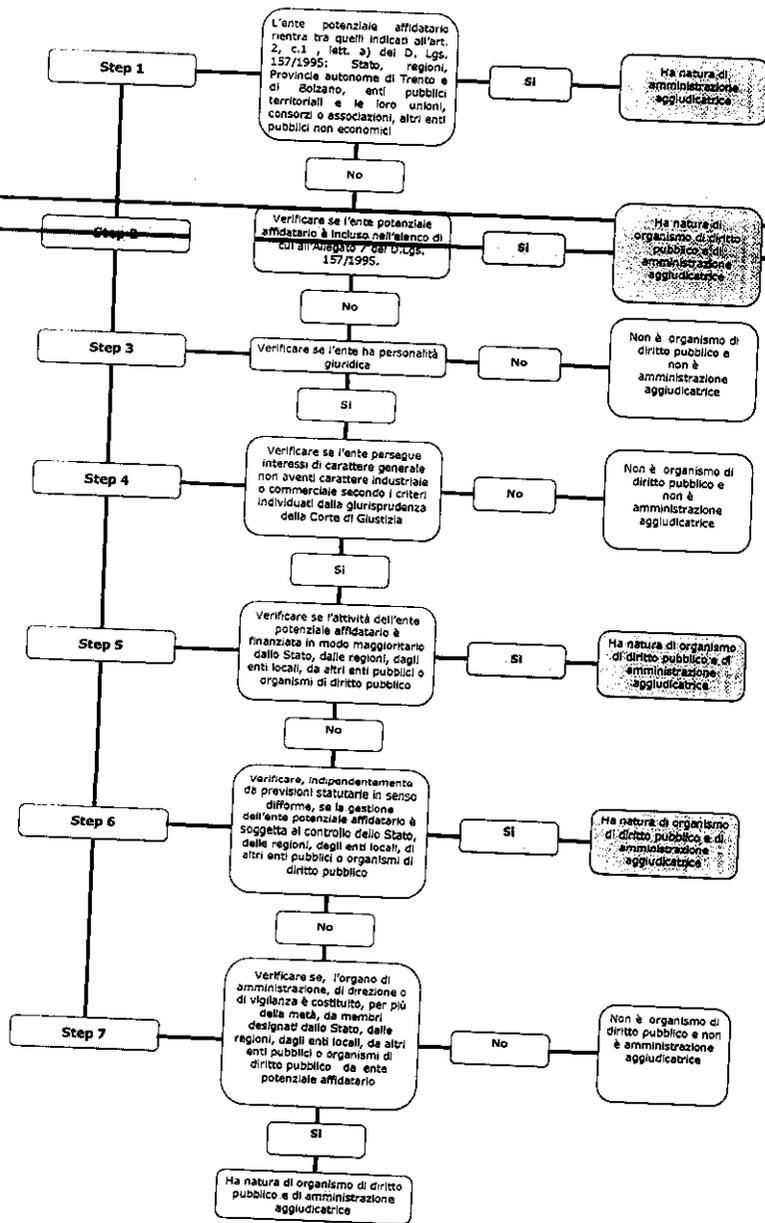
La flow chart che segue illustra in modo schematico, sotto forma di diagramma di flusso, la procedura da seguire al fine di verificare la natura di amministrazione aggiudicatrice del potenziale affidatario.

²⁰¹ Corte di Giustizia, causa C-237/99, *Commissione c. Repubblica Francese*.

²⁰⁴ Corte di Giustizia, causa C-373/00 *Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*.

²⁰⁵ Corte di Giustizia, causa C-470/99, *Universale Bau AG c. Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*.

Flow chart 1 Verifica della natura di amministrazione aggiudicatrice dell'ente potenzialee affidatario di affidamento diretto ex art. 6 dir. 92/50 e Art. 5, c. 2, lett. g) D.Lgs. n. 157/1995



Se l'ente affidatario risulta essere un'amministrazione aggiudicatrice (anche nella *sub specie* organismo di diritto pubblico, in quanto in possesso, cumulativamente, di tutti i tre predetti requisiti) per procedere ad un affidamento diretto occorrerà ulteriormente accertare se l'ente sia titolare di un diritto esclusivo attribuitogli in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, compatibili con il Trattato, che lo renda unico affidatario del servizio.

B. La titolarità in capo al destinatario dell'affidamento diretto di un diritto esclusivo allo svolgimento del servizio, in virtù di una norma legislativa, regolamentare o amministrativa pubblicata e compatibile con il Trattato.

Le amministrazioni aggiudicatrici, possono essere destinatarie di affidamenti diretti nell'ambito della deroga di cui all'art. 6 della direttiva servizi (come recepita dall'art. 5, c. 2, lett. g del D. Lgs. 157/1995), ove ricorrano anche le ulteriori condizioni prescritte dal medesimo articolo. In particolare l'organismo di diritto pubblico deve essere destinatario di:

- un diritto esclusivo,
- compatibile con il Trattato,
- attribuito all'amministrazione aggiudicatrice in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate.

Nel verificare il ricorrere delle suddette condizioni, richieste dal legislatore affinché possa procedersi ad affidamento diretto ad un'amministrazione aggiudicatrice, in deroga alle procedure di evidenza pubblica, si dovrà tenere conto del fatto che l'art. 6 della direttiva e l'art. 5, co. 2, lett. g) del D. Lgs. n. 157/1995 abbracciano una duplice eccezione in quanto escludono, sia le attività ed i servizi esercitati in regime di concessione, o di riserva legale, amministrativa o legislativa, sia tutte le attività che vengano aggiudicate, in base ad una negoziazione di carattere contrattuale, perché l'affidatario è titolare di un diritto di esclusiva di cui

beneficia in virtù di disposizioni legislative, regolamentari od amministrative pubblicate compatibili con il Trattato.

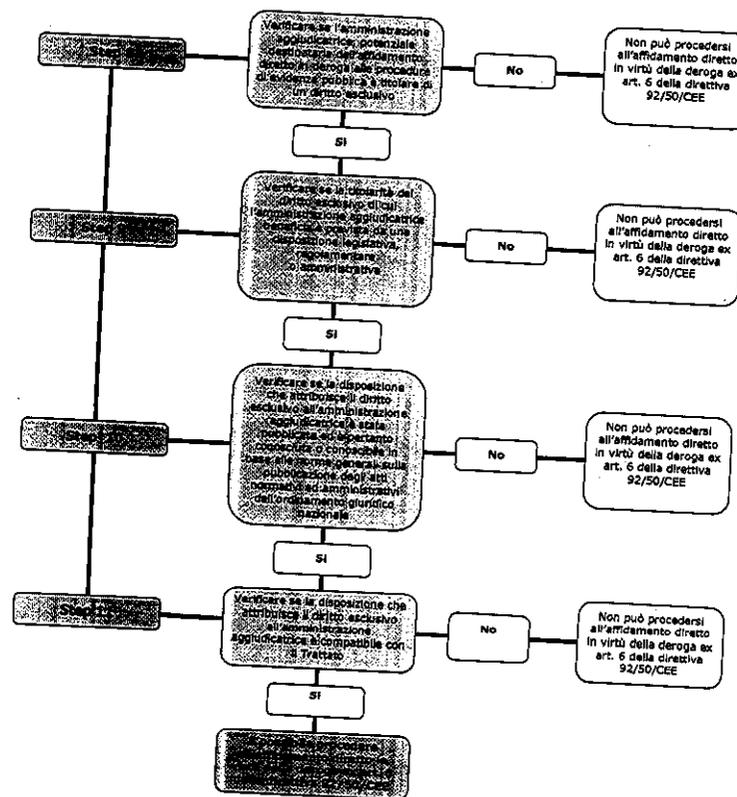
L'applicazione dell'eccezione è sottoposta alla concorrente ricorrenza dei due seguenti presupposti, la cui sussistenza dovrà necessariamente essere verificata:

- che le suddette disposizioni siano pubblicate, cioè conosciute o conoscibili in base alle norme generali sulla pubblicazione degli atti normativi e amministrativi dell'ordinamento giuridico nazionale;
- che dette disposizioni siano compatibili con il Trattato.

Anche in relazione all'accertamento della titolarità di un diritto di esclusiva in capo all'amministrazione aggiudicatrice si fornisce di seguito una tavola rappresentativa, sotto forma di diagramma di flusso, delle verifiche che occorre porre in essere (la numerazione dei passaggi segue quella relativa alla verifica della sussistenza della natura di amministrazione aggiudicatrice).

È tuttavia opportuno precisare in questa sede che le seguenti linee guida hanno valore meramente esemplificativo, risultando assolutamente indispensabile che l'accertamento della compatibilità con il Trattato del diritto esclusivo di cui l'amministrazione aggiudicatrice è titolare in virtù di disposizioni di legge, regolamentari od amministrative venga condotta caso per caso, verificando se nella singola fattispecie è effettivamente necessario e inderogabile per lo Stato membro, mantenere o costruire ex novo diritti speciali od esclusivi.

Flow chart 2 - Verifica della titolarità in capo all'amministrazione aggiudicatrice destinataria dell'affidamento diretto, di un diritto esclusivo allo svolgimento del servizio, in virtù di una norma legislativa, regolamentare o amministrativa pubblicata e compatibile con il Trattato.



4.2. Affidamenti in house

Il punto di partenza per condurre l'analisi volta a verificare se una determinata fattispecie possa integrare l'ipotesi di affidamento diretto in virtù di rapporto *in house* tra amministrazione aggiudicatrice ed ente affidatario deve, necessariamente, essere condotta a partire dalla ricerca della sussistenza degli elementi individuati dalla Corte di Giustizia nella nota sentenza *Teckal* che costituiscono una sorta di paradigma dell'istituto.

Sentenza della Corte (Quinta Sezione), del 18 Novembre 1999, causa C-107/98, punto 50 delle motivazioni: (ricorre l'ipotesi di un affidamento *in house* allorché un'amministrazione eserciti sulla persona di cui trattasi (l'ente potenziale affidatario in via diretta) un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione che lo controlla.

Alla luce delle indicazioni dei giudici del Lussemburgo, l'indagine che mira alla verifica dell'effettiva sussistenza dei requisiti che integrano la fattispecie dell'*in house providing*, può essere distinta in due successive fasi:

- A. verificare che il **controllo** esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice sull'ente potenziale affidatario, sia «**analogo**» a quello che la stessa esercita sui propri servizi interni;
- B. accertata la sussistenza del c.d. controllo «analogo», verificare che l'**attività** dell'ente affidatario sia **svolta per la maggior parte a beneficio dell'amministrazione che quel controllo detiene.**

Laddove l'indagine rilevi la sussistenza di entrambi i presupposti, si potrà legittimamente ipotizzare la sussistenza di un rapporto di delegazione interorganica secondo le indicazioni fornite dall'Avvocato generale Alber

nelle conclusioni rassegnate nella causa C-108/98²⁰⁶, che individuano nel controllo (valutato dal punto di vista funzionale) dell'amministrazione affidante sull'ente affidatario e nel collegamento amministrativo tra i due soggetti (nel senso di un'attribuzione di compiti dalla prima verso il secondo), gli elementi necessari per potersi parlare di rapporto di delegazione interorganica.

A. Sussistenza del controllo, sull'ente, analogo a quello che l'amministrazione (potenziale) aggiudicatrice esercita sui propri servizi.

Per verificare l'esistenza del controllo «analogo» occorre accertare che:

- il controllo dell'amministrazione aggiudicatrice sull'ente potenziale affidatario sia parificabile a quello esercitato su un ufficio della propria struttura organizzativa interna²⁰⁷;
- i servizi che l'affidatario fornisce siano analoghi a quelli di cui disporrebbe l'amministrazione ricorrendo alle proprie risorse interne²⁰⁸.

Occorre tenere conto delle indicazioni dei giudici del Lussemburgo circa il fatto che la valutazione della sussistenza del controllo «analogo» deve essere fatta oggettivamente, secondo un criterio funzionale. Il controllo deve risultare da un'analisi in concreto dei rapporti tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'ente affidatario, restando a riguardo irrilevante la forma giuridica delle disposizioni per mezzo delle quali la prima esercita il proprio controllo²⁰⁹ sul secondo.

²⁰⁶ Conclusioni rassegnate dall'Avvocato generale Alber, nella causa C-108/98, *Ri.SAN. S.r.l. c. Comune di Ischia e Ischia Ambiente S.p.a.*

²⁰⁷ Conclusioni Avv. generale La Pergola, causa C-360/96, *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden c. BFI Holding BV.*

²⁰⁸ Corte di Giustizia, causa C-94/99, *Arge Gewässerchutz c. Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft.*

²⁰⁹ Corte di Giustizia, causa C-470/99, cit.; conclusioni Avvocato generale Alber, causa C-108/98, cit.

Deve, inoltre, ricordarsi che l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza di un controllo «analogo» tale da giustificare la deroga al principio generale dell'evidenza pubblica, grava sull'amministrazione che intende avvalersene²¹⁰. Il provvedimento con cui quest'ultima procede ad affidamento diretto ad un ente *in house* dovrà, pertanto, contenere una circostanziata indicazione degli elementi sulla cui base si intende provare l'effettiva sussistenza del controllo «analogo» esercitato e legittimare la deroga alle procedure ad evidenza pubblica.

Un'ipotesi particolare in cui potrebbe imbattersi l'operatore della pubblica amministrazione chiamato a verificare la sussistenza degli elementi idonei a configurare un rapporto di controllo «analogo» dell'amministrazione aggiudicatrice sull'ente affidatario, si verifica nel caso in cui il secondo abbia natura giuridica di società per azioni.

In questo caso occorre tenere conto dell'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza, la quale ha ritenuto sussistere un controllo «analogo» solo quando l'amministrazione aggiudicatrice detenga la totalità del capitale sociale dell'ente affidatario²¹¹. Qualora, viceversa, la amministrazione possieda una partecipazione insieme ad una o più imprese private, non potrà ritenersi configurabile un rapporto di delegazione interorganica e, conseguentemente, andranno applicate le ordinarie procedure dell'evidenza pubblica.

Per il caso di affidamento diretto ad una società mista pubblico-privata il principio di parità di trattamento degli offerenti prescritto dalle direttive appalti non è violato qualora la scelta del partner privato sia avvenuta attraverso una procedura ad evidenza pubblica. Conseguentemente, anche tale tipo di società a capitale misto, qualora sussistano i presupposti che configurano un rapporto di delegazione interorganica con l'amministrazione aggiudicatrice, deve ritenersi *in house* a questa e, quindi, legittimamente destinataria di un affidamento diretto²¹².

Si fornisce di seguito una tabella riepilogativa delle verifiche che si ritiene opportuno effettuare per appurare la sussistenza di un controllo «analogo» tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'ente affidatario tale da legittimare un affidamento diretto.

Si è ritenuto opportuno realizzare due distinte sub procedure in funzione della circostanza che il potenziale *in house provider* sia organizzato sotto forma di società per azioni o meno, in considerazione del riferito orientamento della giurisprudenza nel caso in cui l'affidatario abbia natura giuridica di S.p.a..

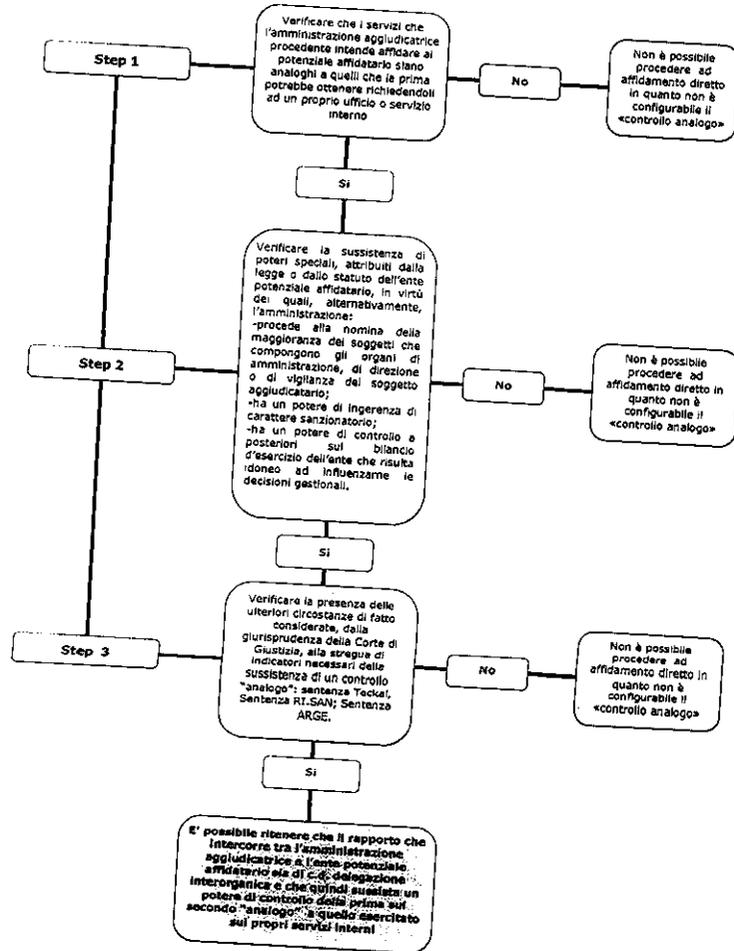
Vale, in ogni caso, l'avvertenza già espressa secondo la quale l'indagine non deve limitarsi ai soli passaggi forniti nella presente procedura ma dovrà accertare, caso per caso, le ulteriori circostanze di fatto ritenute fondamentali dalla copiosa giurisprudenza comunitaria e nazionale in materia.

