



**AFFIDAMENTO DIRETTO E IN HOUSE CONTRACTS NEGLI APPALTI
PUBBLICI DI SERVIZI DELLE AMMINISTRAZIONI CENTRALI**

Roma 28 ottobre 2005

Comunicazione di aggiudicazione Lett. Prot. n. DFP/15692/04/

Il rapporto costituisce il risultato del gruppo di lavoro della Fondazione Rosselli.

Coordinamento:
Alessandro Palmigiano

Hanno partecipato:

Alessandra Alaimo
Andrea Callea
Giuseppe Cusumano
Ferdinando Gattuccio
Alessandra Minà
Walter Tortorella

Per la parte relativa alle esperienze straniere:
Marc Jobert
Florina Garcia Gonsales
Adriana Tempesta

INDICE

Presentazione	6
Oggetto e articolazione dello studio	9
PARTE I - LA DISCIPLINA DEGLI APPALTI PUBBLICI E LE DEROGHE AMMESSE. GLI AFFIDAMENTI DIRETTI EX ART. 6 DELLA DIRETTIVA 92/50/CEE	13
CAPITOLO I - IL QUADRO NORMATIVO INTERNAZIONALE E COMUNITARIO	14
1. Le norme di diritto internazionale	14
2. I principi generali in tema di appalti pubblici nel Trattato istitutivo della CE	18
3. Gli appalti nel diritto comunitario: dal Trattato alle direttive appalti	21
4. Il principio generale dell'evidenza pubblica nell'affidamento degli appalti	26
4.1. La procedura dell'evidenza pubblica	29
5. La direttiva 92/50/CEE e le deroghe al principio dell'evidenza pubblica	32
6. La deroga contenuta nell'art. 6 della direttiva 92/50/CEE	35
6.1. Amministrazioni aggiudicatrici	36
6.2. Organismo di diritto pubblico	37
6.2.1. La nozione di bisogni di interesse generale	40
6.2.2. Il carattere non industriale o commerciale	44
6.2.3. Il controllo	47
6.2.4. Il diritto esclusivo	49
7. Affidamento diretto ex art. 6 dir. 92/50/CEE e affidamento in house	51
8. I regimi di riserva nell'ordinamento giuridico italiano	55
PARTE II - IN HOUSE CONTRACTS	56
CAPITOLO II - LEGITTIMITÀ DELL'AFFIDAMENTO DIRETTO IN DEROGA AL PRINCIPIO GENERALE DELL'EVIDENZA PUBBLICA	57
1. Il controverso tema degli affidamenti in house: dalla definizione del Libro Bianco alla sentenza Teckal	57
1.1. Le origini dell'istituto. Esclusione della natura contrattuale	59
1.2. Gli indici rivelatori di delegazione interorganica: il controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sull'ente affidatario	62
2. La nozione di controllo	64

2.1. Il controllo analogo	67
2.2. Il controllo operativo economico	70
3. Le circolari interpretative emanate dal governo italiano	72
4. L'evoluzione della nozione di controllo e l'ambito dell'in house providing alla luce della più recente giurisprudenza	77

CAPITOLO III - ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO ED ENTE IN HOUSE NEGLI APPALTI PUBBLICI DI SERVIZI: ISTITUTI DISTINTI O INSIEMI CHE SI INTERSECANO?	85
1. L'organismo di diritto pubblico nel sistema delle direttive appalti	85
2. Organismo di diritto pubblico ed ente in house negli appalti di servizi	89
2.1. Differenze nel controllo strutturale	94
2.2. Differenze nella destinazione dell'attività	96
2.3. Sovrapposizione tra le due figure negli appalti pubblici di servizi	98
PARTE III - BENCHMARKING DELLE ESPERIENZE STRANIERE	105

CAPITOLO IV - AFFIDAMENTI DIRETTI EX ART. 6 DELLA DIRETTIVA 92/50 E IN HOUSE CONTRACTS IN ALCUNI STATI EUROPEI	106
1. L'esperienza francese	106
1.1. Normativa nazionale di recepimento della direttiva 92/50/CEE	106
1.1.1. Ambito di applicazione oggettivo	107
1.1.2. Ambito di applicazione soggettivo	107
1.2. Esclusioni e deroga ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE	109
1.3. In house contracts	110
2. L'esperienza inglese	112
2.1.1. Ambito di applicazione oggettivo	113
2.1.2. Ambito di applicazione soggettivo	114
2.2. Esclusioni e deroga ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE	117
2.3. In house contracts	118
3. L'esperienza spagnola	120
3.1. Normativa nazionale di recepimento della direttiva 92/50/CEE	120
3.1.1. Ambito di applicazione oggettivo	121
3.1.2. Ambito di applicazione soggettivo	122
3.2. Esclusioni e deroga ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE	123
3.3. In house contracts	124
4. L'analisi trasversale della normativa sugli appalti pubblici nei paesi oggetto di benchmarking	125

PARTE IV - ALCUNE PRASSI DI AFFIDAMENTO DIRETTO NELLE AMMINISTRAZIONI CENTRALI

130

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

131

1. Introduzione	131
2. Gli affidamenti diretti	132
2.1. Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze	132
2.2. Arte Lavoro e Servizi S.p.a. (ALES S.p.a.) - Ministero per i beni e le attività culturali	133
2.3. Rete Autostrade Mediterranee (RAM S.p.a.) - Ministero delle infrastrutture e dei trasporti	135
3. Le società in house	138
3.1. Sviluppo Italia S.p.a. - Ministero dell'economia e delle finanze	138
3.2. Innovazione Italia S.p.a. - Dipartimento per l'Innovazione e Tecnologie	139
3.3. Infratel Italia S.p.a. - Ministero delle Comunicazioni	140
3.4. CONSIP S.p.a. - Ministero dell'economia e delle finanze	143

PARTE V - LINEE GUIDA APPLICATIVE

145

CAPITOLO VI - VADEMECUM PER GLI OPERATORI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

146

1. Introduzione	146
2. Alcune definizioni ricorrenti	147
3. Linee guida applicative	149
4. Vademecum	151
4.1. Deroga ex art. 6 direttiva 92/50/CEE e art. 5, co. 2, lett. g) del D.Lgs. n. 157/1995)	151
4.2. Affidamenti in house	161

170

APPENDICE NORMATIVA

APPENDICE GIURISPRUDENZIALE

Giurisprudenza comunitaria	212
Giurisprudenza nazionale	213
	224

BIBLIOGRAFIA

231

Presentazione

Il settore degli appalti ha assunto al giorno d'oggi dimensioni di carattere mondiale. La rilevanza economica della spesa pubblica per l'approvvigionamento di beni e servizi secondo i dati forniti dalla Commissione dell'Unione Europea, è pari ad oltre mille miliardi di Euro (circa il 14 % del prodotto interno lordo dell'UE). I flussi finanziari generati dalla domanda pubblica di beni e servizi possono e devono considerarsi come strumento di politica economica utilizzabile dagli Stati per condizionare fattori congiunturali e strutturali dell'economia.

La creazione del mercato unico e l'apertura dei mercati nazionali agli operatori stranieri ha indubbiamente interessato anche il mercato delle commesse pubbliche ed il sistema degli appalti.

Il legislatore comunitario attraverso l'emanazione delle direttive appalti (di prima generazione, di seconda generazione attualmente in vigore e, da ultimo con la *Direttiva settori classici* e con la *Direttiva settori esclusi* - che dovranno essere recepite entro il 1 gennaio 2006), ha inteso garantire che il sistema degli appalti pubblici fosse tale da non alterare la concorrenza tra le imprese operanti all'interno del mercato unico.

Il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici è diretto, infatti, 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 altri Stati membri.

La procedura dell'evidenza pubblica garantisce, inoltre, attraverso il sistema di previa informazione e pubblicità comunitaria, la possibilità di accesso e concorrenza a tutti gli operatori economici interessati in conformità al divieto di discriminazione basato sulla nazionalità ed ai principi di libertà di circolazione delle merci, dei servizi e di stabilimento.

Il principio dell'evidenza pubblica rappresenta il perno centrale intorno al quale può giustificarsi il ricorso al libero mercato per il

soddisfaccimento degli interessi pubblici. Questa è la *ratio* per la quale le ipotesi in cui tale principio può trovare una deroga sono tassativamente indicate sia dalle norme comunitarie che da quelle nazionali di recepimento in quanto, al di fuori delle stesse, non è possibile, in tesi, garantire che l'attività negoziale privata, posta in essere dall'amministrazione, persegua nel concreto gli interessi pubblici.

Secondo la disciplina comunitaria concernente gli appalti pubblici di servizi, costituita dalla direttiva 92/50/CEE, e la normativa italiana di attuazione, costituita dal D. lgs. n. 157 del 1995 e successive integrazioni e modificazioni, costituiscono, tra gli altri, casi di esclusione delle procedure dell'evidenza pubblica, le procedure di affidamento diretto di cui all'art. 6 della direttiva 92/50/CEE, recepito nell'ordinamento italiano dall'art. 5, comma 2, lett. g) del decreto citato.