²¹⁰ Conclusioni Avv. generale Geelhoed, Cause riunite C-20/01 e C-28/01, cit.

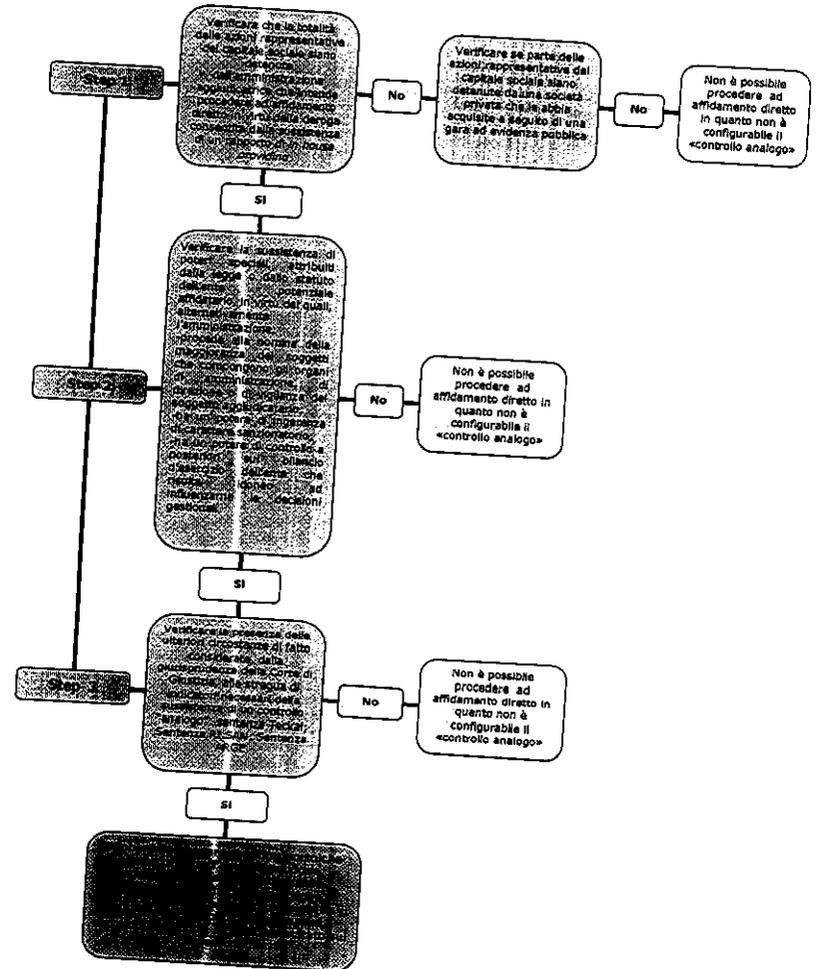
²¹¹ Corte di Giustizia, causa C-26/03, cit.

²¹² Consiglio di Stato, sez. V, n. 272/2005, cit., in senso conforme cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 6325/2004.

Flow chart 3 - Verifica della sussistenza di un controllo «analogo» nel caso in cui il soggetto potenziale affidatario in via diretta abbia natura giuridica diversa da quella di società per azioni (enti pubblici, centri di formazione, associazioni, Scuole superiori di formazione della P.A., Istituti superiori di formazione, ecc.).



Flow chart 4 - Verifica della sussistenza di un controllo «analogo» nel caso in cui il soggetto potenziale affidatario in via diretta, in virtù di rapporto in house, abbia natura giuridica di S.p.a..



B. Lo svolgimento della maggior parte dell'attività dell'ente affidatario in favore dell'amministrazione che ne detiene il controllo «analogo»

Verificata la sussistenza di un controllo «analogo» sull'ente affidatario, nonché i requisiti soggettivi necessari perché quest'ultimo possa essere definito *in house* all'amministrazione aggiudicatrice, occorre valutare se lo stesso ente svolga la parte più importante della propria attività a favore di quest'ultima. In altri termini, occorre accertare se:

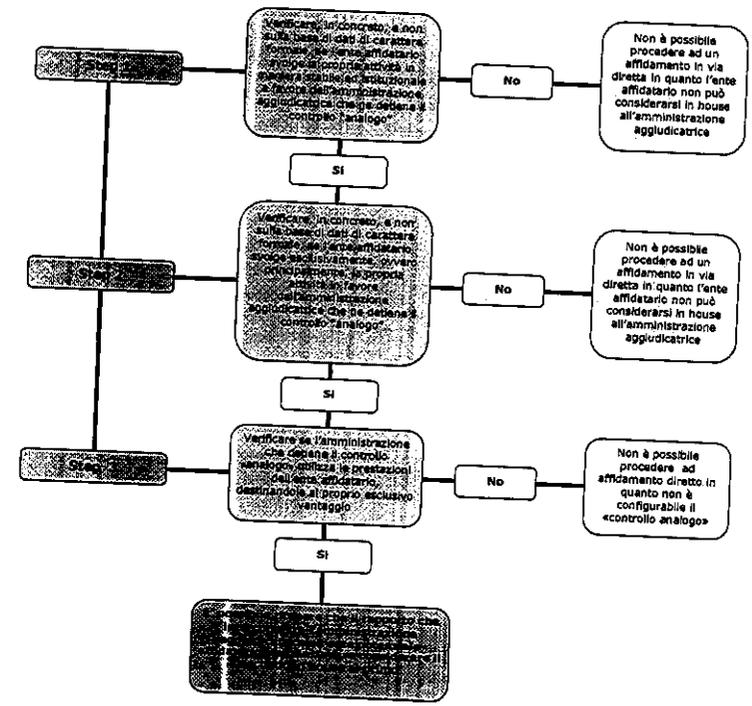
- l'amministrazione che esercita il controllo utilizza le prestazioni dell'affidatario per destinarle a proprio esclusivo vantaggio;
- l'attività esclusiva, o prevalente, dell'affidatario sia destinata alla stessa amministrazione aggiudicatrice che ne detiene il controllo²¹³.

In altri termini non è possibile limitare l'indagine alla verifica della sussistenza del controllo «analogo» che, sebbene costituisca condizione necessaria perché il prestatore di servizi possa essere considerato *in house* all'amministrazione precedente, non risulta però condizione sufficiente.

L'indagine dovrà proseguire nel senso di verificare se le prestazioni richieste all'affidatario da parte dell'amministrazione controllante siano destinate ad esclusivo vantaggio della stessa e se l'attività del soggetto controllato sia destinata per la parte principale a favore di essa.

Anche in questo caso nell'effettuare l'indagine, occorre individuare la parte di attività destinata dal soggetto controllato all'ente controllante non in maniera astratta (e con esclusivo riguardo a dati di carattere formale quali potrebbero essere lo statuto, l'oggetto sociale o la competenza attribuita al *provider*), ma in concreto, verificando la situazione vigente al momento dell'affidamento.

Flow chart 5 - Verifica dello svolgimento della maggior parte dell'attività dell'ente affidatario in favore dell'amministrazione che ne detiene il controllo «analogo».



Si ricorda, infine, la situazione peculiare che può verificarsi nel caso in cui il controllo sia esercitato da un'amministrazione aggiudicatrice distinta da quella destinataria dell'attività prevalente del soggetto *in house*. E' questo il caso di numerose società per azioni il cui capitale è detenuto totalmente dal Ministero dell'economia e finanze che, in virtù di disposizioni di legge, statutarie o regolamentari, detiene sulle stesse il controllo «analogo». Tali società infatti, in virtù di apposite convenzioni, prestano spesso la propria attività in maniera preponderante, se non addirittura

²¹³ C. Couvres, Op. cit. dell'Avvocato generale Léger, causa C/94/99, cit.

esclusiva, in favore di altre amministrazioni centrali, distinte dal predetto Ministero.

In siffatti casi l'affidamento diretto in virtù di un rapporto di delegazione interorganica da parte di un'amministrazione centrale distinta da quella che esercita il controllo «analogo» sull'ente affidatario, è stato considerato legittimo poiché deve ritenersi che i vari Ministeri facciano tutti parte dell'organizzazione unitaria del governo centrale.

La Commissione Europea, sul punto, ha precisato che, in virtù del predetto rapporto unitario che lega i vari ministeri ed il governo centrale, può ritenersi legittimo l'affidamento in house ad una società da parte di un'amministrazione centrale che non risulta formalmente essere titolare delle azioni della prima (e non ne detiene pertanto il controllo «analogo»), ma a favore della quale, sulla base di convenzioni, la prima svolge in concreto la propria attività in misura prevalente²¹⁴.

APPENDICE NORMATIVA

²¹⁴ Cf. in proposito Commissione europea, ottobre 2002, archiviazione caso SOGESID S.p.a., *at*.

Trattato del 25 marzo 1957
Trattato che istituisce la Comunità Europea

(Estratto)

(Omissis)

Art. 12 (originario art. 6)

1. Nel campo di applicazione del presente Trattato, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dallo stesso previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità.

2. Il Consiglio deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 189 B, può stabilire regole volte a vietare tale discriminazione.

(Omissis)

Capo II

Abolizione delle restrizioni quantitative tra gli Stati membri

Art. 28 (originario art. 30)

Sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente.

Art. 29 (originario art. 34)

Sono vietate per gli Stati membri le restrizioni quantitative all'esportazione e qualsiasi misura di effetto equivalente.

(Omissis)

Capo II

Il diritto di stabilimento

Art. 43 (originario art. 52)

Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato

membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di uno Stato membro.

La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'art. 58, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali.

Capo III

I servizi

Art. 49 (originario art. 59)

Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione.

Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, può estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno della Comunità.

(Omissis)

Art. 82 (originario art. 86)

1. E' incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura, in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo.

2. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque,

b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori,

c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza,

d) nel subordinare la conclusione di contratti alla accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

Art. 86 (originario art. 90)

1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente Trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 7 e da 85 a 94 inclusi.

2. Le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme del presente Trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità.

3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni.

Direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi

(GUCE L 209 del 24.7.1992, pag. 1)

(Estratto)

IL CONSIGLIO DELLE COMUNITÀ EUROPEE,
visto il Trattato che istituisce la Comunità economica europea, in particolare l'articolo 57, paragrafo 2, ultima frase, e l'articolo 66,
vista la proposta della Commissione, in cooperazione con il Parlamento europeo,
visto il parere del Comitato economico e sociale,
considerando che il Consiglio europeo ha constatato l'esigenza di completare la realizzazione del mercato interno;
considerando che occorre adottare le misure destinate all'instaurazione progressiva del mercato interno entro il 31 dicembre 1992; che il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali;
considerando che questi obiettivi richiedono il coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi;
considerando che il Libro bianco sul completamento del mercato interno contiene un programma d'azione ed un calendario per l'apertura dei mercati degli appalti pubblici, ivi compresi quelli di servizi, nella misura in cui ad essi non siano già applicabili la direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti dei lavori pubblici (4), e la direttiva 77/62/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1976, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture;
considerando che la presente direttiva va applicata da tutte le amministrazioni aggiudicatrici ai sensi della direttiva 71/305/CEE;
considerando che è necessario evitare intralci alla libera circolazione dei servizi; che pertanto i prestatori di servizi possono essere sia persone fisiche sia persone giuridiche; che la presente direttiva non pregiudica l'applicazione, a livello nazionale, delle norme relative alle condizioni di esercizio di un'attività o di una professione purché esse siano compatibili con il diritto comunitario;

considerando che per l'applicazione delle norme procedurali ed ai fini della sorveglianza, il metodo migliore per definire il settore dei servizi è quello di suddividere tali servizi in categorie corrispondenti a talune voci di una nomenclatura comune; che gli allegati I A e I B della presente direttiva si riferiscono alla nomenclatura CPC (classificazione comune dei prodotti) delle Nazioni Unite; che questa nomenclatura può essere sostituita in futuro da una nomenclatura comunitaria; che è necessario prevedere la possibilità di adattare in conseguenza la nomenclatura CPC negli allegati I A e I B;

considerando che la prestazione di servizi è disciplinata dalla presente direttiva soltanto quando si fonda su contratti d'appalto; che la prestazione di servizi su altra base, quali leggi o regolamenti ovvero contratti di lavoro, esula dal campo di applicazione della presente direttiva;

considerando che, a norma dell'articolo 130 F del Trattato, l'incoraggiamento della ricerca e dello sviluppo costituisce uno dei mezzi per potenziare le basi scientifiche e tecnologiche dell'industria europea e che l'apertura degli appalti pubblici favorirà la realizzazione di questo obiettivo; che il cofinanziamento dei programmi di ricerca non dovrebbe rientrare nella presente direttiva; che dalla presente direttiva non sono coperti i contratti per servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli i cui risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione perché li usa nell'esercizio della propria attività, purché la prestazione dei servizi sia interamente retribuita da tale amministrazione;

considerando che i contratti aventi ad oggetto l'acquisizione o l'affitto di beni immobiliari, o diritti su tali beni, presentano caratteristiche particolari che rendono inappropriata l'applicazione delle norme sugli appalti;

considerando che l'aggiudicazione di contratti relativi a determinati servizi audiovisivi nel settore delle trasmissioni radiotelevisive è retta da considerazioni che rendono inappropriata l'applicazione delle norme sugli appalti;

considerando che i servizi d'arbitrato e di conciliazione sono di norma prestati da enti od individui all'uopo scelti o designati secondo modalità che non possono essere disciplinate da norme sugli appalti;

considerando che i servizi finanziari contemplati dalla presente direttiva non comprendono gli strumenti in materia di politica monetaria, tassi di cambio, debito pubblico, gestione delle riserve e di altre politiche che comportino operazioni su titoli o altri strumenti finanziari; che di conseguenza i contratti relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita o al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari non

sono contemplati dalla presente direttiva; che sono esclusi anche i servizi forniti da banche centrali;

considerando che è opportuno applicare nel campo dei servizi le stesse deroghe previste dalle direttive 71/305/CEE e 77/62/CEE in relazione e alla sicurezza dello Stato o alla segretezza nonché alla priorità di altre regole sugli appalti, come quelle derivanti da accordi internazionali, dalla presenza di truppe di stanza o dalle norme di organizzazioni internazionali;

considerando che la presente direttiva non pregiudica, in particolare, l'applicazione degli articoli 55, 56 e 66 del Trattato;

considerando che gli appalti pubblici di servizi, segnatamente nel settore dei servizi di gestione di proprietà, possono in certi casi includere lavori; che dalla direttiva 71/305/CEE risulta che un appalto può essere considerato appalto pubblico di lavori soltanto se il suo oggetto consiste nel realizzare un'opera; che tali lavori non possono giustificare la classificazione dell'appalto come appalto pubblico di lavori nella misura in cui sono accessori e non costituiscono l'oggetto dell'appalto;

considerando che la presente direttiva deve lasciare impregiudicate le norme sui contratti d'appalto di servizi contenute nella direttiva 90/531/CEE del Consiglio, del 17 settembre 1990, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori d'acqua e d'energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni;

considerando che in determinate circostanze i contratti comportanti un'unica fonte di approvvigionamento designata possono venir esentati in tutto od in parte dall'applicazione della presente direttiva;

considerando che nell'intento di evitare formalità superflue la presente direttiva non deve applicarsi agli appalti di valore inferiore a una determinata soglia; che detta soglia può in linea di massima coincidere con quella fissata per gli appalti pubblici di forniture; che le modalità riguardanti il calcolo del valore del contratto, la pubblicazione ed il metodo di adeguamento delle soglie devono essere identiche a quelle previste dalle altre direttive della Comunità in materia di appalti;

considerando che per eliminare pratiche che restringono la concorrenza in generale e limitano, in particolare, la partecipazione di cittadini di altri Stati membri agli appalti, occorre migliorare l'accesso dei fornitori di servizi alle procedure di aggiudicazione;

considerando che per un periodo transitorio la piena applicazione della presente direttiva deve limitarsi ai contratti riguardanti servizi per i quali le disposizioni della direttiva stessa consentiranno di realizzare appieno il potenziale

l'accrescimento del commercio transfrontaliero; che i contratti relativi a servizi d'altro genere vanno sottoposti ad osservazione per un determinato periodo di tempo prima di decidere una piena applicazione della direttiva; che occorre definire il sistema per tale osservazione; che questo dovrebbe al tempo stesso consentire agli interessati di scambiarsi le informazioni pertinenti;

considerando che le regole sull'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi devono essere quanto più simili possibile a quelle relative agli appalti pubblici di forniture e agli appalti di lavori pubblici;

considerando che possono essere appropriate le norme sugli appalti pubblici contenute nelle direttive 71/305/CEE e 77/62/CEE, con gli adeguamenti necessari per tener conto di aspetti specifici dell'appalto di servizi, come quelli riguardanti la scelta della procedura negoziata, i concorsi di progettazione, le varianti, lo status giuridico nel cui ambito operano i prestatori di servizio, il fatto di riservare a determinate professioni certe attività, nonché la registrazione e la garanzia della qualità;

considerando che va ammesso il ricorso alla procedura negoziata previa pubblicazione di un avviso, quando il servizio da prestare non possa venir specificato con sufficiente precisione, particolarmente nel settore dei servizi di natura intellettuale, e non sia dunque possibile procedere all'aggiudicazione dell'appalto mediante selezione dell'offerta migliore in conformità delle norme che regolano la procedura aperta o la procedura ristretta;

considerando che le pertinenti norme della Comunità sul reciproco riconoscimento di diplomi, certificati e altri documenti atti a comprovare una qualifica formale si applicano ai casi in cui si esiga la prova del possesso di una particolare qualifica per partecipare ad una procedura d'appalto o ad un concorso di progettazione;

considerando che gli scopi della presente direttiva non richiedono attualmente modifiche a livello nazionale relative alla concorrenza in fatto di prezzi tra prestatori di determinati servizi;

considerando che è opportuno riesaminare i risultati della presente direttiva al più tardi entro tre anni dalla data fissata per il recepimento delle norme sugli appalti nel diritto nazionale; che, in particolare, tale riesame dovrà includere la possibilità di rendere la direttiva pienamente applicabile ad una gamma più ampia di appalti di servizi,