La Corte di Giustizia ha poi escluso l'obbligatorietà del ricorso alla gara per l'affidamento di servizi, nel caso in cui l'amministrazione decida di svolgerli direttamente o tramite il ricorso ad un soggetto in rapporto di delegazione interorganica con la stessa amministrazione. E' questo il caso degli affidamenti c.d. *in house*.

Le disposizioni normative, quanto alla prima ipotesi, consentono una deroga all'applicazione delle procedure di evidenza pubblica nell'ipotesi di appalti pubblici di servizi aggiudicati a un ente che sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice, 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.

La norma in esame è di complessa interpretazione e ciò per almeno due ordini di ragioni: da un lato, infatti, si è dimostrata complessa la definizione della figura di «organismo di diritto pubblico», rientrante secondo la norma citata nella nozione di amministrazione aggiudicatrice; dall'altro, risulta complessa la verifica della compatibilità del diritto di esclusiva con le norme del Trattato e con le norme comunitarie a tutela della concorrenza.

L'affidamento *in house*, dal suo canto, ha posto notevoli criticità

innanzitutto per l'assenza di una regolamentazione positiva dello stesso istituto, per cui la definizione delle caratteristiche tipologiche si deve all'opera interpretativa della giurisprudenza. La Corte di Giustizia ha espressamente affermato che esiste un rapporto di delegazione interorganica tale per il quale l'ente può essere considerato *in house* alla stessa amministrazione, qualora quest'ultima eserciti sul secondo *un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e l'ente realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che lo controllano*.

Per accertare la sussistenza di un rapporto *in house* è necessario, quindi, analizzare la natura giuridica del rapporto intercorrente fra l'amministrazione aggiudicatrice ed il soggetto aggiudicatario e, sulla scorta degli indici giurisprudenziali elaborati dalla Corte di Giustizia, verificare se si sia in presenza di un rapporto di delegazione interorganica, tale da escludere la sussistenza di un rapporto di terzietà fra amministrazione ed ente *in house* e rende possibile il ricorso all'affidamento diretto.

Nel corso di questi anni le citate difficoltà interpretative, accompagnate dalla complessità del quadro normativo, hanno reso non agevole il ricorso alle descritte modalità di affidamento in deroga alle procedure di evidenza pubblica.

Per questo motivo, il Dipartimento della funzione pubblica ha promosso la realizzazione del presente studio, con l'intenzione di fornire un primo contributo per l'approfondimento dei due istituti.

Oggetto e articolazione dello studio

Il presente studio costituisce il prodotto finale del lavoro del gruppo di ricerca della Fondazione Rosselli a seguito dell'affidamento dell'incarico, da parte del Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Ufficio per la formazione del personale delle pubbliche amministrazioni, per lo svolgimento della "Ricerca sull'affidamento diretto ed in house contracts negli appalti pubblici di servizi".

Il Dipartimento della funzione pubblica, in particolare, ha richiesto che lo studio:

- ✓ fornisse un quadro chiaro ed esaustivo in materia di appalti di pubblici servizi relativamente all'affidamento diretto ed ai contratti in house;
- ✓ migliorasse il livello di informazione e conoscenza della materia attraverso un'analisi del contesto normativo di riferimento, con accenno specifico anche alla regolamentazione riscontrabile in altri Paesi dell'Unione Europea;
- ✓ individuasse, attraverso un'analitica descrizione delle soluzioni già adottate in pubbliche amministrazioni centrali, ipotesi di legittimo ricorso alle procedure in deroga e le relative modalità applicative;
- ✓ delineasse le attività e le modalità di assegnazione che devono essere seguite dalle pubbliche amministrazioni centrali per l'affidamento di appalti di servizi al di fuori dei sistemi di aggiudicazione ad evidenza pubblica consentendo di operare in modo assolutamente legittimo.

Per raggiungere i risultati richiesti, il gruppo di lavoro ha utilizzato una metodologia strutturata in una fase di analisi teorica di tipo normativo-giurisprudenziale e in una fase di approfondimento di alcune esperienze attuate in pubbliche amministrazioni centrali dello Stato. L'analisi è stata poi suffragata dal confronto con le esperienze di altri tre Paesi dell'Unione e cioè Francia, Regno Unito e Spagna.

L'analisi teorica si è incentrata sullo studio della normativa e della

giurisprudenza comunitaria, sulle norme di diritto interno e l'interpretazione datane dai giudici municipali, avvalendosi della consultazione di letteratura, banche dati di giurisprudenza comunitaria e nazionale e banche dati di dottrina giuridica.

L'analisi del livello di adozione in Italia di pratiche e strumenti in materia di affidamenti diretti da parte di amministrazioni centrali è stata svolta in fasi successive e cioè:

- individuazione dei settori pubblici/amministrazioni pubbliche di maggiore interesse per il campo d'indagine;
- organizzazione di colloqui con i responsabili delle amministrazioni centrali ritenute esempi significativi ai fini dell'indagine con l'utilizzazione di schede di rilevazione utili a delimitare il campo di indagine¹.

I risultati ottenuti hanno consentito la redazione del presente studio che per ragioni sistematiche è stato suddiviso in cinque parti.

La prima parte - *Disciplina degli appalti pubblici e le deroghe ammesse. Gli affidamenti diretti ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE* - ha ad oggetto il quadro normativo internazionale e comunitario in materia di appalti di servizi. In tale ambito, dopo avere analizzato l'Accordo GPA, i principi del Trattato istitutivo, si è passati allo studio della direttiva 92/50/CEE, con particolare riferimento alla deroga prevista dall'art. 6, così come testualmente ripresa dall'art. 5, lett. g) del D. Lgs. n. 157/95. Si è fatto in particolare riferimento alle nozioni di «amministrazione

¹ L'indagine condotta presso i Ministeri e finalizzata alla redazione di un quadro delle esperienze maturate in tema di affidamenti diretti ed in house presso le amministrazioni centrali, ha presentato alcune criticità. Si era inizialmente proceduto alla individuazione di una rosa di sei Ministeri (Dipartimento della Funzione Pubblica; Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali; Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti; Ministero dell'Economia e delle Finanze; Dipartimento per l'Innovazione e le Tecnologie; Ministero per i Beni e le Attività Culturali). I risultati di questi incontri avrebbero dovuto condurre alla redazione di un quadro delle esperienze che consentisse l'individuazione della prassi osservata su scala nazionale, dei fattori critici e delle difficoltà maggiormente riscontrate, nonché delle soluzioni adottate. L'esito di questa prima fase di indagine, tuttavia, non ha condotto a risultati completi (solo quattro dei sei ministeri contattati hanno accettato di fissare un incontro). Le difficoltà incontrate in questa prima fase di indagine hanno spinto il gruppo di lavoro a rivedere le linee di intervento, ampliando l'analisi ad altri Ministeri (Ministero Attività Produttive; Ministero delle Comunicazioni; Ministero della Giustizia; Ministero dell'Interno; Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca; Ministero della Salute; Ministero degli Affari Esteri). Anche in questo caso non tutti i Ministeri contattati hanno collaborato e solo alcuni si sono impegnati attivamente nel rendere disponibile informazioni o documenti utili ai fini dell'indagine.

aggiudicatrice», «organismo di diritto pubblico» ed alle condizioni necessarie perché si possa legittimamente procedere ad affidamento ex art. 5, lett. g) del D. lgs. n. 157/95.

La seconda parte dello studio - *In house contract* - affronta la problematica della legittimità dell'affidamento diretto in deroga al principio generale dell'evidenza pubblica (capitolo II) e quello del rapporto tra la nozione di organismo di diritto pubblico ed ente *in house negli appalti pubblici di servizi* (capitolo III), analizzando quali siano, secondo i criteri indicati dalla giurisprudenza, i requisiti necessari affinché si possa procedere ad affidare ad un ente *in house* alla amministrazione aggiudicatrice un appalto di servizi.

La terza parte dello studio - *Benchmarking delle esperienze straniere* - analizza quale sia l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione della normativa di attuazione della direttiva 92/50/CEE nei tre paesi oggetto di approfondimento e come siano disciplinate sia la deroga ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE sia l'istituto dell'affidamento *in house* (capitolo IV).

La quarta parte - *Alcune prassi di affidamento diretto nelle amministrazioni centrali* - è dedicata allo studio delle esperienze riscontrate nell'ambito di amministrazioni centrali dello Stato, distinguendo tra affidamenti ex art 6 della direttiva 92/50/CEE e affidamenti ad enti *in house* alle amministrazioni centrali dello Stato.

La quinta parte dello studio - *Linee guida applicative. Vademecum per gli operatori della pubblica amministrazione* - è volta a fornire un quadro semplice ed esaustivo delle norme e dei principi giurisprudenziali che regolano gli affidamenti diretti secondo la deroga di cui all'art. 5, lett. g), D. lgs. n. 157 del 1995 e gli affidamenti *in house* negli appalti pubblici di servizi da parte delle amministrazioni centrali dello Stato.

Lo studio si conclude con un'appendice normativa e giurisprudenziale, in cui sono riportate le norme oggetto dello studio e le pronunce giurisprudenziali ritenute maggiormente significative.

Si ringraziano infine, per la collaborazione prestata, il Dipartimento della funzione pubblica, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, il

Ministero dell'economia e delle finanze, il Dipartimento per l'innovazione e le tecnologie, il Ministero per i beni e le attività culturali, il Ministero delle comunicazioni e il Ministero degli affari esteri.