HIA ADOTTATO LA PRESENTE DIRETTIVA:

TITOLO I Disposizioni generali

Articolo 1

Ai fini della presente direttiva s'intendono per:

- a) «*appalti pubblici di servizi*», i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice, ad esclusione:
- i) degli appalti pubblici di forniture ai sensi dell'articolo 1, lettera a) della direttiva 77/62/CEE e degli appalti di lavori pubblici ai sensi dell'articolo 1, lettera a) della direttiva 71/305/CEE;
 - ii) degli appalti pubblici che vengono aggiudicati nei settori menzionati agli articoli 2, 7, 8, 9 della direttiva 90/531/CEE e degli appalti che ottemperano alle condizioni dell'articolo 6, paragrafo 2 della stessa direttiva;
 - iii) dei contratti aventi per oggetto l'acquisizione o la locazione, qualunque siano le relative modalità finanziarie, di terreni, edifici esistenti o altri immobili, o riguardanti comunque diritti inerenti a tali beni immobiliari; tuttavia, i contratti di servizi finanziari conclusi parallelamente, preventivamente o successivamente al contratto di acquisizione o di affitto, qualunque ne sia la forma, rientrano nel campo di applicazione della presente direttiva;
 - iv) dei contratti aventi per oggetto l'acquisto, lo sviluppo, la produzione o la coproduzione di programmi televisivi da parte delle emittenti, e dei contratti concernenti il tempo di trasmissione;
 - v) dei contratti aventi per oggetto servizi di telefonia, telex, radiotelefonia, radioavviso e radiotelecomunicazioni via satellite;
 - vi) dei contratti aventi per oggetto servizi d'arbitrato — di conciliazione;
 - vii) dei contratti per servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita ed al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari, nonché dei contratti per i servizi forniti da banche centrali;
 - viii) degli appalti di lavori;
 - ix) dei contratti per servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli i cui risultati appartengono all'amministrazione aggiudicatrice, perché li usi nell'esercizio della sua attività, purché la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione;
- b) «*amministrazioni aggiudicatrici*», lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico. Per «*organismo di diritto pubblico*» si intende qualsiasi organismo;

istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e

avente personalità giuridica, e

la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico.

Gli elenchi degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico che ottemperano ai criteri di cui al secondo comma del presente punto figurano nell'allegato I della direttiva 71/305/CEE. Tali elenchi sono il più possibile completi e possono essere riveduti secondo la procedura prevista all'articolo 30 ter di detta direttiva 71/305/CEE;

c) «*prestatori di servizi*» le persone fisiche o giuridiche giuridiche, inclusi gli enti pubblici che forniscono servizi. Viene chiamato «offerente» il prestatore di servizi che presenti un'offerta e «candidato» chi solleciti un invito a partecipare ad una procedura ristretta o negoziata;

d) «*procedure aperte*» le procedure nazionali nell'ambito delle quali tutti i prestatori di servizi interessati possono presentare offerte;

e) «*procedure ristrette*» le procedure nazionali nell'ambito delle quali possono presentare offerte soltanto i prestatori di servizi invitati dall'amministrazione;

f) «*procedure negoziate*» le procedure nazionali nell'ambito delle quali le amministrazioni consultano i prestatori di servizi di loro scelta e negoziano i termini del contratto con uno o più di essi;

g) «*concorsi di progettazione*» le procedure nazionali intese a fornire all'amministrazione aggiudicatrice, soprattutto nel settore della pianificazione territoriale, dell'urbanistica, dell'architettura e dell'ingegneria civile, nonché in quello dell'elaborazione dei dati, un piano od un progetto, selezionati da una commissione giudicatrice in base ad una gara con o senza assegnazione di premi.

Articolo 2

Se un appalto pubblico ha per oggetto sia dei prodotti di cui alla direttiva 77/63/CEE che dei servizi di cui agli allegati IA e IB della presente direttiva, esso rientra nel campo d'applicazione della presente direttiva qualora il valore dei servizi in questione superi quello dei prodotti previsti dal contratto.

Articolo 3

1. Per aggiudicare appalti di servizi pubblici e per espletare concorsi di progettazione, le amministrazioni applicano procedure adattate alle disposizioni della presente direttiva.

2. Le amministrazioni assicurano la parità di trattamento tra i prestatori di servizi.

3. Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché le amministrazioni rispettino o facciano rispettare le disposizioni della presente direttiva qualora sovvenzionino direttamente in misura superiore al 50 % un appalto di servizi aggiudicato da altro ente in relazione a un appalto di lavori ai sensi dell'articolo 1 bis, paragrafo 2 della direttiva 71/305/CEE.

Articolo 4

1. La presente direttiva si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati dalla amministrazioni nel settore della difesa, ad eccezione degli appalti soggetti all'articolo 223 del Trattato.

2. La presente direttiva non si applica ai servizi che vengano dichiarati segreti o la cui prestazione debba essere accompagnata da misure speciali di sicurezza secondo le disposizioni legislative, regolamentari od amministrative vigenti nello Stato membro di cui trattasi, né quando lo esiga la tutela d'essenziali interessi di sicurezza di tale Stato.

Articolo 5

La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici disciplinati da norme procedurali differenti ed aggiudicati:

a) in base ad un accordo internazionale concluso tra uno Stato membro ed uno o più paesi terzi e concernente servizi destinati alla realizzazione od allo sfruttamento in comune di un progetto da parte degli Stati firmatari; ogni accordo di tal genere è comunicato alla Commissione, che può consultare il Comitato consultivo per gli appalti pubblici istituito dalla decisione 71/306/CEE (1);

b) ad imprese di uno Stato membro o di un paese terzo in base ad un accordo internazionale sulla presenza di truppe di stanza;

c) in base alla particolare procedura di un'organizzazione internazionale.

Articolo 6

La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione ai sensi dell'articolo 1, lettera b), in base a un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù delle disposizioni legislative, regolamentari od amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il Trattato.

(Omissis)

Decreto Legislativo 17 marzo 1995, n. 157 , Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi.

(G.U. 06-05-1995, n. 104, Supplemento ordinario)

(Estratto)

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

visti gli articoli 76 e 87 della Costituzione;

visto l'art. 11 della legge 22 febbraio 1994, n. 146, legge comunitaria per il 1993, recante delega al Governo per l'attuazione della direttiva 92/50/CEE del Consiglio che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi;

vista la preliminare deliberazione del Consiglio dei Ministri adottata nella riunione del 17 febbraio 1995;

acquisiti i pareri delle competenti commissioni permanenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica;

vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri adottata nella riunione del 16 marzo 1995;

sulla proposta dei Ministri del bilancio e della programmazione economica incaricato per il coordinamento delle politiche dell'Unione europea, dei lavori pubblici e dell'ambiente e del tesoro, di concerto con i Ministri del lavoro e della previdenza sociale, degli affari esteri, di grazia e giustizia e dell'interno;

Emana

il seguente decreto legislativo:

Art. 1 - Ambito di applicazione²¹⁵

1. Salvo quanto previsto ai commi 2 e 3, le disposizioni del presente decreto si applicano per l'aggiudicazione, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 2, degli appalti di servizi di cui all'allegato 1, il cui valore di stima, al

²¹⁵ Articolo sostituito dall'art. 1, comma c. 1, D.Lgs. 25 febbraio 2000, n. 65.

netto dell'IVA, al momento della pubblicazione del bando, è uguale o superiore al controvalore in euro di 200.000 diritti speciali di prelievo (DPS).

2. Salvo quanto previsto al comma 3, sono soggetti alle disposizioni del presente decreto anche gli appalti di servizi di cui al comma 1 il cui valore di stima, al netto dell'IVA, è uguale o superiore al controvalore in euro di 130.000 DSP, se sono indetti dalle amministrazioni di cui all'allegato 8.

3. Per gli appalti di servizi di cui all'allegato 2, per quelli di telecomunicazioni di cui all'allegato 1, categoria n. 5, i cui numeri di riferimento CPC sono 7524, 7525 e 7526, per gli appalti di servizi di cui all'allegato 1, categoria n. 8, e per quelli di cui all'articolo 3, comma 5, le disposizioni del presente decreto si applicano solo se il relativo valore di stima, al netto dell'IVA, al momento della pubblicazione del bando, è uguale o superiore a 200.000 euro.

4. Sulla base delle comunicazioni pubblicate nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee dalla Commissione europea, il Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica cura la tempestiva pubblicazione, nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, del controvalore in euro e, fino al 31 dicembre 2001, in moneta nazionale, dei DSP da assumere a base per la determinazione degli importi indicati ai commi 1 e 2; tale valore, salve successive diverse indicazioni, pure da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, conformi ad eventuali nuove comunicazioni da parte della Commissione europea, ha efficacia per un biennio, decorrente dal primo giorno del secondo mese successivo alla data di pubblicazione o dalla diversa data eventualmente precisata in sede di pubblicazione. Fino al 31 dicembre 2001 i bandi di gara recano l'indicazione in lire e in euro dell'importo dell'appalto.

Art. 2 - Amministrazioni aggiudicatrici²¹⁶

1. Sono amministrazioni aggiudicatrici:

a) le amministrazioni dello Stato, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti pubblici territoriali e le loro unioni, consorzi o associazioni, gli altri enti pubblici non economici;

b) gli organismi di diritto pubblico; sono tali gli organismi, dotati di personalità giuridica, istituiti per soddisfare specifiche finalità d'interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dalle regioni, dagli enti locali, da altri enti pubblici o

²¹⁶ Articolo sostituito dall'art. 2, comma c. 1, D.Lgs. 25 febbraio 2000, n. 55.

organismi di diritto pubblico, o la cui gestione è sottoposta al loro controllo o i cui organi d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti, almeno per la metà, da componenti designati dai medesimi soggetti pubblici.

2. Nell'allegato 7 sono elencati, in modo non esaustivo, gli organismi di diritto pubblico di cui al comma 1, lettera b).".

Art. 3 - Appalti pubblici di servizi

1. Gli appalti pubblici di servizi sono contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto tra un prestatore di servizi e un'amministrazione aggiudicatrice di cui all'art. 2, aventi ad oggetto la prestazione dei servizi elencati negli allegati 1 e 2.

2. Per gli appalti di servizi di cui all'allegato 2 e per quelli in cui il valore di tali servizi prevalga rispetto a quello dei servizi di cui all'allegato 1, il presente decreto si applica limitatamente ai soli articoli 8, comma 3, 20 e 21.

3. Nei contratti misti di lavori e servizi e nei contratti di servizi quando comprendono lavori si applicano le norme della legge 11 febbraio 1994, n. 109, qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento. Questa disposizione non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto²¹⁷.

4. Gli appalti che includono forniture e servizi sono considerati appalti di servizi quando il valore totale di questi è superiore al valore delle forniture comprese nell'appalto.

5. Il presente decreto si applica anche agli appalti di servizi sovvenzionati, in misura superiore al 50 per cento, da un'amministrazione aggiudicatrice ed aggiudicati dall'ente o soggetto sovvenzionato e collegati agli appalti di lavori di cui all'art. 3, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 19 dicembre 1991, n. 406.

Art. 4 - Calcolo dell'importo stimato dell'appalto

1. Per effettuare il calcolo dell'importo stimato dell'appalto le amministrazioni aggiudicatrici si basano sulla remunerazione complessiva dei prestatori di servizi, tenendo conto delle disposizioni che seguono.

²¹⁷ Comma modificato dall'art. 9, comma c. 75, L. 18 novembre 1998, n. 415, sostituito dall'art. 3, comma c. 1, D.Lgs. 25 febbraio 2000, n. 65 e, successivamente, dall'art. 24, comma c. 3, L. 18 aprile 2005, n. 62.

2. La scelta del metodo di valutazione non deve essere compiuta allo scopo di eludere l'applicazione del presente decreto; nessun insieme di servizi da appaltare può essere, inoltre, frazionato allo scopo di sottrarlo alla sua applicazione.

3. In sede di valutazione dell'importo stimato dell'appalto occorre tener conto:

a) nel caso di servizi assicurativi, del premio da pagare;

b) nel caso di servizi bancari e altri servizi finanziari, di onorari, commissioni, interessi o altri tipi di remunerazione;

c) nel caso di contratti comprendenti la progettazione, degli onorari o delle commissioni da pagare.

4. Quando un appalto di servizi rientra tra quelli di cui al comma 3 è ripartito in più lotti, il suo valore, ai fini dell'applicazione del presente decreto, è dato dalla somma del valore dei singoli lotti; il presente decreto non si applica, peraltro, per i lotti il cui valore stimato, al netto dell'IVA, è inferiore al controvalore in euro di 80.000 DSP o, nel caso degli appalti di cui all'articolo 1, comma 3, a 80.000 euro, purché il valore stimato complessivo dei lotti così esentati non superi il 20 per cento del valore complessivo stimato di tutti i lotti²¹⁹.

5. Negli appalti in cui non sia determinato il prezzo complessivo, la base di calcolo dell'importo è data:

a) per gli appalti di durata determinata pari o inferiore a quarantotto mesi, dal valore complessivo dell'appalto per l'intera durata;

b) per gli appalti di durata indeterminata o superiore a quarantotto mesi, dal valore mensile moltiplicato per quarantotto.

6. Per gli appalti che presentano carattere di regolarità o sono destinati ad essere rinnovati entro un determinato periodo, il valore dell'appalto deve stabilirsi, alternativamente:

a) in base al valore complessivo dei contratti analoghi relativi alla stessa categoria di servizi, conclusi nel corso dei dodici mesi o dell'esercizio finanziario precedente, rettificato, se possibile, per tener conto dei cambiamenti in termini di quantità o di valore che potrebbero sopravvenire nei dodici mesi successivi al contratto iniziale;

b) in base al valore complessivo stimato dei contratti per i dodici mesi successivi alla prima prestazione del servizio o per tutta la durata dell'appalto quando questa sia superiore a dodici mesi.

²¹⁹ Comma sostituito dall'art. 4, comma 1, D.Lgs. 25 febbraio 2000, n. 65

7. Nei casi in cui l'appalto preveda espressamente delle opzioni, la base per il calcolo del valore del contratto è data dal suo massimo valore complessivo autorizzato, comprendente gli elementi opzionali.

Art. 5 - Appalti esclusi²¹⁹

1. Il presente decreto non si applica agli appalti di lavori di cui al decreto legislativo 19 dicembre 1991, n. 406, ed alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modifiche, agli appalti di forniture di cui al decreto legislativo 24 luglio 1992, n. 358, e successive modifiche e agli appalti di lavori, di forniture o di servizi di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, e successive modifiche.

2. Il presente decreto non si applica, inoltre:

a) ai contratti aventi per oggetto l'acquisizione o la locazione, indipendentemente dalle modalità finanziarie, di terreni, edifici esistenti o altri immobili o riguardanti, comunque, diritti inerenti a tali beni; i contratti di servizi finanziari conclusi precedentemente, contestualmente o successivamente al contratto di acquisizione o locazione rientrano, tuttavia, indipendentemente dalla forma, nel campo d'applicazione del presente decreto;

b) ai contratti aventi per oggetto l'acquisto, lo svolgimento, lo sviluppo, la produzione o la coproduzione di programmi televisivi da parte delle emittenti e a quelli concernenti il tempo di trasmissione;

c) ai contratti aventi per oggetto servizi d'arbitrato e conciliazione;

d) ai contratti per servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari e a quelli per i servizi forniti da banche centrali;

e) ai contratti relativi a servizi di ricerca e selezione del personale;

f) ai contratti per servizi di ricerca e di sviluppo diversi da quelli i cui risultati appartengono esclusivamente alla amministrazione aggiudicatrice perché li utilizza nell'esercizio della propria attività, purché la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione;

g) agli appalti pubblici di servizi aggiudicati a un ente che sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 2, in base a un diritto di esclusiva di cui beneficia in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, purché queste siano compatibili con il Trattato;

²¹⁹ Articolo sostituito dall'art. 5, comma c. 1, D.Lgs. 25 febbraio 2000, n. 65.

h) agli appalti di servizi nel settore della difesa da aggiudicarsi in conformità all'articolo 296 del Trattato;

i) agli appalti relativi a servizi dichiarati segreti o la cui prestazione debba essere accompagnata, in base a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, da misure speciali di sicurezza ovvero quando lo esiga la tutela degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato;

j) agli appalti relativi a servizi regolati da specifiche norme procedurali e da aggiudicarsi in base:

1) a un accordo internazionale concluso con uno o più Stati estranei all'Unione europea, concernente servizi destinati alla realizzazione, all'utilizzazione o allo sfruttamento in comune di un progetto da parte degli Stati firmatari;

2) a un accordo internazionale concluso in relazione alla presenza di truppe di stanza e concernente imprese di uno Stato membro o estraneo all'Unione europea;

3) alla procedura propria di un'organizzazione internazionale.

(Omissis)

**Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento
per il coordinamento delle politiche comunitarie del
19 ottobre 2001, n. 12727.**

**Affidamento a società miste della gestione di servizi pubblici
locali**

(G.U. 13-11-2001, n. 264, Serie Generale)

Preambolo

Alla Presidenza del Consiglio dei Ministri,

1. La Commissione dell'Unione europea ha avviato nei confronti dello Stato italiano una procedura di infrazione per la violazione delle disposizioni comunitarie sotto il profilo dell'applicazione della normativa in materia di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, materia che è oggetto della proposta di riforma legislativa contenuta nel disegno di legge finanziaria 2002.

In attesa dell'approvazione del disegno di legge di cui sopra, si ritiene comunque opportuno fornire alcuni elementi interpretativi che chiariscono, in tema di affidamento di servizi, la normativa applicabile dagli enti locali anche alla luce della disciplina recata, in materia dagli articoli 112 e seguenti del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, recante testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali.

2. Il Trattato di Maastricht ha rafforzato il carattere sovranazionale cogente dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, la cui caratteristica fondamentale è la preminenza sul diritto interno dei singoli Stati con applicazione diretta ed efficacia immediata delle norme europee.

La normativa europea di riferimento è costituita dalle norme del Trattato, segnatamente dagli articoli 43 e 49 della direttiva che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi n. 92/50/CEE del 18 giugno 1992, (recepita con decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 157, e modificazioni introdotte dalla direttiva n. 97/52/CE, recepita con decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 65)

e dalla direttiva n. 93/38/CEE sui cc.dd. "settori esclusi" (recepita con decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, e modificazioni introdotte con la direttiva n. 93/4/CEE, recepita con decreto legislativo 25 novembre 1999, n. 525).

Le predette direttive e la normativa interna di recepimento si applicano agli appalti pubblici di servizi, intesi questi, come contratti a titolo oneroso conclusi in forma scritta tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un soggetto prestatore di servizi.

3. Per amministrazioni aggiudicatrici si intendono: lo Stato, gli enti pubblici territoriali e le loro unioni, consorzi ed associazioni, gli altri enti pubblici non economici e gli organismi di diritto pubblico.

Per organismo di diritto pubblico si intende qualsiasi organismo:

a) avente personalità giuridica;

b) istituito per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale e commerciale;

c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali, da altri enti od organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure ancora il cui organo di amministrazione, di direzione o vigilanza sia costituito da membri più della metà dei quali designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico (cfr.: art. 1-bis della direttiva n. 92/50, n. 93/36, art. 2 del decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 157).

La Corte di Giustizia ha chiarito che per l'individuazione di organismo di diritto pubblico, soggetto alla applicazione della normativa europea, è necessario che i tre requisiti innanzi illustrati sussistano contemporaneamente, avendo essi carattere cumulativo (cfr. in termini: Corte di Giustizia, sentenza Mannesmann del 15 gennaio 1998, in causa C 44/96, Corte di Giustizia contro Ente Fiera Milano, 10 marzo 2001, in causa C 223/99 e 260/99).

4. La normativa europea in tema di appalti pubblici, in particolare di servizi, non trova invece applicazione, sempre secondo l'orientamento espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, quando manchi un vero e proprio rapporto contrattuale tra due soggetti, come nel caso, secondo la terminologia della Corte, di delegazione interorganica o di servizio affidato, in via eccezionale "in house" (cfr.: Corte di Giustizia, sentenza Teckal del 18 novembre 1999, causa C-107/98).

In altri termini, quando un contratto sia stipulato tra un ente locale ed una persona giuridica distinta, l'applicazione delle direttive comunitarie può essere esclusa nel caso in cui l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa persona (giuridica) realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano.

Segnatamente, ad avviso delle istituzioni comunitarie, per controllo analogo si intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica in particolare quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario. In detta evenienza, pertanto, l'affidamento diretto della gestione del servizio è consentito senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica prescritte dalle disposizioni comunitarie innanzi citate.

5. Ove, per converso, l'affidamento riguardi un servizio in cambio della gestione dello stesso come corrispettivo (e dunque configuri, secondo l'interpretazione della Commissione, una concessione di servizi) l'aggiudicazione del servizio, sempre che non ricorrano gli estremi sopra citati in merito al controllo dell'ente pubblico sul soggetto gestore, deve in ogni caso avvenire nel rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento: pacifica l'inapplicabilità della direttiva n. 92/50, in tema di appalti di servizi, pur tuttavia la necessità di seguire procedure ad evidenza pubblica discende in linea retta dalle norme e dai principi stabiliti dal Trattato (articoli 49 e seguenti, come indicato dalla stessa Commissione nella sua comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario, v. GUCE C 121 del 29 aprile 2000).

6. L'applicazione dei ricordati principi (punti 4 e 5) in tema di appalti di servizi e concessione di servizi, con particolare riguardo alle condizioni volte a circoscrivere il novero delle ipotesi di attribuzione diretta, deve costituire parametro di riferimento in sede di affidamento della gestione del servizio ad una società per azioni mista ai sensi dell'art. 113 del decreto legislativo n. 267/2000.

7. In ogni caso la società che consegua, nel rispetto dei ricordati principi, l'affidamento della gestione dei servizi pubblici è tenuta ad osservare la procedura ad evidenza pubblica, e in particolare le disposizioni previste dall'art. 11 della direttiva n. 92/50/CEE, sugli appalti pubblici di servizi, qualora decida di subappaltare a terzi i servizi che le sono stati affidati. Le prescrizioni comunitarie trovano, infatti, applicazione nei rapporti cd. a valle, e ciò in considerazione del

fatto che le società di che trattasi, alle condizioni fin qui tratteggiate, si atteggiano alla stregua di *longa manus* dell'ente locale, ossia di un suo prolungamento amministrativo (in questo senso le conclusioni dell'avvocato generale del 15 giugno 2000 nella causa Arge).

8. Merita del pari ricordare che il dettato dell'art. 2 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, come modificata dalla legge 18 novembre 1998, n. 415, al comma 2, lettera b), prevede *expressis verbis* l'assoggettamento alle regole di evidenza pubblica degli appalti di lavori affidati dalle società per azioni miste, sia maggioritarie che minoritarie, deputate alla gestione dei servizi pubblici locali (cfr. sul punto Cons. Stato, sezione VI, n. 1478/1998; sezione V, 1° aprile 2000, n. 2078; sezione VI, 2 marzo 2001, n. 1206, ove si mette in risalto la possibilità di qualificare dette società in termini di organismi di diritto pubblico, con tutte le implicazioni da detta premessa scaturenti sul versante comunitario).

9. La procedura concorsuale, "ispirata alle regole europee in caso di superamento della soglia di rilevanza comunitaria", è anche necessaria, a titolo di ulteriore conferma ed applicazione dei principi comunitari di promozione e tutela della concorrenza, per la scelta dei soci privati ai fini della costituzione di società con partecipazione, sia maggioritaria che minoritaria, di capitale pubblico per l'affidamento di un pubblico servizio. La circostanza che la scelta riguardi soggetti destinati a fornire un significativo apporto imprenditoriale mette infatti in risalto l'esigenza che essa avvenga con quegli strumenti selettivi concorsuali che l'ordinamento ha affinato ai fini dell'individuazione dei soggetti privati chiamati a svolgere attività o servizi in favore dell'amministrazione pubblica (cfr. Cons. Stato, sezione V, 19 febbraio 1998, n. 192; più di recente, Cons. Stato, sezione IV, 3 settembre 2001, n. 4586; vedi anche sezione IV, ordinanza 9 marzo 1999, n. 506, che mette in rilievo come la procedura di gara per la scelta del socio non debba necessariamente coincidere con la disciplina dettata dal decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, non venendo in rilievo un appalto di servizi in senso stretto).

10. Si raccomanda dunque - in sede applicativa - di tenere conto delle valutazioni espresse dalla Commissione europea e di interpretare l'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali nel senso di ritenere implicito il richiamo ai principi e alle norme del Trattato, alle direttive n. 92/50/CEE e n. 93/38/CEE e alle relative disposizioni attuative, in conformità alle interpretazioni fornite dalla ricordata giurisprudenza della Corte di giustizia.

Le inosservanze delle regole comunitarie in tema di affidamento di servizi pubblici potrebbero rendere lo Stato italiano, ai sensi dell'art. 228 del Trattato, destinatario di sanzioni pecuniarie da parte dell'Unione europea ed imporre l'attivazione di consequenziali provvedimenti.

**Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento
per il coordinamento delle politiche comunitarie del
1 marzo 2002, n. 3944**

**Procedure di affidamento delle concessioni
di servizi e di lavori**

(G.U. 03/03/2002, n. 102, Serie Generale)

1) Il ricorso sempre più diffuso allo strumento delle concessioni da parte delle amministrazioni per realizzare e finanziare grandi lavori d'infrastruttura e per offrire taluni servizi, in uno con la pendenza di procedure d'infrazione intentate dalla Commissione europea in materia, rende opportuno fornire elementi interpretativi che chiariscano la normativa comunitaria applicabile in subiecta materia alla luce della comunicazione interpretativa della Commissione europea sulle concessioni del 12 aprile (G.U.C.E. 121/5 del 29 aprile 2000) e della più recente giurisprudenza comunitaria (Corte di giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Teleaustria c. Post & Telekom Austria).

Nella comunicazione la Commissione chiarisce che anche quando le concessioni non siano disciplinate da specifiche direttive sono comunque sottoposte ai principi e alle norme del Trattato.

Con la presente circolare s'intendono allora precisare sia i principi del Trattato CE che si applicano a tutte le forme di concessioni sia le norme che concernono in particolare le concessioni di lavori pubblici previste dalla direttiva 93/37/CEE (c.d. "direttiva lavori") sugli appalti di lavori pubblici.

2) Il Trattato CE non contiene una definizione di concessione. L'unica definizione rinvenibile nel diritto comunitario derivato è quella contenuta nella direttiva 93/37/CEE che la definisce come "un contratto che presenta le stesse caratteristiche degli appalti pubblici di lavori, ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo" (art. 1, lettera d). Una definizione analoga, mutuata da quella comunitaria, è contenuta nella normativa nazionale che identifica le concessioni di lavori pubblici come quei contratti conclusi in forma scritta fra un

imprenditore ed un'amministrazione aggiudicatrice dove la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati (art. 19, comma 2, legge 11 febbraio 1994, n. 109, come sostituito dall'art. 3, comma 6, della legge 18 novembre 1998, n. 415).

3) Al fine di delimitare l'ambito di applicazione della presente circolare occorre in primo luogo delineare i criteri distintivi delle concessioni di lavori rispetto agli appalti di lavori pubblici in uno con il discrimen tra concessioni di servizi e appalti di servizi.

In base alla menzionata comunicazione interpretativa della Commissione il tratto distintivo delle concessioni di lavori pubblici rispetto agli appalti di lavori consiste nel conferimento di un diritto di gestione dell'opera che permette al concessionario di percepire proventi dall'utente a titolo di controprestazione della costruzione dell'opera (ad esempio, in forma di pedaggio o di canone) per un determinato periodo di tempo. Il diritto di gestione implica anche il trasferimento della responsabilità di gestione che investe gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'opera. Da quanto precede si deduce che in una concessione di lavori l'alea relativa alla gestione viene trasferita al concessionario che si assume il "rischio economico", nel senso che la sua remunerazione dipende strettamente dai proventi che può trarre dalla fruizione dell'opera.

Al contrario si è in presenza di un appalto pubblico di lavori quando il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice e quando il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti.

Va peraltro precisato che la distinzione tra concessione e appalti di lavori pubblici non rileva ai fini della tutela giurisdizionale poiché l'art. 31-bis, comma 4, della legge n. 109 del 1994 equipara le due figure sotto tale profilo di tutela. Si deve puntualizzare infine che il ricordato art. 19, comma 2, della legge Merloni contempla anche la possibilità di fattispecie di carattere misto nelle quali il conferimento del diritto di gestione è accompagnato dal riconoscimento di una controprestazione pecuniaria in favore del costruttore in misura in ogni caso non superiore al 50% dell'importo totale dei lavori.

4) Un analogo criterio vale anche per distinguere le concessioni di servizi pubblici dagli appalti di servizi in quanto, salve le differenze di cui si dirà oltre tra concessione di lavoro e di servizio, anche al concessionario di servizio non viene riconosciuto un prezzo ma solo il diritto ad ottenere la remunerazione dell'attività

svolta attraverso la possibilità di gestire il servizio per un determinato periodo. La Corte di giustizia ha pertanto recentemente escluso che le concessioni di servizi rientrino nella sfera di applicazione della direttiva in materia di appalti, ed in particolare della direttiva n. 93/38 CE, qualora la controprestazione fornita dall'amministrazione all'impresa privata consista nell'ottenimento da parte di quest'ultima del diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, la propria prestazione (Corte di giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, cit., punto n. 58).

In merito, la comunicazione interpretativa ha chiarito che applicando tale criterio si ha concessione di servizi quando l'operatore si assume i rischi di gestione del servizio (sua istituzione e gestione) rifacendosi sull'utente, soprattutto per mezzo della riscossione di qualsiasi canone. La modalità di remunerazione dell'operatore è, come nel caso della concessione di lavori, un elemento che permette di stabilire l'assunzione del rischio di gestione. Come la concessione di lavori anche la concessione di servizi è caratterizzata da un trasferimento della responsabilità di gestione. Infine, la concessione di servizi riguarda di solito attività che, per la loro natura, l'oggetto e le norme che le disciplinano, possono rientrare nella sfera di responsabilità dello Stato ed essere oggetto di diritti esclusivi o speciali (punto 2.2 della comunicazione).

Si può aggiungere, ai fini del diritto interno, che mentre negli appalti pubblici di servizi l'appaltatore presta il servizio in favore della pubblica amministrazione, la quale utilizza tale prestazione ai fini dell'eventuale erogazione del servizio pubblico a vantaggio della collettività, nella concessione di pubblico servizio il concessionario sostituisce la pubblica amministrazione nell'erogazione del servizio, ossia nello svolgimento dell'attività diretta al soddisfacimento dell'interesse collettivo.

Allo scopo di tracciare la distinzione tra l'appalto di servizi e la concessione di servizi pubblici, la dottrina tradizionale ha individuato una molteplicità di criteri utilizzabili, quali:

a) il carattere surrogatorio dell'attività svolta dal concessionario di pubblico servizio contrapposta all'attività di mera rilevanza economica svolta dall'appaltatore nell'interesse del committente pubblico;

b) la natura unilaterale del titolo concessorio di affidamento del servizio pubblico, che si contrappone al carattere negoziale dell'appalto;

c) il trasferimento di potestà pubbliche in capo al concessionario, contrapposte alle prerogative proprie di qualsiasi soggetto economico riconosciute all'appaltatore che non opera quale organo indiretto dell'amministrazione;

d) l'effetto accrescitivo tipico della concessione.

La questione è stata sottoposta all'esame del Consiglio di Stato nel giudizio n. 5771/2001 definito con il dispositivo 12 dicembre 2001, n. 670. A parere di questo Dipartimento, il criterio distintivo più convincente è quello relativo all'oggetto dei due contrapposti istituti, che si riflette anche sulla fisionomia dei rapporti considerati. Si osserva infatti che l'appalto di servizi concerne prestazioni rese in favore dell'amministrazione, mentre la concessione di servizi riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale, che interessa l'amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio. Ciò comporta, di regola, ulteriori conseguenze sull'individuazione dei soggetti tenuti a pagare il corrispettivo dell'attività svolta. Normalmente, nella concessione di pubblici servizi il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato. Tale criterio integrativo, peraltro, assume un rilievo apprezzabile solo quando il servizio pubblico, per le sue caratteristiche oggettive, è divisibile tra gli utenti che, in concreto, ne beneficiano direttamente.