Un particolare ringraziamento è rivolto al Dr. Rizzo, dell'Ufficio Legislativo del Ministero per i beni e le attività culturali e alla Dr.ssa Pantellini del Dipartimento per l'innovazione e le tecnologie.

CAPITOLO I - IL QUADRO NORMATIVO INTERNAZIONALE E COMUNITARIO

SOMMARIO: 1. Le norme di diritto internazionale. - 2. I principi generali in tema di appalti pubblici nel Trattato istitutivo della Comunità Europea. - 3. La disciplina degli appalti nel diritto comunitario: dal Trattato alle direttive appalti. - 4. Il principio generale dell'evidenza pubblica nell'affidamento degli appalti. - 5. Gli appalti pubblici di servizi: la direttiva 92/50/CE e le deroghe al principio dell'evidenza pubblica. - 6. La deroga contenuta nell'art. 6 della direttiva 92/50/CEE. - 6.1. Amministrazioni aggiudicatrici. - 6.2. Organismo di diritto pubblico. - 6.2.1. La nozione di bisogni di interesse generale. - 6.2.2. Il carattere non industriale o commerciale. - 6.2.3. Il controllo. - 6.2.4. Il diritto esclusivo. - 7. Affidamento diretto ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE e affidamento in house. - 8. I regimi di riserva nell'ordinamento giuridico italiano.

PARTE I - LA DISCIPLINA DEGLI APPALTI PUBBLICI E LE DEROGHE AMMESSE. GLI AFFIDAMENTI DIRETTI EX ART. 6 DELLA DIRETTIVA 92/50/CEE

1. Le norme di diritto internazionale

Il settore degli appalti ha assunto al giorno d'oggi dimensioni di carattere mondiale. Si pensi infatti alla rilevanza economica della spesa pubblica per l'approvvigionamento di beni e servizi che, secondo i dati forniti dalla Commissione dell'Unione Europea, è pari ad oltre mille miliardi di Euro (circa il 14 % del prodotto interno lordo dell'UE)². Ciò significa, in altre parole, che i flussi finanziari generati dalla domanda pubblica di beni e servizi, devono considerarsi come strumenti di politica economica utilizzabile dagli Stati per condizionare fattori congiunturali e strutturali dell'economia.

Il tradizionale ostracismo degli Stati verso il raggiungimento di accordi che consentissero l'apertura dei mercati nazionali agli operatori stranieri deve ormai ritenersi superato dal processo di globalizzazione che negli ultimi decenni si è registrato e che ha indubbiamente interessato anche il mercato delle commesse pubbliche.

² Secondo i dati presentati dal Système d'Information pour le Marché Publics (SIMAP), in occasione della conferenza svoltasi a Copenaghen nel 1997, il valore complessivo degli appalti pubblici in Europa era, già allora, pari al 12% del PIL europeo, ammontando a circa 720 miliardi di ECU.

La Comunità Europea ha sottoscritto un accordo internazionale sugli appalti pubblici, detto "Accordo GPA" (Agreement on Government Procurement)³, in occasione dei negoziati commerciali multilaterali aperti nell'ambito del GATT (General Agreement on Tariff and Trade) conclusosi a Marrakesh il 15 aprile 1994. Nel preambolo dell'accordo si promuove la creazione di un «quadro multilaterale concernente normative, procedure e pratiche in materia di appalti pubblici idonee a realizzare una più avanzata liberalizzazione ed espansione del commercio mondiale e di migliorare il quadro internazionale che disciplina il commercio mondiale».

Dall'accettazione dell'accordo da parte della Comunità scaturisce l'obbligo per gli enti appaltanti di applicare le condizioni contenute nell'accordo medesimo alle imprese appartenenti ai Paesi terzi firmatari dell'accordo.

Il mercato europeo degli appalti è in tal modo regolato da due differenti corpi normativi: l'accordo GPA, che regola la partecipazione delle imprese ai Paesi terzi firmatari dell'Accordo, e la legislazione comunitaria che regola la partecipazione delle imprese europee.

Tav. 1 - Agreement on Government Procurement

Accordo GPA	Contenuto
	Creazione di un quadro multilaterale concernente normative, procedure e pratiche in materia di appalti pubblici.
Effetti	
	Dall'accettazione dell'Accordo nasce l'obbligo per gli enti appaltanti di applicare le condizioni contenute nell'accordo medesimo alle imprese appartenenti ai Paesi terzi firmatari dell'accordo.

Le recenti direttive comunitarie approvate dal Parlamento Europeo il 31 marzo 2004 - c.d. *Direttiva settori classici* e c.d.

³ All'accordo GPA aderiscono l'Unione Europea, con i suoi Stati Membri, il Canada, La Corea, Hong Kong, Cina, Islanda, Finlandia, Giappone, Israele, Liechtenstein, Norvegia, Paesi Bassi per conto Arabia, Singapore, Stati Uniti e Svizzera.

*Direttiva settori speciali*⁴ - che dovranno essere recepite dagli Stati membri entro il 26 gennaio 2006, affermano espressamente che «alla luce dei diritti e degli impegni internazionali che la Comunità ha assunto accettando l'Accordo GPA, il regime applicabile agli offerenti ai Paesi terzi firmatari dell'Accordo è quello definito dall'accordo stesso» le direttive devono garantire agli operatori economici della Comunità «condizioni di partecipazione agli appalti pubblici altrettanto favorevoli di quelle di cui godono gli operatori economici dei Paesi terzi firmatari dell'Accordo». Il GPA, pertanto, riconosce come sistema di funzionamento il "principio di reciprocità" per il quale ciascun Paese aderente concede la partecipazione agli appalti in un dato settore esclusivamente alle imprese appartenenti ai Paesi firmatari che hanno assunto impegni analoghi. Ciò rappresenta una diversità rispetto al normale meccanismo di funzionamento degli accordi stipulati nell'ambito del GATT. Nel GPA, infatti, non si rinviene la c.d. "clausola della nazione più favorita" per la quale il trattamento più vantaggioso che una parte contraente riserva di un'altra parte contraente, viene automaticamente esteso ad un terzo soggetto estraneo all'accordo più favorevole.

Tav. 2 - Sistema di funzionamento del GPA

	Ciascun Paese aderente concede la partecipazione agli appalti in un dato settore esclusivamente alle imprese appartenenti ai Paesi firmatari che hanno assunto impegni analoghi.

Per completezza espositiva si riferisce della problematica relativa alla possibilità o meno per la Comunità di stringere accordi vincolanti per i suoi Stati membri ed, in caso affermativo, se essi possano ritenersi direttamente applicabili negli ordinamenti nazionali. La soluzione che sembra prevalere è quella di ritenere direttamente

⁴ Sulle quali *infra*, par. 3.

applicabile l'Accordo GPA. Ciò comporta che le disposizioni in esso contenute siano direttamente applicabili anche nei confronti delle imprese extraeuropee appartenenti agli Stati firmatari. Ciò in quanto nel GPA le parti contraenti hanno espressamente previsto la possibilità di contestare la violazione delle norme dello stesso davanti ad un Tribunale o ad organi appositamente costituiti, implicitamente affermando di volere riconoscere un effetto diretto alle disposizioni ivi contemplate.

Focus 1

Le disposizioni contenute nel GPA sono direttamente applicabili anche nei confronti delle imprese extraeuropee appartenenti agli Stati firmatari.

Il GPA si applica anche agli appalti di lavori e servizi determinando, come già accennato, una duplicazione delle fonti regolamentari degli appalti aggiudicati in ambito comunitario: l'accordo GPA e le direttive comunitarie.

La Commissione Europea, al fine di uniformare i contenuti delle direttive alle più favorevoli disposizioni dell'Accordo, ha apportato alcune modifiche alle direttive sugli appalti pubblici. Per i settori ordinari è stata emanata la direttiva 97/52/CE del 13 ottobre 1997⁵; per i settori speciali è stata emanata la direttiva 98/4/CE del 16 febbraio 1998⁶.

Si è così ottenuta una disciplina uniforme nella materia *de qua* sia per le imprese europee che per quelle extraeuropee, garantendo alle prime un trattamento equivalente a quello riservato alle seconde dall'applicazione diretta del GPA.

⁵ Pubblicata in G.U. L n. 328 del 28 novembre 1997
⁶ Pubblicata in G.U. L n. 101 del 1 aprile 1998

2. I principi generali in tema di appalti pubblici nel Trattato istitutivo della CE

Il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, firmato a Roma il 25 marzo 1957, non contiene una disciplina degli appalti pubblici; tuttavia, dovendosi ritenere tale materia assimilabile alle attività negoziali svolte nella Comunità, anche per essa vige il rispetto dei principi e degli obblighi di portata generale contenuti nel medesimo Trattato.

Ci si riferisce in particolare ai principi di non discriminazione fondata sulla nazionalità, di libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi, di libera circolazione delle merci.

Il principio di non discriminazione fondata sulla nazionalità sancito dall'art. 12, par. 1 (ex art. 6, par. 1) prescrive il divieto di ogni disposizione legislativa regolamentare e amministrativa, nonché di ogni prassi amministrativa, atta a restringere o ad ostacolare - all'interno di un singolo Stato membro - la circolazione di prodotti ovvero l'accesso e l'esercizio delle attività economiche di cittadini e imprese di altri Stati membri; ciò non solo mediante l'adozione di misure espressamente differenziate, ma anche di quelle che, seppure indistintamente applicate, siano comunque tali da non garantire una sostanziale parità di trattamento⁷.

Perché possa trovare applicazione il principio di non discriminazione fondata sulla nazionalità deve sussistere il requisito della "interstatività"; ciò significa che la situazione di fatto per la quale si invoca tale principio deve fare riferimento, soggettivamente o oggettivamente, almeno a due Stati membri diversi (*rectius* a due Stati ai quali si applica il Trattato)⁸. Un contraente di un singolo Stato

⁷ La Corte di Giustizia, nella causa C-324/98 *Telaustria c/Telekom Austria*, ha chiarito che il principio di non discriminazione comporta un obbligo di trasparenza e che tale obbligo richiede un grado di pubblicità tale da rendere il mercato aperto alla concorrenza.

⁸ Il Trattato si applica infatti anche agli Stati appartenenti allo spazio economico europeo, e cioè Islanda, Norvegia e Liechtenstein.

membro, ad esempio, non può invocare le disposizioni relative alla libera circolazione per impugnare una decisione assunta da un ente locale dello Stato cui appartiene con riferimento all'affidamento di un appalto da svolgere all'interno del medesimo Stato. Un contraente di un altro Stato membro, invece, può invocare il principio di non discriminazione per fare valere l'illegittimità dell'affidamento⁹.

Le direttive appalti, differentemente, pur prescrivendo l'obbligo della parità di trattamento tra i contraenti, non richiedono, ai fini della loro applicabilità, l'elemento dell'interstatalità¹⁰.

Il principio di non discriminazione trova ulteriore espressione nelle disposizioni riguardanti la libera circolazione delle merci, delle persone (libertà di stabilimento) e dei servizi.

Il principio della libera circolazione delle merci, sancito dagli artt. 28 e 29 (ex art. 30 e 31), vieta qualsiasi misura che abbia per effetto restrizioni quantitative all'importazione o all'esportazione e le misure ad esse equivalenti.

In particolare, l'art. 28 prevede il divieto di restrizione quantitativa alle importazioni e di misure ad effetto equivalente. Esso si applica sia agli enti statali che a quelli privati che abbiano una stretta connessione con lo Stato, ad esempio perché sono finanziati o controllati da enti statali¹¹. Nella prassi l'art. 28 si applica alla maggior parte, se non a tutti, gli enti che sono «amministrazioni aggiudicatrici»¹².

Il principio di libertà di stabilimento, sancito dall'art. 43 (ex art. 52), vieta qualsiasi restrizione alla libertà dei cittadini dell'Unione di stabilirsi in uno Stato membro per esercitarvi una attività economica in maniera stabile. Tale libertà si sostanzia nel diritto di accesso, anche mediante iscrizione negli appositi albi nazionali, ad ogni attività che può essere esercitata da un cittadino dello Stato ospitante.

⁹ Corte di Giustizia, causa C-87/94, *Commissione c/ Belgio*.

¹⁰ *Comptex*, *Höpker B.*, *Ec Public Procurement Rules*, in www.11kbw.com.

¹¹ Corte di Giustizia, *Commissione c/Irlanda*, causa C-249/81.

¹² Sulla definizione di amministrazione aggiudicatrice si veda, in questo capitolo, par. 6.1 e 6.2.

L'applicazione del principio determina il divieto di qualsiasi forma di discriminazione diretta (per effetto di disposizioni che impongano obblighi aggiuntivi e specifici per gli stranieri) o indiretta (attraverso norme la cui applicazione pratica determini vantaggi per i cittadini dello Stato di appartenenza).

Il principio di libera prestazione di servizi, sancito dall'art. 49 (ex art. 59), vieta qualsiasi restrizione alla libertà dei cittadini e delle imprese dell'Unione di spostarsi temporaneamente in uno Stato membro per prestare i propri servizi. Si differenzia, pertanto, dal principio di stabilimento perché si riferisce non all'esercizio di un'attività economica in maniera stabile, bensì all'ipotesi di uno spostamento solo temporaneo in un altro Stato dell'Unione.

Tav. 3 - I principi del Trattato

Principio	Contenuto
Art. 28 Non discriminazione fondata sulla nazionalità	Divieto di ogni disposizione legislativa regolamentare e amministrativa, nonché di ogni prassi amministrativa, atta a restringere o ad ostacolare - all'interno di un singolo Stato Membro - la circolazione di prodotti ovvero l'accesso e l'esercizio delle attività economiche di cittadini e imprese di altri Stati membri.
Art. 29 Libera circolazione delle merci	Divieto di qualsiasi misura che abbia per effetto restrizioni quantitative all'importazione o all'esportazione e le misure ad esse equivalenti.
Art. 43 Libertà di stabilimento	Divieto di qualsiasi restrizione alla libertà dei cittadini dell'Unione di stabilirsi in uno Stato membro per esercitarvi una attività economica in maniera stabile.
Art. 49 Libera prestazione di servizi	Divieto di qualsiasi restrizione alla libertà dei cittadini e delle imprese dell'Unione di spostarsi temporaneamente in uno Stato membro per prestare i propri servizi.

Tutti questi principi presidiano e garantiscono il buon funzionamento del mercato unico e, come chiarito dalla Commissione

Europea¹⁴, si applicano alla materia degli appalti pubblici anche se il Trattato non contiene, come detto, un'espressa disciplina della materia.

3. Gli appalti nel diritto comunitario: dal Trattato alle direttive appalti

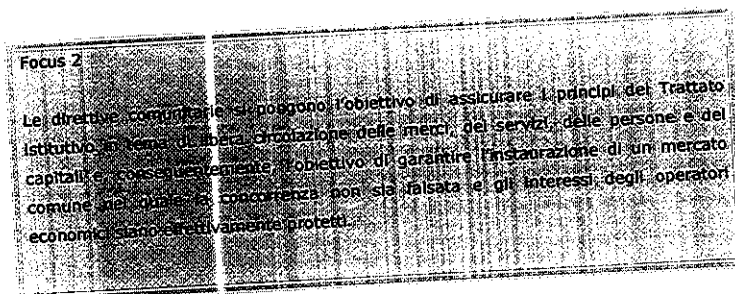
I principi del Trattato non pongono in capo alle amministrazioni aggiudicatrici obblighi specifici da rispettare, ma semplicemente prevedono il generale divieto di adottare misure o comportamenti che possano avere un carattere discriminatorio tra i soggetti partecipanti alle gare.

Di conseguenza, tali principi non sono sufficienti a garantire il raggiungimento degli obiettivi fissati dal legislatore comunitario di creare un mercato unico degli appalti che incentivi la competitività dell'industria europea rispetto a quella straniera e a razionalizzare l'uso dei fondi pubblici.

I limiti derivanti dalla vincolatività dei principi contenuti nel Trattato ha pertanto spinto il legislatore comunitario ad adottare, attraverso l'emanazione di direttive, regole comuni per la partecipazione agli appalti pubblici.

Le direttive comunitarie si pongono l'obiettivo di assicurare i principi del Trattato istitutivo in tema di libera circolazione delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali e, conseguentemente, l'obiettivo di garantire l'instaurazione di un mercato comune nel quale la concorrenza non sia falsata e gli interessi degli operatori economici siano effettivamente protetti. A tale obiettivo si riferiscono i considerando delle direttive nonché la giurisprudenza della Corte di Giustizia la quale ha sempre affermato che «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»¹⁴. La stessa Corte ha precisato che le direttive concernenti gli appalti pubblici si pongono l'obiettivo «di escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nelle attribuzioni di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti locali, o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche»¹⁵.



Il legislatore comunitario, a partire dagli anni settanta, ha quindi adottato un corpus normativo (dapprima nelle c.d. direttive di prima generazione¹⁶) volte a regolamentare le procedure di aggiudicazione

¹⁴ Cfr. Corte di Giustizia, sez. V, 27 febbraio 2003, causa C-373/00, *Adolf Truley GmbH c/ Bestattung Wien GmbH*, p.to 41; Corte Plen., 10 novembre 1998, causa C-360/96, *Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden v BFI Holding BV*, p.to 41.

¹⁵ Cfr. Corte di Giustizia, sez. V, 23 maggio 2003, causa C-18/01, p.to 52; 3 ottobre 2000, causa C-380/98, p.to 17.

¹⁶ Le direttive degli anni settanta, tra le quali la Direttiva 66/683/CE del 7 novembre 1966, la Direttiva 70/327/CE del 17 dicembre 1969 sugli appalti di forniture, la Direttiva 71/305/CE del 26 luglio 1971 relativa agli appalti di lavori, le Direttive 77/62/CE del 21 dicembre 1976 e la 80/765/CE, relativa agli appalti di forniture, comunemente conosciute come "direttive di prima generazione", contenevano disposizioni dirette a rimuovere le discriminazioni e a favorire l'apertura del commercio tra gli Stati Membri, in particolare prescrivendo il rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità delle gare che garantissero alle imprese l'accesso alle commesse pubbliche a prescindere dalla loro nazionalità.