5) In linea di continuità con la giurisprudenza comunitaria si pone l'indirizzo di recente seguito dalla giurisprudenza amministrativa interna. Con la decisione n. 253 del 17 gennaio 2002 la IV Sezione del Consiglio di Stato, pronunciando in ordine all'affidamento di concessione di gestione di rete autostradale, ha osservato che le concessioni di pubblici servizi, pur se non regolate da direttive specifiche, soggiacciono ai principi generali dettati in materia dal Trattato costitutivo, come esplicitati dalla più volte rammentata comunicazione interpretativa del 29 aprile 2000. Segnatamente il giudice amministrativo ha evidenziato quanto segue: "in tema di affidamento, mediante concessione, di servizi pubblici di rilevanza comunitaria, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (ritraibili principalmente dagli articoli 43 e 49 del Trattato C.E.), nonché dei principi generali che governano la materia dei contratti pubblici (enucleabili dalle direttive in materie di appalti di lavori, servizi, forniture e settori esclusi), impone all'amministrazione procedente di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, mercè l'utilizzo di procedure competitive selettive. A non diverse conclusioni in ordine alla necessità dello svolgimento di una procedura selettiva, si giunge anche volendo considerare

l'affidamento in esame come concessione di costruzione e gestione di opera pubblica. È stata, invero, riconosciuta la portata generale della normativa sulle concessioni di opere pubbliche prevista dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109: più specificamente, la disciplina dell'art. 19 è stata considerata come lo statuto fondamentale dell'istituto della concessione di lavori, che occorre applicare a prescindere dal metodo utilizzato per l'affidamento ed anche se la concessione sia disposta con legge (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 maggio 1997, n. 584; Corte dei conti, sez. contr. Stato, 8 giugno 2000, n. 55, secondo la quale ai sensi dell'art. 20, comma 2, legge n. 109 del 1994 l'unico sistema per la scelta del concessionario è quello della licitazione privata). In evidente adesione alla tesi esposta, di cui costituisce punto di emersione ricognitivo, la legge 24 novembre 2000, n. 340 (art. 21), stabilisce che "per la costruzione e l'affidamento in gestione delle infrastrutture autostradali si applicano le disposizioni che recepiscono nell'ordinamento italiano la normativa comunitaria in materia di lavori o di servizi".

G) Va inoltre ricordata la recente circolare di questo Dipartimento (cfr. circolare n. 12727 in tema di affidamento a società miste della gestione di servizi pubblici locali, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, n. 264 del 13 novembre 2001) che, con riferimento al regime di gestione dei servizi pubblici locali anteriore alle modifiche apportate all'art. 113 del decreto legislativo del 18 agosto 2000, n. 267 dall'art. 35 della legge finanziaria per il 2002 (legge 28 dicembre 2001, n. 448), ha precisato la normativa applicabile in tema di affidamento della gestione di servizi pubblici locali a società miste (pubblico-privato).

Nell'occasione, si è chiarito che la normativa europea in tema di appalti pubblici, in particolare di servizi, non trova applicazione (e pertanto l'affidamento diretto della gestione del servizio è consentito anche senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica prescritte dalle norme comunitarie) solo quando manchi un vero e proprio rapporto giuridico tra l'ente pubblico e il soggetto gestore, come nel caso, secondo la terminologia della Corte di giustizia, di delegazione interorganica o di servizio affidato, in via eccezionale, "in house" (cfr. Corte di giustizia, sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal).

In altri termini, quando un contratto sia stipulato tra un ente locale ed una persona giuridica distinta, l'applicazione delle direttive comunitarie può essere esclusa nel caso in cui l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa persona (giuridica) realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano. Segnatamente, ad avviso delle istituzioni comunitarie per controllo

analogo s'intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario. In detta evenienza, pertanto, l'affidamento diretto della gestione del servizio è consentito senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica prescritte dalle disposizioni comunitarie innanzi citate.

Al contrario, ove non ricorra un siffatto controllo gestionale ed economico dell'ente pubblico sul soggetto gestore ma l'affidamento riguardi un servizio in cambio della gestione dello stesso come corrispettivo (e dunque configuri, secondo l'interpretazione della commissione, una concessione di servizi) l'aggiudicazione del servizio deve in ogni caso avvenire nel rispetto dei principi comunitari di trasparenza e di parità di trattamento che impongono la necessità di seguire procedure di evidenza pubblica.

La necessità del rispetto delle prescrizioni comunitarie in materia di evidenza pubblica è stata altresì sottolineata ancor più di recente dal decreto 22 novembre 2001 dal Ministero dell'Ambiente e dalla connessa circolare applicativa 17 ottobre 2001, n. GAB/2001/11559/B01, concernenti le modalità di affidamento in concessione a terzi della gestione del servizio idrico integrato, a norma dell'art. 20, comma 1, legge 5 gennaio 1994, n. 36.

Va da ultimo ricordato che l'art. 35 della citata legge finanziaria per l'anno 2002 ha ridisegnato in profondità il sistema dell'affidamento dei servizi pubblici locali dando la stura ad un rinnovato quadro normativo nel quale, per un verso, si stabilisce il principio della separazione tra proprietà delle reti e delle infrastrutture rispetto al compito di gestione del servizio e, dall'altro, si subordina l'affidamento della gestione del servizio pubblico di rilevanza industriale all'espletamento di procedure selettive ispirate ai principi comunitari (cfr., in particolare, i commi 5 e 7 dell'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448).

7) In secondo luogo, occorre richiamare l'ulteriore distinzione tra concessione di servizi e concessione di lavori, atta a stabilire se sia o meno applicabile la "direttiva lavori". Tale distinzione si basa su un criterio di "prevalenza funzionale" e implica che se un contratto di concessione riguarda la costruzione di un'opera quale oggetto principale del contratto si tratterà di una concessione di lavori e, purché la soglia di applicazione della direttiva sia stata raggiunta (5.000.000 euro), verrà in rilievo il regime previsto dalla "direttiva lavori".

Al contrario, se i lavori o la costruzione dell'opera sono meramente accessori rispetto all'oggetto principale del contratto rappresentato dalla gestione del servizio pubblico, non si applicherà la "direttiva lavori" in quanto le concessioni di servizi ricadono sotto l'applicazione delle norme e dei principi del Trattato (cfr. Comunicazione interpretativa, cit., punto 2.3 e Corte di giustizia, sentenza 19 aprile 1994, causa C-331/92 *Gestion Hoteliere* e sentenza 5 dicembre 1989, causa C-3/88, *Data processing*).

8) Questa distinzione viene in rilievo in particolare per le concessioni autostradali: anche per tali figure occorrerà stabilire se l'oggetto della concessione riguarda principalmente la costruzione di un'infrastruttura quale una nuova tratta autostradale, nel qual caso si tratterà di una concessione di lavori. Ove per converso il contratto dia vita ad un rapporto in cui l'aspetto gestionale ha rilievo predominante e contempli la realizzazione di lavori solo a titolo accessorio, si tratterà di una concessione di servizi.

La qualifica di una concessione autostradale alla stregua di concessione di servizi comporta, in definitiva, il non assoggettamento, ai fini dell'attribuzione iniziale della concessione così come nell'ipotesi di proroga, alle direttive sugli appalti pubblici, ferma restando l'applicazione delle norme e dei principi del Trattato CE, quali in particolare i principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento e di proporzionalità.

9) Del resto, è anche possibile che talune operazioni contemplino sia la realizzazione di un'opera o la realizzazione di lavori che la prestazione dei servizi. Per cui, a margine di una concessione di lavori, possono essere concluse delle concessioni di servizi per attività complementari ma indipendenti dalla gestione della concessione dell'opera. Ad esempio, i servizi di ristoro di un'autostrada possono essere oggetto di una concessione di servizi diversa dalla concessione di costruzione o di gestione dell'autostrada. Secondo la commissione quando gli oggetti dei contratti sono dissociabili, a ciascun tipo di contratto si applicano le norme ad esso relative (cfr. comunicazione interpretativa, cit., punto 2.3).

10) Nel rispetto di tali definizioni, il ricorso all'istituto concessorio da parte degli Stati non incontra limiti puntuali ma non rende libera la scelta del soggetto a cui affidare la concessione. A prescindere infatti dall'applicabilità di specifici regimi, tutte le concessioni ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli articoli da 28 a 30 (ex articoli da 30 a 36), da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66) del Trattato o dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte. Si tratta in particolare

dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento e proporzionalità così come risultano dalla costante tradizione giurisprudenziale della Corte europea che si è posta all'avanguardia nella loro elaborazione.

11) Il principio di parità di trattamento implica che le amministrazioni concedenti pur essendo libere di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata alle caratteristiche del settore interessato e di stabilire i requisiti che i candidati devono soddisfare durante le varie fasi della procedura, debbano poi garantire che la scelta del candidato avvenga in base a criteri obiettivi e che la procedura si svolga rispettando le regole e i requisiti inizialmente stabiliti (cfr. Corte di giustizia, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94 *Bus Wallons*, punto 54). La commissione individua quali esempi di pratiche contrarie alla parità di trattamento quelle che permettono l'accettazione di offerte non conformi al capitolato d'onori o modificate successivamente alla loro apertura ovvero la presa in considerazione di soluzioni alternative qualora la possibilità non sia stata prevista dal progetto iniziale.

La sottoposizione delle concessioni di servizi al principio di non discriminazione, in particolare in base alla nazionalità, è stato recentemente confermato anche dalla giurisprudenza comunitaria, che ha precisato come l'obbligo di trasparenza a cui sono tenute le amministrazioni consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (Corte di giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, cit., considerato n. 62).

12) Il principio di trasparenza è strettamente legato a quello di non discriminazione poiché garantisce condizioni di concorrenza non falsate ed esige che le amministrazioni concedenti rendano pubblica, con appropriati mezzi di pubblicità, la loro intenzione di ricorrere ad una concessione. Secondo le indicazioni della Commissione europea (cfr. il punto 3.1.2 della comunicazione interpretativa) tali forme di pubblicità dovranno contenere le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari siano in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura quali l'indicazione dei criteri di selezione ed attribuzione, l'oggetto della concessione e delle prestazioni attese dal concessionario. Spetterà poi in particolare ai giudici nazionali valutare se tali obblighi siano stati osservati attraverso l'adozione di appropriate regole o prassi amministrative.

Per le concessioni di lavori, oltre alle indicazioni sopra illustrate, la direttiva n. 93/37/CEE (art. 11) prevede un regime particolare delle regole di pubblicità che si concretizzano nell'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di pubblicare nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee un bando di concessione secondo il modello previsto nella stessa direttiva al fine di aprire tale contratto alla concorrenza a livello europeo. Una volta adempiute tali pubblicità preliminari, la direttiva lascia libere le amministrazioni concedenti di scegliere la procedura più appropriata, compresa la possibilità di esperire una procedura negoziata, mentre la legislazione nazionale (art. 20, comma 2, legge n. 109 del 1994) prescrive, per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici, la licitazione privata.

13) Anche il principio di proporzionalità deve trovare applicazione nella disciplina delle concessioni: ciò significa, in particolare, che le amministrazioni concedenti devono adottare provvedimenti necessari ed adeguati in relazione all'obiettivo evitando di fissare requisiti professionali o finanziari sproporzionati rispetto all'oggetto della concessione. Il principio trova applicazione anche per il profilo della durata della concessione che non può eccedere il periodo necessario per ammortizzare gli investimenti e remunerare i capitali, ferma restando la permanenza del rischio di gestione sul concessionario come già in precedenza illustrato (cfr. Tribunale di primo grado, sentenza 8 luglio 1999, causa T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij NV).

14) Il principio del mutuo riconoscimento implica per le concessioni che lo Stato nel cui territorio la prestazione è fornita deve accettare le specifiche tecniche, i controlli, i titoli e i certificati prescritti in un altro Stato nella misura in cui questi siano riconosciuti equivalenti a quelli richiesti dallo Stato membro destinatario della prestazione.

15) Il principio della tutela dei diritti fondamentali, rientrando nelle tradizioni comuni agli Stati membri, esige che eventuali provvedimenti di diniego adottati dalle amministrazioni in sede di rilascio delle concessioni o di gestione delle procedure all'uopo finalizzate debbano essere motivate e siano oggetto di ricorsi giurisdizionali da parte di loro destinatari.

Per quanto riguarda in particolare le concessioni di lavori l'art. 1 della direttiva n. 89/665/CEE prescrive che qualora le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici abbiano violato il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che recepiscono tale diritto, gli Stati membri prendano i

provvedimenti necessari per garantire che tali decisioni possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile.

16) Tali essendo i principi ricavabili dall'ordinamento comunitario, questo Dipartimento invita le amministrazioni interessate a conformarsi alle ricordate prescrizioni in sede di rilascio di provvedimenti concessori, di gestione delle relative procedure selettive e di adozione degli eventuali conseguenti provvedimenti di proroga o di rinnovo.

Si ricorda in particolare che, anche nell'eventualità di concessioni non assoggettate alle prescrizioni dettate da specifiche direttive o norme interne, la scelta del concessionario deve di regola essere conseguente a una procedura competitiva e concorrenziale ispirata ai principi dettati dal Trattato istitutivo, in modo da consentire, anche attraverso idonee forme di pubblicità, la possibilità da parte delle imprese interessate di esplicitare le proprie chances partecipative.

Si rammenta in proposito che nel sistema comunitario il ricorso alla scelta diretta del concessionario, in deroga ai principi fin qui esposti, costituisce evenienza eccezionale, giustificabile solo in caso di specifiche ragioni tecniche ed economiche che rendano impossibile in termini di razionalità l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto. Le stesse considerazioni sono estensibili all'ipotesi di proroga delle concessioni già rese, essendo nota l'equiparazione sancita dal diritto comunitario tra il rilascio di nuova concessione e proroga della concessione in scadenza.

Si segnala conclusivamente che le inosservanze delle regole comunitarie sopra descritte potrebbero rendere lo Stato italiano destinatario di procedure di infrazione da parte dell'Unione europea ed imporre l'attivazione di consequenziali provvedimenti.

**Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri Dip. per il
coordinamento delle politiche comunitarie del
6 giugno 2002, n. 8756**

Normativa applicabile agli appalti pubblici "sottosoglia"

(G.U. 31/07/2002, n. 178, Serie Generale)

1. Il frequente ricorso ad appalti pubblici, con particolare riguardo al settore dei servizi di cui alla direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, aventi un importo inferiore alla soglia di applicazione prevista dalla legislazione comunitaria, rende opportuno fornire elementi interpretativi che chiariscano la normativa europea applicabile in subiecta materia, alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria (cfr. ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00, e sentenza 7 dicembre 2000, causa C 324, Teleaustria c. Post & Telekom Austria), la quale ha ribadito che anche quando taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, ciò non significa che detti appalti di modesto rilievo economico siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario, pacifico essendo che le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono comunque tenute a rispettare i principi fondamentali del Trattato.

2. Con la presente circolare si intende allora mettere a fuoco i principi e le regole di condotta applicabili all'aggiudicazione di tali appalti, evidenziando le norme di diritto primario contenute nel Trattato CE, che, come tali, si applicano a tutti gli appalti pubblici, ivi compresi quelli che sfuggono all'applicazione di specifiche direttive. Si ricorda, in proposito, che una recente comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. C 121 del 29 aprile 2000) ha sottolineato che, benché il Trattato non contenga alcuna esplicita menzione degli appalti pubblici, né delle concessioni, molte delle sue disposizioni sono rilevanti in materia. Si tratta delle norme del Trattato che presidiano e garantiscono il buon funzionamento del mercato unico, ossia: le norme che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (art. 12, paragrafo 1, ex art. 6, paragrafo 1); le norme relative alla libera circolazione delle merci (articoli 28, ex 30, e seguenti), alla libertà di

stabilimento (articoli 43, ex 52, e seguenti), alla libera prestazione di servizi (articoli 49, ex 59, e seguenti) nonché le eccezioni a tali norme previste agli articoli 30, 45 e 46 (ex articoli 36, 55 e 56); le disposizioni dell'art. 86 (ex 90) del Trattato.