¹⁷ Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario, pubblicata in G.U. C n. L 21 del 29 aprile 2000

degli appalti pubblici di lavori, di servizi, di forniture e nei c.d. settori esclusi.

La Commissione Europea tuttavia, già dai primi anni ottanta, ha rilevato che la concreta applicazione delle predette direttive aveva presentato insufficienze legate, per lo più, ai ritardi e alle inadempienze degli Stati membri nel recepimento delle stesse. Erano state soprattutto evidenziate frequenti elusioni agli obblighi di pubblicità, l'eccessivo ricorso a procedure di aggiudicazione non concorrenziali oltre le ipotesi specificamente identificate dalle direttive, l'uso a fini protezionistici degli standard tecnici nazionali e l'arbitrarietà e discriminatorietà dei criteri di selezione delle imprese e di aggiudicazione degli appalti.

Nel *Libro bianco sul completamento del mercato interno*¹⁷, presentato al Consiglio nel giugno del 1985, prendendo atto delle predette criticità e dei limiti risultanti dall'applicazione delle direttive, la Commissione ha evidenziato la necessità di procedere alla revisione delle direttive per consentire un rafforzamento delle iniziative comunitarie nel settore degli appalti. Sono nate così le c.d. "Direttive appalti di seconda generazione" e cioè la direttiva 88/295/CEE e la Direttiva 93/36/CEE per il settore delle forniture, la direttiva 92/50/CEE del 18 giugno del 1992 per il settore dei servizi, la direttiva 89/440/CE e la direttiva 93/37/CEE per il settore dei lavori, la direttiva 90/531/CE e la direttiva 93/38/CEE per i c.d. settori speciali, la direttiva 89/665/CE del 21 dicembre 1989 e la direttiva 92/13/CE del 25 febbraio 1992 sui ricorsi. Le predette direttive hanno delineato un sistema normativo completo degli appalti pubblici in tutte le loro forme ed in tutti i settori¹⁸.

¹⁷ Libro Bianco COM (85) 310, *Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council*.

¹⁸ Si consideri inoltre che lo sviluppo dell'ordinamento comunitario, medio tempore evolutosi tra gli anni ottanta e gli anni novanta, ha registrato una profonda trasformazione dei rapporti tra norme comunitarie e norme interne ai singoli Stati con una sempre maggior riconosciuta supremazia delle prime sulle seconde. Sintomo di tale supremazia, il c.d. detto carattere *self executing* riconosciuto alle direttive di contenuto preciso e dettagliato, per il quale, allo scadere del termine previsto per il recepimento della direttiva nell'ambito del diritto nazionale, uno Stato membro non può eccepire tale mancato recepimento per opporsi all'applicazione delle disposizioni

A partire dal 1996, la Commissione ha avviato un esame dei risultati sullo stato di recepimento delle direttive sugli appalti nei diversi Stati membri¹⁹.

Nel *Libro verde sugli appalti pubblici*²⁰ del 1996, la Commissione ha evidenziato che l'attuazione delle direttive era avvenuta – per la maggior parte degli Stati – in maniera parziale ed incompleta, ed inoltre che l'attuazione delle medesime direttive non aveva avuto quel positivo impatto economico sul mercato che ci si attendeva.

La Commissione ha individuato, quindi, quali strumenti per garantire una piena ed effettiva concorrenza, la valorizzazione dell'informazione, della formazione, nonché dell'uso di procedure di aggiudicazione informatizzate per migliorare ed ampliare, quanto più possibile, l'accesso alle gare pubbliche evidenziando la necessità di conciliare la corretta applicazione del diritto degli appalti pubblici con l'attuazione delle altre politiche comunitarie, segnatamente quelle riguardanti le piccole e medie imprese (PMI), le reti trans-europee (RTE), la normalizzazione, il Fondo di coesione ed i Fondi strutturali, gli appalti aggiudicati dalle istituzioni europee o finanziati da fondi comunitari, il settore sociale, l'ambiente, la politica dei consumatori e, infine, l'accesso agli appalti pubblici di altri Paesi.

L'11 marzo 1998 con la Comunicazione *Gli appalti pubblici nell'Unione Europea*²¹, la Commissione si è impegnata a presentare due proposte di modifica delle direttive sugli appalti: relativamente alle tre distinte direttive vigenti nei settori tradizionali, l'impegno mirava alla formulazione di un testo che riunisse le predette tre direttive in

comunitarie atte a produrre effetti diretti. Il carattere auto-applicativo pacificamente riconosciuto alle citate direttive, ha dato incisività alle azioni comunitarie colmando in tal modo le lacune che le "Direttive di prima generazione" avevano mostrato.

¹⁹ A tal fine la Commissione utilizza, di norma, il Libro bianco ed il Libro verde. I Libri Bianchi sono, come noto, documenti che contengono proposte di azione comunitaria in un settore specifico. Talvolta fanno seguito a un libro verde pubblicato per promuovere una consultazione a livello europeo. Mentre i libri verdi espongono una gamma di idee ai fini di un dibattito pubblico, i libri bianchi contengono una raccolta ufficiale di proposte in settori politici specifici e costituiscono lo strumento per la loro realizzazione.

²⁰ Libro Verde COM (96) 583, *Public Procurement in the European Union – Exploring the way forward*, presentato a Bruxelles il 27.11.1996.

²¹ Libro Bianco COM (98) 143, *Public Procurement in the European Union*, presentato a Bruxelles il 11.03.1998.

un'unica "Direttiva unificata", limitando l'intervento legislativo alle modifiche occorrenti a superare aspetti controversi o ad eliminare eventuali incongruenze (definizione di organismo di diritto pubblico, di opera, di diritti speciali ed esclusivi, di amministrazione aggiudicatrice, delimitazione degli appalti di lavori rispetto a quelli di servizi, disciplina degli appalti *in house*, del "dialogo tecnico" tra amministrazioni aggiudicatrici e potenziali offerenti, metodi di determinazione degli appalti sopra o sotto soglia, distinzione tra criteri di selezione e criteri di aggiudicazione, identificazione delle "offerte anormalmente basse", definizione del concetto di offerte "irregolari", "inaccettabili" e "non idonee", casi di ricorso alle "varianti"); relativamente alle Direttive sui settori speciali, l'intervento legislativo mirava, non soltanto, a semplificare le procedure ed a velocizzare gli affidamenti, ma anche a ridefinire il campo di applicazione della direttiva 93/38/CEE in considerazione dei processi di liberalizzazione di determinati mercati, con conseguente apertura alla concorrenza dei mercati liberalizzati, facendo venir meno, in tal modo, la necessità di assoggettare ai vincoli delle procedure di gara gli enti che operano in tali mercati.

L'obiettivo sostanziale della Commissione è stato, tuttavia, quello di istituire procedure più flessibili, quali la procedura di dialogo competitivo e gli accordi quadro, regolamentare fenomeni come le concessioni o i contratti analoghi e altre forme di partenariato tra settore pubblico e privato e, inoltre, prevedere procedure di aggiudicazione per via esclusivamente elettronica.

Dai predetti impegni assunti dalla Commissione sono nate le citate nuove direttive: la c.d. *Direttiva settori classici*²² (Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi) e la c.d. *Direttiva settori speciali*²³ (Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto

²² Pubblicata in G.U. n. 134 del 30 aprile 2004

²³ Pubblicata in G.U. n. 134 del 30 aprile 2004

degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali)²⁴.

4. Il principio generale dell'evidenza pubblica nell'affidamento degli appalti

La pubblica amministrazione persegue in via generale gli interessi pubblici che l'ordinamento le affida mediante un'attività di carattere discrezionale ed autoritativa che si sostanzia nell'adozione di provvedimenti amministrativi. L'amministrazione agisce in qualità di soggetto dotato di supremazia rispetto ai consociati e le decisioni dell'amministrazione, di regola unilaterali ed autoritative, sono rispettate dagli stessi consociati proprio perché giustificate dal perseguimento di interessi generali e assistite da una presunzione di legittimità.

Nell'ordinamento italiano, l'art. 97 della Costituzione prescrive che i pubblici uffici sono organizzati secondo le disposizioni di legge in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. L'azione amministrativa deve dunque svolgersi secondo i criteri di efficacia ed economicità.

²⁴ Le novità più rilevanti contenute nelle nuove direttive, devono rinvenirsi nella definizione del c.d. dialogo competitivo e dell'accordo quadro accanto alle tradizionali procedure di gara (aperta, ristretta e negoziata) e delle nuove tecniche di acquisto elettroniche. Il dialogo competitivo, in particolare, è diretto a coinvolgere, in determinati settori tecnologicamente complessi, le imprese interessate nella stesura del capitolato tecnico di gara, al fine di consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di determinare, con maggior precisione, le condizioni dell'appalto e di conoscere le soluzioni di tipo tecnico e finanziario che il mercato offre. L'accordo quadro, invece, mira ad accorpare, quanto più possibile, gli acquisti ripetitivi ed omogenei delle amministrazioni, consentendo risparmi di spesa per la riduzione del numero di gare, nonché maggiore speditezza nell'acquisto dei beni. La nuova Direttiva settori classici ha introdotto, inoltre, la figura della "centrale di committenza", organismo che ha il fine di centralizzare gli acquisti di più amministrazioni in capo ad un unico soggetto. Nella creazione di questa figura il legislatore tra i quali si annovera l'Italia che, con la legge n. 488 del 1999, aveva già introdotto nel proprio ordinamento la possibilità che l'amministrazione centrale dello Stato stipulasse convenzioni con le quali l'impresa prescelta mediante una delle procedure di affidamento ordinario, si impegna ad accettare ordinativi di fornitura deliberati dalle amministrazioni dello Stato, entro la quantità massima stabilita dalla convenzione, ai prezzi e alle condizioni nella stessa previsti. L'utilizzo della "centrale di committenza" mira a soddisfare le esigenze di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica per l'approvvigionamento di beni, servizi e forniture, avanzate dalle amministrazioni aggiudicatrici tradizionali.

In via eccezionale, l'amministrazione può raggiungere gli interessi pubblici mediante un'attività negoziale e ciò nelle ipotesi in cui l'ordinario espletamento dell'attività provvedimentale non consenta di perseguire le finalità assegnate nel rispetto dei predetti criteri di efficienza, economicità ed efficacia. In questa ipotesi l'amministrazione utilizza lo strumento del contratto, attraverso un'attività consensuale che la pone su un piano di parità con i privati. La speciale posizione dell'amministrazione quale contraente impone, tuttavia, il rispetto di regole particolari nonostante - come detto - l'amministrazione si ponga in una posizione di parità rispetto agli altri soggetti contraenti.

In altre parole, anche l'attività negoziale della pubblica amministrazione deve rispettare il principio del buon andamento di modo che sia garantita la "regolarità contrattuale"²⁵ e cioè l'economicità e l'efficienza dei contratti posti in essere dalla PA stessa di modo da realizzare un rapporto ottimale tra prezzo e qualità dei beni acquistandi o alienandi e tra costi e benefici dei servizi che si intendono commissionare. E' necessario garantire, quindi, l'imparzialità dell'amministrazione anche nello svolgimento dell'attività negoziale in modo da evitare il più possibile arbitri e ingiustificate preferenze che possano incidere sul perseguimento degli interessi pubblici.

Focus 3

La pubblica amministrazione persegue in via generale gli interessi pubblici che l'ordinamento le affida mediante un'attività di carattere discrezionale ed autoritativa che si sostanzia nell'adozione di provvedimenti amministrativi.

Nelle ipotesi in cui l'ordinario espletamento dell'attività provvedimentale non consenta di perseguire le finalità assegnate nel rispetto dei criteri di efficienza, economicità ed efficacia, l'amministrazione può perseguire, in via eccezionale, degli interessi pubblici mediante un'attività negoziale.

²⁵ GIARDINETTA N., *Procedimenti di acquisizione di beni e servizi: l'evidenza pubblica*, in

L'esigenza di garantire l'imparzialità dell'amministrazione, di evitare abusi da parte dei fornitori dello Stato e l'esigenza di sottoporre a controllo le ragioni che inducono l'amministrazione a scegliere l'attività negoziale in luogo di quella provvedimentale, è stata sempre sentita dal legislatore che già con la Legge di contabilità di Stato n. 2240 del 1923 e nel relativo Regolamento n. 827 del 1924, ha dettato una specifica disciplina per la regolamentazione dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione.

Si tratta della cosiddetta procedura dell'evidenza pubblica.

Esistono in verità numerose altre norme che, disciplinando settori specifici, introducono regole particolari. Di conseguenza, le linee fondamentali della procedura dell'evidenza pubblica derivano dai risultati di una costante opera di interpretazione della dottrina e della giurisprudenza la quale ha elaborato un modello unitario di procedimento²⁶. E' opportuno ricordare che la procedura di evidenza pubblica non disciplina la stipulazione di qualsiasi contratto dello Stato: i contratti degli enti pubblici economici, infatti, sono stipulati nel rispetto delle regole del diritto privato salvo che norme di carattere organizzativo dell'ente stesso, non prevedano deroghe specifiche, che andranno inserite espressamente nei contratti al fine di divenire efficaci nei confronti dei privati contraenti.

Focus 4

Il principio di evidenza pubblica rappresenta il perno centrale intorno al quale possa giustificarsi l' ricorso al libero mercato per il soddisfacimento degli interessi pubblici. Le ipotesi in cui tale principio può trovare una deroga sono tassativamente indicate sia dalle norme comunitarie che da quelle nazionali di recepimento in quanto, al di fuori dell'esistenza di una deroga, non è possibile, se non garantendo che l'attività negoziale privata, posta in essere dall'amministrazione, persegua nel concreto gli interessi pubblici.

²⁶ *Ibidem*, p.3.

4.1. La procedura dell'evidenza pubblica

Il procedimento dell'evidenza pubblica consta solitamente di quattro fasi che si susseguono temporalmente l'una all'altra: la fase preparatoria, la fase conclusiva, quella di approvazione ed, infine, la fase esecutiva.

Tab. 4. Le fasi della procedura di evidenza pubblica

Fase	Contenuto
Preparatoria	L'amministrazione sceglie di ricorrere all'attività negoziale per il raggiungimento dei suoi fini.
Conclusiva	L'amministrazione si rivolge ai privati contraenti attraverso il sistema di selezione individuato nella deliberazione. Le tradizionali procedure di aggiudicazione sono la procedura aperta, quella ristretta e quella negoziata.
Approvazione	L'amministrazione verifica che l'aggiudicatario sia in possesso di tutti i requisiti prescritti per la partecipazione alla gara e che non sussistano cause di esclusione.
Esecutiva	I contratti vengono approvati mediante adozione di un apposito decreto e registrati dalla Corte dei Conti.

Nella fase preparatoria l'amministrazione sceglie di ricorrere all'attività negoziale per il raggiungimento dei suoi fini.

L'amministrazione individua, attraverso un'indagine di mercato, il bene o il servizio che si intende aggiudicare e che risponda in pieno alle esigenze dell'amministrazione stessa. Attraverso questa attività di indagine l'amministrazione acquisisce tutti quegli elementi che successivamente utilizzerà al fine di determinare le condizioni del contratto e che saranno al contempo necessari a supportare la scelta di contrattare suggellata in una apposita deliberazione e che segna l'inizio della procedura. In tale deliberazione l'amministrazione dà conto delle esigenze obiettive che giustificano il ricorso all'attività negoziale ed individua il metodo di scelta che intende utilizzare al fine di individuare

il soggetto contraente (asta pubblica, licitazione privata, appalto concorso, trattativa privata), specificando al contempo le ragioni per le quali ha ritenuto di scegliere un metodo piuttosto che un altro. La deliberazione di contrattare ha natura di provvedimento amministrativo a rilevanza interna, in quanto privo di effetti verso i terzi e di valenza negoziale che possa far nascere situazioni giuridiche tutelabili in capo ai privati.

Nella fase conclusiva l'amministrazione si rivolge ai privati contraenti attraverso il sistema di selezione individuato nella deliberazione al fine di porre in essere un contratto alle condizioni più vantaggiose e di individuare il soggetto che offra le migliori garanzie.

Le tradizionali procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, sono la procedura aperta, quella ristretta e quella negoziata.

La procedura aperta consente a qualsiasi operatore economico interessato all'aggiudicazione dell'appalto, di presentare la propria offerta.

La procedura ristretta, che corrisponde alla licitazione privata e all'appalto concorso, è quella per cui ogni operatore economico può chiedere di partecipare alla gara, ma possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dall'ente aggiudicatore. Tale procedura prevede, quindi, una fase di pre - qualifica che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di esaminare le domande e di scegliere le imprese da invitare alla presentazione di un'offerta.

La procedura negoziata è, invece, la procedura in cui le amministrazioni aggiudicatrici consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto. Questa procedura si caratterizza per l'estrema libertà di forme, in quanto le amministrazioni appaltanti sono libere di consultare le imprese che ritengono più idonee a soddisfare le proprie esigenze in base a giudizi di mera opportunità e convenienza, nonché a negoziare i termini del contratto con una o più di esse.

Tav. 5. Le procedure di scelta del contraente

Procedura	Contenuto
Aperta	Consente a qualsiasi operatore economico interessato all'aggiudicazione dell'appalto, di presentare la propria offerta.
Ristretta	Ogni operatore economico può chiedere di partecipare alla gara ma possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dall'ente aggiudicatore. E' prevista una fase di pre qualifica che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di esaminare le domande di qualificazione e di scegliere le imprese da invitare alla presentazione di un'offerta.
Negoziata	Le amministrazioni aggiudicatrici consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto.

Nella fase dell'approvazione, l'amministrazione verifica che l'aggiudicatario sia in possesso di tutti i requisiti prescritti per la partecipazione alla gara e che non sussistano cause di esclusione. Se l'accertamento ha esito positivo, segue l'approvazione definitiva e la stipulazione del contratto. Tutti i contratti devono essere stipulati per iscritto a pena di nullità.