3. La Corte di giustizia ha in particolare statuito che "sebbene le direttive comunitarie che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si applichino soltanto ai contratti il cui valore supera un determinato limite previsto espressamente in ciascuna delle dette direttive, il solo fatto che il legislatore comunitario abbia considerato che le procedure particolari e rigorose previste in tali direttive non sono adeguate allorché si tratta di appalti pubblici di scarso valore, non significa che questi ultimi siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario" (v., in tal senso, ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00, punto 19). Già in precedenza il giudice comunitario aveva sottolineato la necessità del rispetto del principio di trasparenza anche per gli appalti non rientranti espressamente nella sfera di applicazione di una direttiva, ricordando che "nonostante il fatto che siffatti contratti, allo stadio attuale del diritto comunitario, siano esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38, gli enti aggiudicatori che li stipulano sono ciò nondimeno tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità in particolare" (sentenza 7 dicembre 2000, in C-324/98, Teleaustria c. Post & Telekom Austria, punto 60). Prendendo le mosse da siffatte considerazioni la Corte di giustizia ha rimarcato che anche per un appalto pubblico di lavori non eccedente il valore limite previsto dalla direttiva 93/37, "l'art. 30 del Trattato osta a che un'amministrazione aggiudicatrice inserisca nel capitolato d'onere relativo al detto appalto una clausola che prescrive per l'esecuzione di tale appalto l'impiego di un prodotto di una determinata marca senza aggiungere la menzione o "equivalente" (Corte giust. ord. 3 dicembre 2001 cit. ove si mette in rilievo come la riserva del mercato ai soli offerenti che intendano utilizzare materiali prodotti in un certo Stato, nella specie l'Irlanda, può ostacolare le correnti d'importazione nel commercio intracomunitario, in contrasto con l'art. 30 del Trattato; v., in tal senso, sentenza Corte giust. 24 gennaio 1995, causa C-359/93, Commissione/93).

4. Anche il Consiglio di Stato, riconoscendo la giurisdizione del giudice amministrativo in un appalto di servizi di importo inferiore a quello previsto dalla disciplina comunitaria, ai sensi dell'art. 33, lettera d), nel testo attuale del decreto legislativo n. 80 del 1998 e dell'art. 6, comma 1, della legge n. 205 del 2000, ha richiamato e condiviso gli orientamenti della Corte di giustizia, puntualizzando che norme comunitarie vincolanti ben possono imporsi oltre il ristretto ambito

applicativo delle direttive sugli appalti e che i sistemi di scelta del contraente ispirati alla par condicio presentano sempre i medesimi requisiti strutturali e richiedono, sul fronte del contenzioso, le medesime tecniche di indagine e giudizio (cfr. decisione del Consiglio di Stato, sezione IV, 15 febbraio 2002, n. 934, Consiglio nazionale dei chimici c. Azienda elettrica città di Bolzano). In un'altra precedente decisione i giudici di Palazzo Spada avevano già esteso la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie pertinenti a gare ad evidenza pubblica di importo inferiore alla soglia comunitaria espletate da una società avente i caratteri sostanziali dell'organismo di diritto pubblico (cfr. decisione del Consiglio di Stato, sezione VI, 2 marzo 2001, n. 1206, relativa a Poste Italiane S.p.a.).

Nelle citate decisioni, i giudici amministrativi hanno richiamato la posizione della Commissione Ut, secondo la quale, anche nei casi in cui non trova applicazione la direttiva sugli appalti di servizi (in particolare, nel caso delle concessioni di pubblici servizi) la scelta del contraente incontra i limiti indicati dalle norme del Trattato in materia di libera prestazione di servizi e dai principi generali del diritto comunitario, tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento, la trasparenza. Si impone così una scelta ispirata a criteri obiettivi e trasparenti, tali da assicurare in ogni caso la concorrenza tra i soggetti interessati (v. i progetti di comunicazione interpretativa della Commissione del 24 febbraio 1999 e del 12 aprile 2000; v. anche, per l'affermazione dei medesimi principi e per la rilevanza generale degli obblighi di trasparenza nella scelta dei contraenti, specie quando si tratta di servizi pubblici, Corte di giustizia Ct, 7 dicembre 2000, C-324/98).

La giurisprudenza amministrativa, pur citando principi espressi dalla Corte di giustizia con riferimento alle concessioni di servizi pubblici, che è figura diversa dall'appalto di servizi, ha riconosciuto agli stessi "una portata generale che può adattarsi ad ogni fattispecie che sia estranea all'immediato ambito applicativo delle direttive sugli appalti. Del resto, è utile ricordare che la tradizione dell'ordinamento interno è sempre stata quella di favorire la libera scelta del concessionario, introducendo ampie deroghe al regime dell'evidenza pubblica, e di considerare con maggior rigore, all'opposto, proprio la scelta del contraente appaltatore" (dec. n. 934/2002 cit.).

4. Per delimitare correttamente l'ambito di applicazione della presente circolare che intende fornire il quadro normativo applicabile agli appalti di servizi sottosoglia, e più in generale ai contratti di appalto ed alle fattispecie pattizie della pubblica amministrazione non interessate da normative comunitarie di dettaglio, è utile richiamare altre due circolari di questo Dipartimento (cfr. circolare n. 12727 in

tema di "Affidamento a società miste della gestione di servizi pubblici locali", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 264 del 13 novembre 2001 e circolare n. 3944 del 1° marzo 2002 in tema di "Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 102 del 3 maggio 2002) con le quali, con riferimento al regime di gestione dei servizi pubblici locali anteriore alle modifiche apportate all'art. 113 del decreto legislativo del 18 agosto 2000, n. 267, dall'art. 35 della legge finanziaria per il 2002 (legge 28 dicembre 2001, n. 448), si è precisata la normativa applicabile in tema di affidamento della gestione di servizi pubblici locali a società miste (pubblico-privato).

Si è in particolare chiarito che "la normativa europea in tema di appalti pubblici, in particolare di servizi, non trova applicazione (e pertanto l'affidamento diretto della gestione del servizio è consentito anche senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica prescritte dalle norme comunitarie) solo quando manchi un vero e proprio rapporto giuridico tra l'ente pubblico e il soggetto gestore, come nel caso, secondo la terminologia della Corte di giustizia, di delegazione interorganica o di servizio affidato, in via eccezionale, "in house" (cfr. Corte di giustizia, sentenza del 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal).

In altri termini, quando un contratto sia stipulato tra un ente locale ed una persona giuridica distinta, l'applicazione delle direttive comunitarie può essere esclusa nel caso in cui l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa persona (giuridica) realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano. Segnatamente, ad avviso delle istituzioni comunitarie per controllo analogo s'intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario. In detta evenienza, pertanto, l'affidamento diretto della gestione del servizio è consentito senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica prescritte dalle disposizioni comunitarie innanzi citate".

6. Dall'esame delle coordinate fin qui esposte si ricava il corollario alla stregua del quale anche per gli appalti pubblici sottosoglia, e più in generale per i contratti stipulati da pubblici soggetti in settori non regolamentati sul versante europeo, il diritto comunitario considera il ricorso alla scelta diretta, in deroga ai principi di trasparenza e di concorrenza, quale evenienza eccezionale, giustificabile solo in presenza di specifiche ragioni tecniche ed economiche, necessitanti di adeguata motivazione, che rendano impossibile in termini di razionalità

l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto, ovvero che evidenzino la non rilevanza di un'operazione sul piano della concorrenza nel mercato unico europeo. Alla stregua dei principi comunitari fin qui tratteggiati, si ricava, infatti, come le pubbliche amministrazioni, che intendono stipulare contratti non regolamentati sul piano europeo, pur non essendo vincolate da regole analitiche in punto di pubblicità e di procedura, siano comunque tenute ad osservare criteri di condotta che, in proporzione alla rilevanza economica della fattispecie ed alla sua pregnanza sotto il profilo della concorrenza nel mercato comune, consentano senza discriminazioni su base di nazionalità e di residenza, a tutte le imprese interessate di venire per tempo a conoscenza dell'intenzione amministrativa di stipulare il contratto e di giocare le proprie chances competitive attraverso la formulazione di un'offerta appropriata.

Tali fatti canonici devono in definitiva guidare l'amministrazione nel valutare e nel dosare il tipo di procedura congruo in relazione alle peculiarità del caso concreto, anche accedendo ad una interpretazione del quadro normativo interno che tenga conto della primauté del diritto europeo ora cristallizzata dal nuovo testo dell'art. 117, primo comma, della Costituzione.

Tali essendo i principi ricavabili dall'ordinamento comunitario, questo Dipartimento invita le amministrazioni interessate a conformarsi alle ricordate prescrizioni in sede di stipulazione di contratti sottosoglia e gestione delle relative procedure selettive.

Si segnala conclusivamente che le inosservanze delle regole comunitarie sopra descritte potrebbero rendere lo Stato italiano destinatario di procedure di infrazione da parte dell'Unione europea ed imporre l'attivazione di consequenziali provvedimenti.

**Circolare Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio
6 dicembre 2004**

Affidamento in house del servizio idrico integrato.

(G.U. 13-12-2004, n. 291, Serie Generale)

La società di gestione a capitale interamente pubblico, introdotta con l'art. 14 del decreto-legge n. 269 del 30 settembre 2003, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326, e contemplata alla lettera c) del comma 5 del novato art. 113 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali approvato con decreto legislativo del 18 agosto 2000, n. 267, rappresenta una forma gestionale innovativa le cui modalità di costituzione, operatività e funzionalità, in adeguamento alla cornice normativa esistente in materia societaria, sono disciplinate dalla presente circolare, nella quale sono definite le condizioni essenziali e non eludibili per ricorrere all'affidamento con le suddette modalità e per rispettare i principi di diritto comunitario.

La principale peculiarità che caratterizza la suddetta società e che la distingue rispetto alle altre società di diritto privato regolate dal codice civile, risiede nella legittimazione a diventare soggetto affidatario del servizio idrico integrato senza propedeutica gara europea ad evidenza pubblica idonea all'individuazione del concessionario ai sensi dell'art. 20 della legge 5 gennaio 1994, n. 36, e del decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio del 22 novembre 2001.

La società di cui all'oggetto, rappresentando un contenitore atipico sotto diversi aspetti che nel prosieguo si evidenzieranno, determina il concretizzarsi di un rapporto, tra l'amministrazione concedente e la società stessa, non riconducibile ad un rapporto contrattuale tra due soggetti autonomi e distinti, bensì ad una ipotesi di delegazione interorganica. Infatti, come esplicitato nella norma sopra richiamata, «l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitano sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi». In tal caso, dunque, non si configura un contratto tra l'amministrazione che conferisce la titolarità del servizio ed un soggetto sostanzialmente distinto da essa e autonomo sul piano decisionale; si realizza, invece, un rapporto riconducibile nella forma e nella sostanza a quello che l'amministrazione ha nei confronti dei propri servizi, seppur nella peculiarità del modello societario in cui tali servizi sono organizzati.

Tale modalità gestionale (peraltro menzionata anche dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle politiche comunitarie del 19 ottobre 2001, n. 12/27), notoriamente definita in house, a seguito della sentenza Teckal del 18 novembre 1999, nella quale la Corte di giustizia configurò questa ipotesi di delegazione interorganica, sancendone l'esclusione dall'applicabilità della normativa europea in materia di appalti pubblici, ovvero della necessaria messa in concorrenza, rappresenta un'ulteriore opportunità, per la gestione dei servizi pubblici locali, che si aggiunge ai modelli tradizionali. Ad essa tuttavia si dovrà ricorrere soltanto in casi eccezionali e residuali, venendosi contrariamente ad eludere i principi derivanti dai trattati, in particolare le norme sulla libera circolazione dei beni e dei servizi, nonché i principi fondamentali di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e mutuo riconoscimento, che disciplinano il mercato dei servizi. Si ricordi a tale riguardo che la stessa Commissione europea ritiene che l'inosservanza dei menzionati principi del Trattato costituisca un impedimento al corretto funzionamento del mercato interno ed alla liberalizzazione degli appalti e dei servizi in cui sono in gioco importanti interessi economici.

I medesimi concetti sono ribaditi ed esplicitati nella comunicazione interpretativa della Commissione europea sulle concessioni nel diritto comunitario, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Comunità europea del 29 aprile 2000, laddove si afferma che, mentre le concessioni di lavori sono disciplinate specificatamente dalla direttiva comunitaria n. 93/37, art. 1, lettera d), le altre forme di concessioni, nella misura in cui risultino essere atti dello Stato (da intendersi come atti adottati dalle autorità pubbliche che fanno parte dell'organizzazione dello Stato, nonché quelli adottati da qualsiasi altro organismo che, se pur dotato di personalità giuridica autonoma, sia collegato allo Stato da vincoli così stretti da poter essere considerato come facente parte dell'organizzazione di questo ...), sebbene non siano coperti dalle direttive sugli appalti pubblici, sono ugualmente soggette alle disposizioni generali del Trattato ed ai principi che la corte ha elaborato in materia di appalti (principio di parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, e mutuo riconoscimento).

Quanto sopra conferma il carattere strettamente residuale del modello societario in house, il quale deve configurarsi come un'opportunità residuale per gli enti locali: malgrado la configurazione societaria che tale modello possiede, infatti, esso non rappresenta una reale esternalizzazione della gestione rispetto alla originaria competenza degli enti locali, bensì costituisce un modello organizzativo

per migliorare l'efficienza e l'economicità dell'attività di gestione che gli stessi enti locali sono chiamati a svolgere.

L'affidamento diretto del servizio a tale società e la contestuale esclusione dell'obbligo di gara, trova la propria giustificazione nel fatto che il conferimento del servizio, a causa di una motivata e comprovata ragione di interesse pubblico che obiettivamente escluda la possibilità di ricorrere alla gara, non avviene nei confronti di un soggetto giuridico sostanzialmente autonomo, bensì nei confronti di un soggetto gerarchicamente subordinato, assoggettato obbligatoriamente ad un controllo funzionale, gestionale e finanziario stringente.

La durata della società in house, precisata nell'atto di affidamento, dovrà essere motivata e obbligatoriamente limitata al tempo necessario per il superamento degli impedimenti all'effettiva messa in concorrenza del servizio, da attuarsi mediante la concessione a terzi, ovvero all'affidamento diretto a società a capitale misto pubblico-privato previa individuazione del socio privato mediante procedimento di gara europea.

In virtù di ciò, è obbligatorio che l'atto costitutivo e lo statuto prevedano che la società sia dotata di un'autonomia finanziaria e decisionale limitata e preventivamente circoscritta. In particolare, le deliberazioni concernenti l'amministrazione straordinaria e quelle di determinante rilievo per l'attività sociale, quali il bilancio, la relazione programmatica, l'organigramma, il piano degli investimenti, il piano di sviluppo ed equivalenti, dovranno essere approvati dagli enti locali partecipanti alla società. Gli amministratori ed il direttore della S.p.a. saranno nominati direttamente dagli enti locali proprietari, conformemente, del resto, alle previsioni in materia dettate dagli articoli del codice civile.

Alla società in house dovranno partecipare esclusivamente enti locali, trattandosi di una società di scopo con peculiari caratteristiche. Essa non potrà essere partecipata da società a partecipazione pubblica, neppure totale, così come da consorzi intercomunali o, qualora ancora esistenti, da aziende speciali. Non risulta, infatti, che la partecipazione indiretta degli enti locali sia ammissibile in base ai principi comunitari, né che sia funzionale allo scopo della gestione in house. Come affermato nel dettato normativo, dovendo la società realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano, la società dovrà essere partecipata da tutti gli enti locali facenti parte dell'ambito territoriale ottimale.

La società a totale capitale pubblico che riceve l'affidamento del servizio in house è una società di scopo strettamente interdipendente dall'ambito territoriale nel quale svolge il proprio servizio. La società non potrà quindi operare al di fuori del proprio ambito territoriale ottimale, perché finalizzata unicamente alla gestione del servizio idrico integrato in quel determinato territorio. Ciò dovrà essere espressamente previsto dallo statuto.

Nelle ipotesi in cui sia stata scelta la modalità di affidamento prevista dal comma 5 dell'art. 35 della legge n. 448 del 2001, essa - in luogo della cessazione entro e non oltre la data del 31 dicembre 2006, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente d'ambito, stabilita nel comma 15-bis del novato art. 113 del testo unico n. 267/2000 - può considerarsi assimilata all'ipotesi di gestione in house solo nel caso in cui tale società presenti rigorosamente i requisiti e le caratteristiche formali e sostanziali sopra elencati.

APPENDICE GIURISPRUDENZIALE

Si riportano di seguito alcune tra le più rilevanti massime della giurisprudenza sui temi oggetto dello studio.

Il primo paragrafo è riservato alla giurisprudenza comunitaria, il secondo alla giurisprudenza nazionale.

Si è altresì ritenuto opportuno riportare le conclusioni degli Avvocati generali, considerata la loro rilevanza persuasiva, nelle cause di maggiore rilievo.

Le massime sono indicate in ordine cronologico (a partire dalla più recente), e riportano i riferimenti della causa, il tipo di provvedimento, l'organo giudicante ed i principi affermati nella pronuncia.

Giurisprudenza comunitaria

Causa C-26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH c/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall und Energieverwertungsanlage TREA Luna

Sentenza del 11.01.2005

Principi affermati:

Nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/50 con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate.

Sintesi delle conclusioni dell'avvocato generale

L'avvocato generale Stix-Hackl sottolinea, nelle proprie conclusioni, che la direttiva 18 giugno 92/50/CEE che coordina le procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, va interpretata nel senso che la partecipazione societaria di un'impresa privata in un organismo, il quale sia controparte contrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice e nel quale quest'ultima abbia una partecipazione diretta o indiretta, da sola non esclude la non applicazione di tale direttiva. Ne discende, secondo le conclusioni dell'avvocato, che affinché un organismo controparte di un'amministrazione aggiudicatrice possa considerarsi

come facente parte dell'amministrazione stessa ovvero come suo organismo di gestione economica, è determinante la concreta raffigurazione del rapporto, mentre non è decisiva l'entità della partecipazione.