Nella fase esecutiva i contratti vengono approvati mediante adozione di un apposito decreto, registrati dalla Corte dei Conti ove prescritto, e successivamente sono esecutivi. Nel capitolato speciale sono indicate le condizioni da seguire per l'esecuzione del contratto. In questa fase avviene pure il collaudo diretto ad accertare la funzionalità e la conformità dei beni acquistati nonché la verifica della qualità delle prestazioni fornite dall'aggiudicatario. Il collaudo deve essere svolto, secondo quanto previsto dal Regolamento di contabilità di Stato (artt. 121 e 122), per tutti i servizi e tutti i beni resi ad una pubblica amministrazione. Solitamente soltanto dopo che la prestazione è stata completata, in ogni caso successivamente alla presentazione della fattura e all'espletamento del collaudo, può essere effettuato il pagamento.

In definitiva, se è necessario rispettare la rigorosa procedura prescritta dalla legge per lo svolgimento corretto ed imparziale dell'attività negoziale della pubblica amministrazione, è d'altro canto necessario che l'azione amministrativa, anche in campo negoziale, sia conformata alle esigenze di celerità, di economicità e di efficienza.

Il principio di evidenza pubblica rappresenta il perno centrale intorno al quale può giustificarsi il ricorso al libero mercato per il soddisfacimento degli interessi pubblici. Questa è la *ratio* per la quale le ipotesi in cui tale principio può trovare una deroga sono tassativamente indicate sia dalle norme comunitarie che da quelle nazionali di recepimento in quanto, al di fuori delle stesse, non è possibile, in tesi, garantire che l'attività negoziale privata, posta in essere dall'amministrazione, persegua nel concreto gli interessi pubblici.

5. La direttiva 92/50/CEE e le deroghe al principio dell'evidenza pubblica

Gli appalti pubblici di servizi sono definiti dall'art. 1 della direttiva 92/50/CE come «contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed una amministrazione aggiudicatrice» secondo una formula residuale: sono cioè quegli appalti diversi dagli appalti pubblici di lavoro e di forniture aventi ad oggetto la prestazione dei servizi indicati nell'Allegato II alla medesima direttiva²⁷.

Il medesimo articolo dispone che sono amministrazioni aggiudicatrici «lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti o organismi di diritto pubblico».

²⁷ La nuova Direttiva settori classici conferma le citate disposizioni della Direttiva 92/50 in tema di appalti di servizi fornendo due tabelle (Allegato 2A e 2B), già peraltro previste nella direttiva 92/50, in cui sono elencate le diverse prestazioni di servizio oggetto di disciplina con l'indicazione anche degli appalti che, invece, ne sono esclusi.

La lettera b) dispone che per organismo di diritto pubblico si intende «qualsiasi organismo istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, 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»²⁸.

La lettera c) del medesimo art. 1 definisce poi prestatori di servizi «le persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici, che forniscono servizi».

L'ottavo «considerando» della direttiva citata dispone che «la prestazione di servizi è disciplinata dalla presente direttiva soltanto quando si fonda su contratto d'appalto; che la prestazione di servizi su altra base, quali leggi, regolamenti, contratti di lavoro, esula dal campo d'applicazione della presente direttiva».

Dalla ricostruzione normativa emerge con certezza che le norme in materia di appalti pubblici di servizi contenute nella direttiva si applicano, dal punto di vista oggettivo, nelle ipotesi in cui l'amministrazione pubblica acquisti servizi attraverso la stipulazione in forma scritta di un atto sinallagmatico a carattere oneroso.

Dal punto di vista soggettivo l'applicabilità di dette norme dipende dalla delimitazione dei soggetti che sono tenuti all'applicabilità delle stesse. In altre parole, l'applicabilità delle norme citate scaturisce dalla esatta individuazione degli enti tenuti in concreto ad osservare la normativa in esse contenuta.

In casi eccezionali, si può derogare all'applicazione delle norme contenute nelle direttive e nei principi del Trattato:

- quando l'amministrazione affidi l'appalto pubblico di servizi ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione ai sensi dell'articolo 1, lettera 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;
- quando l'amministrazione non stipula un contratto di appalto sinallagmatico a titolo oneroso, ma affida lo svolgimento di un servizio ad un ente che si trovi, rispetto ad essa, in rapporto di delegazione interorganica.

La prima delle ipotesi delineate configura la deroga contenuta nell'art. 6 della direttiva 92/50/CEE, la seconda il c.d. affidamento *in house*²⁹.

Tav. 6: Ambito di applicazione della direttiva 92/50/CEE

Amministrazioni aggiudicatrici	Art.1, lett. b) Dir. 92/50	Lo stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti o organismi di diritto pubblico.
Organismi di diritto pubblico	Art.1, lett. b) Dir. 92/50	Istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale; avente personalità giuridica; 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

²⁹ Si rinvia alla parte II.

²⁸ 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.

organismi di diritto pubblico.

Prestatori di servizi	di	Art.1, lett. c) Dir. 92/50	Persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici, che forniscono servizi.
------------------------------	-----------	-------------------------------	--

Ambito oggettivo

Appalti pubblici di servizi	Art.1 Dir. 92/50	Contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice.
------------------------------------	----------------------------	--

6. La deroga contenuta nell'art. 6 della direttiva 92/50/CEE

L'art. 6 della direttiva 92/50/CEE dispone che le norme della stessa direttiva non si applicano *agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione ai sensi dell'articolo 1, lettera 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*³⁰. E' determinante quindi l'individuazione dei soggetti che possono definirsi "amministrazioni" ai sensi dell'art. 1, lett. b) cui rinvia l'art. 6, in quanto maggiore sarà il numero di tali soggetti, più estesa sarà l'applicazione della deroga ex art. 6.

L'art. 1, lett. b), della direttiva, come già riferito, definisce:

- «amministrazioni aggiudicatrici» lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico;

³⁰ Oggi, tale norma risulta trasfusa nell'art. 18 della nuova Direttiva settori classici, rubricato "Appalti di servizi aggiudicati sulla base di un diritto esclusivo", il quale dispone che le norme della stessa direttiva non si applicano "agli appalti pubblici di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice a un'altra amministrazione aggiudicatrice o a un'associazione di amministrazioni aggiudicatrici in base a un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il Trattato". La nuova Direttiva ha di fatto mantenuto immutata la nozione di amministrazione aggiudicatrice tracciata dalla direttiva 92/50.

- «organismi di diritto pubblico» qualsiasi organismo istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, 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.

6.1. Amministrazioni aggiudicatrici

Nelle direttive europee di prima generazione, di cui si è fatto cenno *supra*, l'espressione amministrazione aggiudicatrice aveva carattere meramente indicativo e comprendeva lo Stato, gli enti pubblici territoriali e le persone giuridiche di diritto pubblico, o, per gli Stati che non conoscevano tale ultima figura, "gli enti equivalenti".

La giurisprudenza comunitaria ha fornito un'interpretazione di carattere funzionale di tale ultima espressione, definendo ente equivalente "ogni ente creato dallo Stato, che svolgeva funzioni attribuite per legge e su cui lo Stato esercitava, in varie forme, il proprio controllo", doveva considerarsi parte dello Stato medesimo, e dunque amministrazione aggiudicatrice³¹.

In dottrina, però,³² si è ben presto evidenziato che il concetto di ente equivalente si era prestato, in sede applicativa, a numerose elusioni alle disposizioni contenute nella direttiva, con riferimento a tutti quei soggetti "di natura ibrida" esistenti in tutti gli Stati.

³¹ Corte di Giustizia, 20 settembre 1988, causa C-31/87; 17 dicembre 1998, causa C-353/96.

³² Tra gli altri: SANTORO P., *Manuale dei contratti pubblici*, IV edizione, 2002, Maggioli, p. 495 e ss.

Le direttive di seconda generazione hanno rielaborato la nozione di amministrazione aggiudicatrice sulla base di un criterio più ampio, e il riferimento alle persone giuridiche di diritto pubblico è stato sostituito con l'espressione «organismi di diritto pubblico», di cui si determinavano anche gli indici di riconoscimento.

6.2. Organismo di diritto pubblico

L'allegato II della direttiva 92/50/CEE contiene un elenco degli organismi di diritto pubblico che non presenta, però, «*assolutamente un carattere esaustivo*»³³. L'interpretazione della definizione di «organismo di diritto pubblico»³⁴ si è dimostrata particolarmente complessa e a questo proposito assume rilievo preminente la giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha contribuito con diverse pronunce ad una puntuale individuazione del novero e delle categorie dei soggetti tenuti ad osservare le disposizioni della direttiva stessa. Sotto questo profilo non pare superfluo ricordare che secondo la stessa Corte, l'interpretazione della nozione di organismo di diritto pubblico fornita dal giudice comunitario è vincolante per le autorità degli Stati membri perché ha portata integrativa della definizione contenuta nella direttiva e ne determina in definitiva l'ampiezza ed il contenuto³⁵.

Si tratta di una categoria trasversale rispetto alle categorie pubblico-privato degli ordinamenti nazionali³⁶.

³³ Corte di Giustizia, sez. V, causa C-370, cit., p. 39; Cause riunite C-223/99 e C-260/99, p. 30.