La Corte di Giustizia, senza tenere in considerazione le argomentazioni che avevano portato a concludere nel senso sopra indicato, afferma nelle motivazioni (punto 49) che la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche un'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi.

Sulla base di tali considerazioni, la Corte statuisce che *«nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva 97/52, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate»*.

Cause riunite C-20/01 e C-28/01, Commissione delle Comunità europee c/ Rep. fed di Germania e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord.

Sentenza del 10.04.2003

Principi affermati:

Le disposizioni dell'art. 11, n. 3, della direttiva 92/50, che autorizzano deroghe alle norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti pubblici di servizi, devono essere interpretate restrittivamente. L'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intenda avvalersene (v., per quanto riguarda gli appalti di lavori pubblici, sentenza 28 marzo 1996, causa C-318/94, Commissione/Germania, Racc. pag. I-1949, punto 13).

Causa C- 18/01, Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy c/ Varkauden Taitotalo Oy

Sentenza del 22.05.2003

Principi affermati:

Una società per azioni costituita, detenuta e gestita da un ente locale, la quale acquisti servizi volti a promuovere lo sviluppo di attività industriali e commerciali nel territorio del suddetto ente, soddisfa un bisogno di interesse generale ai sensi dell'art.1, lett. b), secondo comma della Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

Al fine di determinare se tale bisogno sia privo di carattere industriale o commerciale, spetta al giudice nazionale valutare le circostanze nelle quali tale società è stata costituita e le condizioni in cui essa esercita la propria attività, tra cui, in particolare, l'assenza di uno scopo principalmente lucrativo, la mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività, nonché l'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in esame.

La circostanza che gli edifici da costruire vengano dati in locazione ad un'unica impresa non è tale da mettere in discussione la natura di organismo di diritto pubblico del locatore, ove sia stabilito che quest'ultimo soddisfa un bisogno di interesse generale privo di carattere industriale o commerciale.

Causa C-373/00, Adolf Truley GmbH c/ Bestattung Vien GmbH.

Sentenza del 27.02.2003

Principi affermati:

Per essere qualificato organismo di diritto pubblico e pertanto amministrazione aggiudicatrice, un organismo deve soddisfare bisogni di interesse generale privi di carattere industriale o commerciale, essere dotato della personalità giuridica e dipendere strettamente, quanto alle modalità di finanziamento, di gestione e di controllo, dallo Stato, da enti locali o da altri organismi di diritto pubblico.

La nozione di bisogni di interesse generale è una nozione autonoma del diritto comunitario che deve essere interpretata tenendo conto del contesto in cui si inserisce tale articolo e degli scopi perseguiti dalla direttiva.

l'elenco degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico che soddisfano in ogni Stato membro i criteri indicati nel secondo comma dell'art. 1, lett. b), non contiene di per sé alcuna definizione della nozione di bisogni di

interesse generale e non presenta assolutamente un carattere esaustivo dato che il suo grado di precisione varia notevolmente da uno Stato membro all'altro.

L'esistenza di una concorrenza articolata, pur non essendo del tutto irrilevante non consente, di per sé, di concludere per la mancanza di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale. Spetta al giudice nazionale valutare l'esistenza o meno di tale bisogno tenendo conto di tutti gli elementi di diritto e di fatto pertinenti, quali i fatti che hanno presieduto alla creazione dell'organismo interessato e le condizioni in cui quest'ultimo esercita la sua attività.

Un mero controllo *a posteriori* non soddisfa il criterio del controllo della gestione da parte dello Stato, degli enti locali, o di altri organismi di diritto pubblico poiché per definizione un controllo del genere non consente alle pubbliche autorità di influenzare le decisioni dell'organismo interessato in materia di appalti pubblici.

Soddisfa, per contro, detto criterio una situazione in cui, da un lato, le pubbliche autorità verificano non solo i conti annuali dell'organismo considerato, ma anche la sua amministrazione corrente sotto il profilo dell'esattezza delle cifre individuate, della regolarità, dell'economicità, della redditività e della razionalità e, dall'altro, le stesse autorità sono autorizzate a visitare i locali e gli impianti aziendali del suddetto organismo e a riferire sul risultato di tali verifiche ad un ente locale che detenga, tramite un'altra società, il capitale dell'organismo di cui trattasi.

Causa C-470/99, Universale Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Sohne Bauges GmbH Salzburg, 2) Ostu – Stettin Hoch und Tiefbau GmbH c/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH

Sentenza del 12.12.2002

Principi affermati:

Il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci e a proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro (v., segnatamente, sentenze 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge, Racc. pag. I-8035, punto 16, e 1^o febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia, Racc. pag. I-939, punto 41).

L'esistenza o la mancanza di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale dev'essere valutata oggettivamente, restando al riguardo irrilevante la forma giuridica delle disposizioni per mezzo delle quali tali bisogni sono espressi (sentenza 10 novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding, Racc. pag. I 6821, punto 63).

Una persona giuridica che non è stata istituita per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ma che ha in seguito preso a suo carico tali bisogni la cui soddisfazione è da allora effettivamente assicurata dalla medesima, adempie la condizione prescritta all'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino, della direttiva 93/37, al fine di poter essere definita organismo di diritto pubblico ai sensi di tale disposizione a condizione che la presa a carico della soddisfazione dei bisogni in parola possa essere oggettivamente constatata.

Cause riunite C-223/99 e C- 260/99, Agorà Excelsior c/ Ente autonomo Fiera Internazionale di Milano.

Sentenza del 10.05.2001

Principi affermati:

Un ente avente ad oggetto lo svolgimento di attività volte all'organizzazione di fiere, di esposizioni e di altre iniziative analoghe, che non persegue scopi lucrativi, ma la cui gestione si fonda su criteri di rendimento, di efficacia e di redditività e che operi in un ambiente concorrenziale, non costituisce un organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma della Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

Causa C-94/99, ARGE Gewasserchutz c/ Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft

Sentenza del 07.12.2000

Principi affermati:

Il principio di parità di trattamento degli offerenti di cui alla direttiva 92/50, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, non è violato per il solo fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ammette a partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi organismi che

ricevono, da essa stessa o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni, indipendentemente dalla loro natura, che consentono a questi organismi di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti che non beneficiano di tali sovvenzioni.

Il solo fatto che un'amministrazione aggiudicatrice ammette la partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi di tali organismi non costituisce né una discriminazione dissimulata né una restrizione incompatibili con l'art. 59 del Trattato (divenuto, in seguito a modifica, art. 49 CE).

Sintesi delle conclusioni dell'avvocato generale

L'avvocato generale Léger, nelle sue conclusioni, richiama innanzitutto le conclusioni dell'avvocato Cosmas, ricordando che il diritto comunitario a proposito degli appalti pubblici non impone che le amministrazioni aggiudicatrici osservino la procedura che garantisce l'effettiva concorrenza tra gli interessati nel caso in cui le autorità di cui trattasi intendano procedere esse stesse alla fornitura di cui esse abbiano necessità. Quindi, continua l'avvocato Léger, le prestazioni *in house*, termine con cui si definiscono le prestazioni fornite ad un'autorità pubblica dai propri servizi o da servizi dipendenti (sebbene organicamente distinti) esulano dalla sfera di applicazione delle direttive. Affinché la direttiva sia applicabile, in sostanza, l'ente deve essere distinto sul piano formale dall'amministrazione aggiudicatrice ed autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, risultando viceversa necessario, perché un contratto esuli dal regime europeo degli appalti pubblici, che l'amministrazione eserciti sull'ente un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

L'avvocato Léger sottolinea, tuttavia, al punto 70 delle conclusioni rassegnate, che la sola constatazione di una dipendenza strutturale di un ente nei confronti dell'amministrazione che avvia una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico non è sufficiente a fare considerare i servizi che l'ente fornisce, come analoghi a quelli di cui disporrebbe l'amministrazione aggiudicatrice ricorrendo alle proprie risorse interne, essendo necessario, altresì, che l'ente realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione aggiudicatrice che ne detiene il controllo strutturale. Occorre, in altre parole, tenere conto del destinatario dell'attività economica esercitata da tale ente che, qualora esercitasse una parte importante della sua attività economica presso altri operatori, non potrebbe considerarsi totalmente privato della propria libertà di azione per il solo fatto che le

decisioni che lo riguardano sono prese dall'amministrazione aggiudicatrice che lo controlla. Per contro, l'ente dovrà essere considerato come totalmente vincolato all'amministrazione qualora il rapporto che lo lega ad essa sia pressoché esclusivo.

L'avvocato Léger precisa quindi, al punto 76 delle conclusioni che quando un ente opera prevalentemente presso l'autorità pubblica che lo controlla, il rapporto di proprietà che lega i due enti legittima le prestazioni di servizi che l'uno fornisce all'altro, come se si trattasse di un servizio interno che agisce per la sua istituzione. Di conseguenza, risulta giustificato che esso si sottragga agli obblighi della direttiva, in quanto questi ultimi sono dettati dall'intento di tutelare una concorrenza che, in tal caso, non avrebbe più ragion d'essere.

L'avvocato generale conclude affermando che se il controllo del prestatore di servizi da parte dell'autorità pubblica che intende stipulare un contratto d'appalto è condizione necessaria affinché quest'ultimo sia considerato come un fornitore di prestazioni *in house*, essa è lontana dall'essere sufficiente. L'attività del prestatore deve, per la maggior parte, essere svolta a beneficio dell'amministrazione di riferimento. Di conseguenza se l'operatore esercita attività commerciali a favore di altri operatori presenti sul mercato, la direttiva diventa di nuovo applicabile, a meno che queste ultime non occupino un posto marginale nell'insieme della sua attività.

La Corte, recepisce, sia pure in un *obiter dictum* (punto 40 delle conclusioni), le conclusioni dell'avvocato sui principi affermati dalla sentenza Teckal, affermando l'applicabilità della direttiva qualora un'amministrazione aggiudicatrice decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa, sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ente sia o meno a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice.

Causa C-107/98, Teckal S.r.l. c/ Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia

Sentenza della Corte di Giustizia del 18.11.1999

Principi affermati:

La direttiva 93/36, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale - ipotesi che non ricorre

nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona da esso giuridicamente distinta un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano -, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno.

Le sole eccezioni consentite all'applicazione della direttiva 93/36 sono quelle in essa limitativamente ed esplicitamente indicate. Ora, tale direttiva non contiene alcuna disposizione analoga all'art. 6 della direttiva 92/50, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, la quale escluda dal suo ambito di applicazione appalti pubblici aggiudicati, a talune condizioni, ad amministrazioni aggiudicatrici.

Sintesi delle conclusioni dell'avvocato generale

L'avvocato generale Cosmas, al punto 59 delle sue conclusioni, rileva che se un'amministrazione pubblica, nel quadro di una migliore organizzazione interna dei propri servizi, ha affidato una fornitura ad uno dei propri servizi, ci troviamo di fronte ad una forma di delegazione interorganica che non fuoriesce dalla sfera amministrativa di quella amministrazione. In tale caso il rapporto che legherebbe l'amministrazione ed il servizio esecutore non potrebbe essere considerato come un appalto pubblico ai sensi del sistema delle direttive sugli appalti pubblici.

Più avanti nelle conclusioni, l'avvocato Cosmas sottolinea che, per poter escludere l'applicazione della normativa sugli appalti pubblici sia necessario provare la sussistenza di un controllo gerarchico dell'amministrazione sull'ente che esegue la prestazione nei confronti di questa, di modo che non sia possibile configurare un affidamento, per il fatto che le due parti contraenti non avrebbero, di fatto, la qualità di terzo, l'una rispetto all'altro.

La Corte di Giustizia recepisce le conclusioni dell'avvocato generale Cosmas, affermando, al punto 50 delle conclusioni sul merito, che non può considerarsi soggetto alle direttive appalti il contratto stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo, qualora l'ente locale, al contempo, eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano.

Causa C-108/98, RI.SAN S.r.l. c/ Comune di Ischia, Italia Lavoro S.p.a e Ischia Ambiente S.p.a.

Sentenza della Corte di Giustizia del 09.09.1999.

Principi affermati:

La deroga alle disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, prevista all'art. 55 del Trattato (divenuto art. 45 CE), eventualmente in combinato disposto con l'art. 66 del Trattato (divenuto art. 55 CE), non si applica in una situazione nella quale gli elementi sono tutti confinati all'interno di un solo Stato membro e che, pertanto, non presenta alcun nesso con una delle situazioni considerate dal diritto comunitario nel settore della libera circolazione delle persone e dei servizi.

Sintesi delle conclusioni dell'avvocato generale

L'avvocato generale Alber, al paragrafo 52 delle sue conclusioni ritiene che la valutazione circa la sussistenza di un rapporto *in house* fra un'amministrazione ed una società per azioni deve essere risolta in base a circostanze di fatto: non basta la qualità di società per azioni ad escludere che essa faccia parte dell'amministrazione pubblica, essendo necessario utilizzare un approccio che tenga conto di un criterio di valutazione di tipo funzionale, ponendo, quindi, attenzione, alla misura in cui la Pubblica Amministrazione controlla la società per azioni.

Dopo aver rimarcato l'importanza di valutazioni operate da un punto di vista funzionale, l'avvocato generale Alber specifica, al punto successivo delle proprie conclusioni, che, tuttavia, il pieno controllo del capitale della società per azioni da parte di uno Stato, indurrebbe in ogni caso a concludere che la società possa costituire parte di quello Stato stesso.

Causa C-360/96, Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden c BFI Holding BV

Sentenza del 10.11.1998.

Principi affermati:

L'art.1, lett. b), secondo comma, della Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi deve essere interpretato nel senso che il legislatore ha operato una distinzione tra i bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale e

commerciale, da un lato, e i bisogni di interesse generale aventi carattere industriale e commerciale dall'altro.

La nozione di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale non esclude bisogni che siano o possano essere parimenti soddisfatti da imprese private.

Lo status di organismo di diritto pubblico non dipende dalla rilevanza relativa, nell'ambito dell'attività dell'ente medesimo, del soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.

E' parimenti irrilevante che attività commerciali siano svolte da una persona giuridica distinta appartenente allo stesso gruppo o consorzio.

L'art.1, lett. b), secondo comma, della Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, deve essere interpretato nel senso che l'esistenza o la mancanza dei bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale deve essere valutata oggettivamente restando a riguardo irrilevante la forma giuridica delle disposizioni per mezzo delle quali tali bisogni sono espressi.

Sintesi delle conclusioni dell'avvocato generale

L'avvocato generale La Pergola, al paragrafo 38 delle sue conclusioni, ritiene che non sussista terzietà tra due Comuni ed un organismo di diritto pubblico da questi creato, nei confronti del quale i primi sono gli unici soggetti che, stabilendo l'an ed il quantum delle risorse da trasferire, esercitano un vero e proprio *ius vitae ac necis*.

In tal senso l'avvocato La Pergola ritiene di trovarsi di fronte ad «una forma di delegazione interorganica che non fuoriesce dalla sfera amministrativa dei comuni, i quali nel conferire» l'incarico di svolgere alcune attività all'organismo cui hanno dato vita «non hanno inteso in alcun modo privatizzare le funzioni precedentemente da essi svolte nel settore in questione».

Le conclusioni dell'avvocato generale, recepite dalla Corte, pur afferendo principalmente alla figura dell'organismo di diritto pubblico, segnano un primo passo per dare dignità formale al rapporto di delegazione interorganica.

Causa C-44/96, Mannesmann Anaagenbau Austria AG c/Strohal Rotationsdruck GesmbH

Sentenza del 15.01.1998.

Principi affermati:

Una società la cui attività produttiva è strettamente legata all'ordine pubblico o al funzionamento istituzionale dello Stato, è organismo di diritto pubblico, istituito per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale a nulla rilevando che una parte importante della sua attività sia di tipo industriale o commerciale.

Un'impresa che esercita attività commerciali e le cui quote siano detenute per la maggior parte da un'amministrazione aggiudicatrice, non deve essere considerato organismo di diritto pubblico per il solo fatto che sia stata istituita dall'amministrazione aggiudicatrice o che quest'ultima trasferisca mezzi finanziari derivanti dalle attività che essa esercita per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Infatti, non è sufficiente che un'impresa sia stata istituita da un'amministrazione aggiudicatrice o che le sue attività siano finanziate con mezzi finanziari derivanti dalle attività esercitate da un'amministrazione aggiudicatrice affinché essa stessa venga considerata un'organizzazione aggiudicatrice. Occorre inoltre che si tratti di un organismo istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.

Giurisprudenza nazionale

Consiglio di Stato, Sez. V, 03.02.2005 n. 272. Comune di Mentana c/ Soc. Coop. Centro Servizi e ristorazione a r.l. e nei confronti di Ge.Se.Pu. S.p.a.

Principi affermati:

La costituzione di una società mista a capitale pubblico maggioritario non avrebbe alcuna utilità per l'ente pubblico che la ha costituita ove, poi, lo stesso ente non potesse affidarle, direttamente, i servizi pubblici di propria competenza. Né è a dire che tale affidamento diretto a siffatte società a capitale misto contrasti con il sistema garantistico dell'ordinamento, che richiede che i procedimenti per la scelta degli affidatari pubblici di servizi rispettino i principi dell'evidenza pubblica.

La scelta del partner privato di una società a capitale misto avviene, infatti, attraverso una procedura ad evidenza pubblica. Considerato che la società a capitale misto con capitale pubblico maggioritario è costituita attraverso procedura ad evidenza pubblica e allo specifico scopo di affidarle i servizi pubblici dell'Ente che la ha costituita, è immediatamente consequenziale che il relativo affidamento debba avvenire in modo diretto.

Altrimenti opinando, la costituzione di tali società miste non avrebbe alcuna pratica utilità, mentre la procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei singoli servizi costituirebbe un'inutile duplicazione di un procedimento già esperito.

Consiglio di Stato, Sez. V., 27.09.2004, n. 6325. Comune di Como c/ Ambrogio Moro S.p.a., nonché SIRAM S.p.a. e nei confronti di ACSM n.q. di mandataria di Centrogas La Spezia S.p.a. e Manutencoop Coop. a r.l.

La società mista pubblico-privata è, innanzitutto, un soggetto imprenditoriale, rientrante nello schema organizzativo gestionale proprio delle società di capitali.

E', pertanto, possibile affermare che l'ordinamento giuridico non pone, in linea di principio, alcun limite all'assunzione, da parte delle società miste, di compiti estranei alla mission istituzionale assegnata dall'ente locale.

Come rilevato dalla Corte di Giustizia²²⁰ il principio di parità di trattamento degli offerenti di cui alla direttiva 92/50 non è violato per il solo fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ammette a partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi organismi che ricevono, da essa stessa o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni (indipendentemente dalla loro natura), che consentono a questi organismi di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti che non beneficiano di tali sovvenzioni.

Se ne evince il principio per cui una società mista pubblico-privata è legittimata, al pari degli altri operatori in concorrenza con essa, a partecipare a procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento di un appalto pubblico di servizi.

Consiglio di Stato; sez. VI, 07.09.2004, n. 5845. ENEL SOLE S.p.a. c/ EUROSOA e nei confronti di Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, ACEA S.p.a.

Principi affermati:

(In materia di appalti di lavori pubblici) l'obbligo di eseguire i lavori di propria competenza mediante appalto, concessione ovvero lavori in economia, non è un obbligo inderogabile, in quanto ai soggetti concessionari di cui al D. Lgs 158/1995 è consentita dall'ordinamento una deroga al divieto assoluto di *in house construction*. I concessionari, infatti, possono eseguire in via diretta una percentuale dei lavori, e dunque non hanno un obbligo assoluto di esternalizzazione. Quando i concessionari eseguono i lavori direttamente, devono possedere i requisiti di qualificazione e, dunque, hanno titolo di conseguire l'attestazione di qualità.

Consiglio di Stato, sez. V, 30.08.2004, n. 5643. Campa Antonino S.r.l. c/ Comune di Sorrento e A.M.I. – Azienda Multiservizi Intercomunale di Imola

Principi affermati:

Una società privata è legittimata ad agire sia per l'annullamento della deliberazione di un ente pubblico di costituzione di una Società mista (costituita tramite scelta del socio *intuitu personae*, in contrasto quindi, con i principi

²²⁰ Corte Giustizia C. 94/99, *ARGE Gewässerschutz c. Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft*, cit..

informativi della materia che impongono di operare tale scelta con il ricorso di una procedura ad evidenza pubblica) sia per l'annullamento della successiva deliberazione di affidamento diretto di un servizio da parte dell'ente alla stessa Società mista (attraverso il quale verrebbe tolto il servizio dal mercato eludendo le norme di assegnazione mediante gara ad imprese del settore) in quanto la prospettiva della società privata opponente, una volta annullati gli atti in questione, di partecipare come concorrente alle eventuali gare indette dall'ente per la scelta del socio privato e/o per l'affidamento a terzi del servizio *de quo*, costituisce un interesse specifico e diretto, ancorché strumentale.

Consiglio di Stato, sez. V, 19.02.2004, n. 679. Lupiae Servizi S.p.a. c/ Monteco S.r.l. e nei confronti del Comune di Novoli

Principi affermati:

E' legittimo l'affidamento della erogazione di un servizio pubblico locale di rilevanza industriale a società per azioni a capitale interamente pubblico, cui partecipano al 51 % un Comune, al 46 % la società Italia Lavoro S.p.a., ex GEPI, (il cui capitale è interamente pubblico) e al 3% il Comune appaltante.

Consiglio di Stato, sez. V, 18.09.2003, n. 5316. Comune di Udine c/ Diddi Dineo Figli S.r.l. e l'A.G.E.S.I – Associazione nazionale imprese gestione servizi tecnici integrati e nei confronti di A.M.G.A: Azienda Multiservizi S.p.a.

Principi affermati:

Non sussiste l'obbligo per l'ente locale di indire una pubblica gara per l'affidamento della gestione del servizio calore posto che, in sede d'interpretazione a norma dell'art. 234 Trattato CE (sentenza Teckal ed ordinanza pronunciata il 15 novembre 2002 su questo specifico caso), è stato chiarito dalla Corte di Giustizia che la disciplina comunitaria sui pubblici appalti deve applicarsi per l'aggiudicazione di un contratto di fornitura di beni, salvo che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sul fornitore, che sia un soggetto distinto da essa, un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, e sempre che il fornitore svolga la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o le amministrazioni che lo controllano. La *ratio* della regola enunciata va individuata nel fatto che, nei confronti di un soggetto controllato e che svolga la parte più importante della

propria attività per il soggetto controllore, non sarebbero ravvisabili situazioni di pregiudizio per la parità di trattamento degli altri operatori economici e per il rispetto delle regole di concorrenza.

Consiglio di Stato, sez. VI, 30.06.2003, n. 3864, SIR S.c.a.r.l. e CAMST S.c.a.r.l. c/ Comune di Sesto fiorentino, Comune di campi di Bisenzio, Qualità e servizi S.p.a.

Principi affermati:

L'affidamento diretto del servizio ad una società per azioni, a capitale misto, appositamente costituita dall'ente locale, esime quest'ultimo dallo svolgimento di una selezione pubblica per la scelta del gestore.

Il modello in questione va qualificato come gestione diretta del servizio da parte dell'ente locale (C.S., Sez. V, 19 febbraio 1998, n.192), assimilabile all'affidamento c.d. *in house* di matrice comunitaria, e che il fondamento della sua attribuzione senza gara dev'essere rinvenuto negli atti costitutivi della società ed in quelli di selezione del socio privato, da valersi quali provvedimenti genetici del soggetto giuridico per mezzo del quale (seppur in regime convenzionale) l'ente locale svolge il servizio.

Consiglio di Stato, sez. VI, 17.09.2002, n. 4711, Enel.it s.p.a c/ Megabyte S.p.a.

Principi affermati:

Ai fini dell'identificazione della natura pubblica di un soggetto la forma societaria è neutra ed il perseguimento di uno scopo pubblico non è in contraddizione con il fine societario lucrativo, descritto dall'art. 2247 c.c..

Per bisogno non industriale o commerciale non si intende la non imprenditorialità della gestione, ma la funzionalizzazione per il soddisfacimento di bisogni generali della collettività. Il requisito, pertanto, deve ritenersi soddisfatto dalla circostanza che trattasi di società costituita per il principale fine di gestire (anche attraverso le controllate) le attività di produzione e distribuzione dell'energia elettrica, tuttora solo in parte "liberalizzate", secondo criteri non propri di un soggetto privato, ma influenzati dallo stretto legame della società al potere pubblico e dalla reale capacità di quest'ultimo di incidere dall'esterno - e non semplicemente mediante il normale funzionamento dei meccanismi societari - sull'attività dell'ente,

si da garantirne la coerenza rispetto alle finalità pubbliche che attraverso lo stesso si intende perseguire.

Ai fini della qualificazione come organismo di diritto pubblico, e' irrilevante lo svolgimento da parte dell'organismo di altre attività; la Corte di Giustizia CE ha, infatti, chiarito che il requisito del fine del soddisfacimento di bisogni di interesse generale, non aventi carattere industriale o commerciale, non implica che il soggetto sia incaricato unicamente di soddisfare bisogni del genere, ed anzi consente l'esercizio di altre attività (cfr., Corte Giust., 15-1-98, C - 44/96, Mannesmann, punti 26 e 31 - 35).

Consiglio di Stato, 9.05.2001, n.2605, Comune di Reggio Emilia c/ Teckal, s.r.l. e Consorzio A.G.A.C.- Azienda Gas Acqua di Reggio Emilia

Principi affermati:

Non si ricade nella normativa attinente agli appalti pubblici nelle ipotesi in cui "l'ente locale esercita sulla persona di cui trattasi (un ente da esso distinto) un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi".

Servizio pubblico è qualsiasi attività che si concretizzi nella produzione di beni o servizi in funzione di un'utilità per la comunità locale, non solo in termini economici ma anche in termini di promozione sociale ("purché risponda ad esigenze di utilità generale o ad essa destinata in quanto preordinata a soddisfare interessi collettivi" V, 3.4.1990, n. 319).

Corte di Appello, Bologna, decreto 19 luglio 1997, n. 145.

Principi affermati:

E' attività di servizio pubblico l'acquisto ed urbanizzazione di aree da parte di una società partecipata da un comune per favorire l'insediamento di attività produttive nel territorio dell'ente locale.

Consiglio di Stato, sez. IV, 13.02.1996, n. 147

Principi affermati:

La direttiva CEE 18 giugno 1992 n.92/50, in tema di procedure concorsuali, si applica esclusivamente alle forniture di servizi disciplinate da "contratti"; pertanto, la citata direttiva non trova applicazione per gli appalti pubblici di servizi

aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'Amministrazione in base ad un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù di disposizioni legislative, regolamentari od amministrative.

Consiglio di Stato; sezione V, ordinanza 22.04.2004, n. 2316. Soc. SABA Italia c/ Comune di Bolzano e Soc. SEAB

Vanno rimessi gli atti alla Corte di Giustizia delle Comunità europee, ai sensi dell'art. 234 del Trattato istitutivo, affinché si pronunci, in via pregiudiziale, circa la compatibilità col diritto comunitario, in particolare con la libertà della prestazione di servizi, il divieto di discriminazione e l'obbligo di parità di trattamento, trasparenza e libera concorrenza, di cui agli artt. 12, 45, 46, 49 e 86 del Trattato, dell'affidamento diretto, ossia in deroga ai sistemi di scelta del contraente di cui alla direttiva 92/50/Ce, della società di gestione di parcheggi pubblici a pagamento, ad una società per azioni, a capitale interamente pubblico, ai sensi dell'art. 44, 6° co., lett. b), l. reg. Trentino Alto Adige 4 gennaio 1993 n. 1, modificato dall'art. 10 l. reg. 23 ottobre 1998 n. 10.

T.A.R. Puglia, Sez. terza, ordinanza n. 885/04. Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori – A.N.A.V. c/ Comune di Bari e nei confronti di A.M.T.A.B. Servizio S.p.a.

Il TAR Puglia sez. III, sospende il giudizio e rimette gli atti alla Corte di Giustizia della Comunità Europea, ai sensi dell'art. 234 del Trattato istitutivo, ai fini della pronuncia pregiudiziale sul seguente quesito: se sia compatibile con il diritto comunitario ed in particolare con gli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli artt. 46, 49 e 86 del Trattato, l'art. 113 co. V, D.Lgs. n. 267/2000, come modificato dall'art. 14 D.L. n. 269/03, nella parte in cui non pone alcun limite alla libertà di scelta dell'Amministrazione pubblica tra le diverse forme di affidamento del servizio pubblico, ed in particolare tra l'affidamento mediante procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto a società da essa interamente controllata.

T.A.R. Lombardia, ordinanza n. 681 del 14.05.2003. Consorzio Aziende Metano – CON.A.ME. c/ Comune di Cingia de'Botti e nei confronti di Padania Acque

La Corte di Giustizia della Comunità Europea, ai sensi dell'art. 234 (ex 177) del Trattato, si pronunci pregiudizialmente sulla seguente questione: se gli artt. 43, 49 e 81 del Trattato, laddove vietano rispettivamente le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato ed alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità nei confronti dei cittadini degli Stati membri, nonché le pratiche commerciali e societarie idonee ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nell'ambito dell'Unione Europea, ostino a che sia previsto l'affidamento diretto e, cioè, senza l'indizione di una gara, della gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas a Società a partecipazione pubblica comunale, ogni volta che detta partecipazione al capitale sociale sia tale da non consentire alcun possibile controllo diretto e se debba conseguente affermarsi che, come ricorre nel caso di specie, ove la partecipazione è pari allo 0,97% non si configurino gli estremi della gestione *in house*.

BIBLIOGRAFIA

- ARBITI C., *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione* in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2001.
- ARROWSMITH S., *Some problems in delimiting the scope of the public procurement directives: privatisations, purchasing consortia and in-house tenders*, in *Public procurement Law Review*, 1997.
- ARROWSMITH S., *Some problems in delimiting the scope of the public procurement directives: privatisations, purchasing consortia and in-house tenders*, in *Public - procurement Law Review*, 1997.
- ARROWSMITH S., *The law of public and utilities procurement*, London, 1996.
- B. AVANTI P., CARPI F., *Diritto processuale comunitario*, Milano, 2000.
- BOVIS C., *The liberalisation of public procurements and its effects on the common market*, Aldershot, 1998.
- CAIA G., *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia.it.
- CAMPORASO G. F., *Diritto commerciale. I. Diritto dell'impresa*, Torino, 1999.
- CARATI V., JAMBRENGHI A., *L'organismo di diritto pubblico*, in *Diritto amministrativo*, 2000.
- CARINELLA F., *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, 2004.
- CASARINO D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003.
- CASSISI S., *La definizione legale di pubblica amministrazione nell'ordinamento comunitario*, in Cassese S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale I*, Milano, 2000.
- GIULI M. P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999.
- GIULI M. P., *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 1999-2000*.
- Circolare 6 dicembre 2004 del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, recante "Affidamento in house del servizio idrico integrato".
- Circolare 6 dicembre 2004 del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, recante "Affidamento del servizio idrico integrato a società a capitale misto pubblico privato".

Circolare 6 giugno 2002, n. 8756, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle Politiche Comunitarie recante "Normativa applicabile agli appalti pubblici sottosoglia".

Circolare del 1 marzo 2002, n. 3944, della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento Politiche Comunitarie recante "Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori".

Circolare del 19 ottobre 2001, n. 12727, della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle Politiche Comunitarie, n. 12727.

Circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du code des marchés publics, pubblicata sul *Journal Officiel* n° 6 du 8 janvier 2004 p. 37031.

COLOMBARI S., *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 10, 2003.

COLOMBARI S., *La gestione dei servizi pubblici a mezzo di società partecipate dall'ente locale: situazione attuale e prospettive*. in *Rass. Giur. En. Elettr.*, 1998.

Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni per il diritto comunitario, 200/C - 121/02.

COPPEL J., HOOPER B., *Ec Public Procurement Rules*, in www.11kbw.com.

DEL CASTILLO, C. GALTIERI, U. REALFONZO, *Appalti pubblici di servizi*, Milano 2002.

DEL CASTILLO, GALTIERI, REALFONZO, *Appalti pubblici di servizi*, Milano, 1998.

GALESI M., *In house providing: verso una definizione del «controllo analogo»?*, in *Urbanistica e Appalti*, 8/2004.

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, III, I, Padova, 1999.

GRECO G., *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998.

GRECO G., *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. Pubbl. Dir. Com.*, 2000.

GRECO G., *Organismo di diritto pubblico: atto secondo: le attese deluse*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999.

Libro Bianco COM (85) 310, *Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council*.

Libro Bianco COM (98) 143, *Public Procurement in the European Union*.

Libro Verde COM (96) 583, *Public Procurement in the European Union - Exploring the way forward*, presentato a Bruxelles il 27.11.1996.

MAMELI B., *Un possibile ridimensionamento della nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Urbanistica e appalti*, I, 2002.

PICCOZZA E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2000.

THE ROYAL OFFICE, Procurement Policy Guidelines , United Kingdom.

ROSSI G. , *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, 2000.

SANTORO P. , *Manuale dei contratti pubblici*, IV edizione, Maggioli, 2002.

SECCA F. G. , *Gli organismi di diritto pubblico del diritto comunitario*, in MAZZAROLI L. (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2001.

SIGNORILE A. N. , *Procedimenti di acquisizione di beni e servizi: l'evidenza pubblica*, in

U. TICCIOLI , *Regno Unito, Importanza delle commesse pubbliche*, marzo 2002.

ZANOLI C. , *Istituzioni di diritto dell'unione europea*, Torino, 1995.