³⁴ Sulla quale CAPUTI V., JAMBERLINGHI A., *L'organismo di diritto pubblico*, in *Diritto amministrativo*, 2000, p. 13 e ss.; CASSESE 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, p. 181 e ss.; CHITI 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, p. 7 e ss.; SCOCA F.G., *Gli organismi di diritto pubblico del diritto comunitario*, in *Mazzaculi L. (a cura di), Diritto amministrativo I*, Bologna, 2001, p. 524 e ss.

³⁵ Corte di Giustizia, causa C-373/00, cit., p. 35 e 36; *amplius* BIAVATI P., CARPI F., *Diritto processuale comunitario*, Milano, 2000, 424 e ss.; CHITI M. P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999, 432 e ss.; PICCOZZA E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, p. 56 e ss.; *JAMBERLINGHI C., Istituzioni di diritto dell'unione europea*, Torino, 1995, p. 317 e ss.

³⁶ *ROSSI G., Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, 2000, p. 29 e ss.

Nella nozione di organismo di diritto pubblico, infatti, vengono ricondotti soggetti che, indipendentemente dalla loro veste giuridica, pubblica o privata, rispondano contemporaneamente alle seguenti tre condizioni:

- che siano stati istituiti per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale;
- che abbiano personalità giuridica;
- la cui attività sia 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.

La Corte di Giustizia, nella sentenza 23 maggio 2003, in causa C-18/01, ha fornito importanti elementi al fine di dare un'interpretazione alla definizione normativa di organismo di diritto pubblico ed al contempo ha fornito un criterio metodologico da seguire per accertare se, in concreto, un determinato soggetto è suscettibile o meno di rientrare nella predetta definizione³⁷.

La Corte ha chiarito che ai fini della verifica del carattere di organismo di diritto pubblico, occorre effettuare due operazioni interpretative tra loro distinte e la seconda logicamente successiva alla prima: anzitutto è necessario accertare se un determinato soggetto – avente personalità giuridica e che si trovi in condizioni di stretta dipendenza rispetto ad un'amministrazione pubblica o ad altro organismo di diritto pubblico – svolge attività diretta a soddisfare bisogni di interesse generale.

³⁷ COLOMBARI S., *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, n. 10, p. 1139 e ss.

In secondo luogo, ove tale preliminare accertamento fornisca esito positivo, è necessario altresì determinare se i bisogni di interesse generale abbiano o meno carattere industriale o commerciale³⁸.

Focus 5

Per la verifica del carattere di **organismo di diritto pubblico** occorre accertare:

- se un determinato soggetto – avente personalità giuridica e che si trovi in condizioni di stretta dipendenza rispetto ad un'amministrazione pubblica o ad altro organismo di diritto pubblico – svolge attività diretta a soddisfare bisogni di interesse generale;
- se i bisogni di interesse generale abbiano o meno carattere industriale o commerciale.

Il criterio metodologico indicato dal giudice europeo al fine di verificare se un determinato soggetto possa o meno qualificarsi come organismo di diritto pubblico, dovrà essere applicato dagli organi giurisdizionali dei singoli Stati membri considerata la già citata portata integrativa delle decisioni della Corte di Giustizia rispetto alla interpretazione del diritto comunitario da essa fornita³⁹.

³⁸ Corte di Giustizia, sentenza 23 maggio 2003, causa C-18/01, p. to 40.

³⁹ Non in linea con quanto affermato, la ricostruzione della nozione di organismo di diritto pubblico operata dal Consiglio di Stato, che nella sentenza n. 4711/2002, ha ritenuto che per "bisogno non industriale e commerciale non si intende la non imprenditorialità della gestione, ma la funzionalità della gestione per il soddisfacimento di bisogni generali della collettività". La statuizione del Consiglio di Stato non considera, come invece pretende il giudice comunitario, che nell'ambito della definizione normativa di organismo di diritto pubblico, il carattere non industriale o commerciale è elemento di specificazione del bisogno di interesse generale, da valutarsi autonomamente rispetto a quest'ultimo. In altre parole, l'espressione "bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale" non è un'endiadi, ma una locuzione composta di due elementi (e cioè i bisogni di interesse generale che possono avere o meno rilievo industriale o commerciale), tra loro distinti, la cui contemporanea sussistenza, al fine della qualificazione di un soggetto quale organismo di diritto pubblico, va singolarmente accertata in relazione a ciascun caso di specie. Al contrario, il Consiglio di Stato qualifica organismo di diritto pubblico una persona giuridica controllata dallo Stato (ENEL) per il solo fatto che essa svolge attività di interesse generale, ritenendo che l'interesse generale dell'attività attribuisca automaticamente ad essa altresì carattere non industriale o commerciale. Inoltre, mentre il giudice nazionale afferma che "per bisogno non industriale e commerciale non si intende la non imprenditorialità della gestione", il giudice europeo espressamente ricollega la qualificazione di un bisogno di interesse generale come non industriale o commerciale proprio allo svolgimento dell'attività diretta a soddisfare tale bisogno con metodo economico o meno.

6.2.1. La nozione di bisogni di interesse generale

Tale nozione, di cui all'art. 1, lett. b) della direttiva 92/50/CEE è nozione autonoma del diritto comunitario che deve essere interpretata tenendo conto del contesto in cui si inserisce e degli scopi perseguiti dalla direttiva.

La Corte di Giustizia ha affermato che l'art. 1 lett. b) deve essere interpretato nel senso che il legislatore ha operato una distinzione tra i bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, da un lato, e bisogni di interesse generale aventi carattere industriale o commerciale, dall'altro. Il carattere non industriale commerciale costituisce, secondo la Corte, un criterio diretto a precisare la nozione di bisogno di interesse generale in quanto «l'unica interpretazione che possa garantire l'effetto utile dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 92/50/CEE è quella di ritenere che tale disposizione abbia istituito, nell'ambito della categoria dei bisogni di interesse generale, una loro sottocategoria comprendente quelle di carattere non industriale o commerciale. Infatti se il legislatore comunitario avesse ritenuto che tutti i bisogni di interesse generale rivestissero carattere non industriale o commerciale, non l'avrebbe specificato, poiché in tale prospettiva, questo secondo elemento della definizione non presenterebbe alcuna utilità»⁴⁰.

Con la decisione 22 maggio 2003, causa C-18/01, la Corte ha affermato che qualsiasi attività svolta da un soggetto strettamente dipendente da un'amministrazione (nel caso di specie un Comune), il quale operi nell'interesse di tale amministrazione, soddisfa bisogni di interesse generale, nel senso che l'attività da esso effettuata produce

⁴⁰ Corte di Giustizia, sentenza 10 novembre 1998, causa C-360/96, cit., p. ti 31-35.

effetti favorevoli per l'amministrazione ovvero per la collettività di cui quest'ultima è ente esponenziale⁴¹.

Ai fini della definizione normativa di organismi di diritto pubblico, conseguentemente, deve ritenersi che integri un'attività soddisfacente bisogni di interesse generale, non solo quella posta in essere da un soggetto strumentale dell'amministrazione, diretta a soddisfare immediatamente bisogni attinenti alla cura dell'interesse pubblico cui quest'ultima è preposta, ma altresì l'attività limitata alla creazione delle condizioni che consentiranno la soddisfazione dei bisogni di interesse generale da parte di soggetti terzi i quali, peraltro, opereranno secondo comune logica imprenditoriale⁴².

Nella medesima sentenza la Corte afferma altresì che *"non è possibile determinare l'esistenza di un interesse generale sulla base del numero degli utenti diretti di una attività o servizio"*, perché ciò che è determinante è l'obiettivo finale, e non immediato, dell'attività che deve consistere nella cura di un interesse pubblico.

La nozione di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale non esclude bisogni che siano o possano essere parimenti soddisfatti da imprese private. La Corte, infatti, chiamata a pronunciarsi sul quesito se la nozione di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale escluda quei bisogni che siano soddisfatti da imprese private, ha affermato che l'art. 1, lett. b) fa riferimento unicamente ai bisogni che l'organismo deve

⁴¹ Il caso risolto dalla Corte interessava una società partecipata in via totalitaria da un comune la cui attività era diretta all'acquisizione di servizi di pianificazione e di costruzione nell'ambito di un progetto immobiliare preordinato alla creazione di un polo tecnologico voluto dall'ente locale nel proprio territorio in base alla considerazione che una tale società *"non agisce solamente nell'interesse particolare delle imprese direttamente interessate dal tale progetto, ma parimenti nell'interesse del comune (...)"* dato che *"l'insediamento di imprese nel territorio di un comune produce spesso effetti favorevoli per tale comune in termini di creazione di posti di lavoro, di aumento del gettito fiscale, nonché di miglioramento dell'offerta e della domanda di beni e servizi"* (p.ti 44 e 45).

⁴² La giurisprudenza italiana, in linea con quella comunitaria, ha considerato 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. Cfr. App. Bologna, decr. 19 luglio 1997, n. 145, in Rass. Giur. En. Elettr., 1998, p. 526 e ss, con nota di COLOMBARI S., *La gestione dei servizi pubblici a mezzo di società partecipate dall'ente locale: situazione attuale e prospettive*.

soddisfare e non opera alcun riferimento alla circostanza che tali bisogni possano essere o meno soddisfatti da imprese private.

La circostanza che l'organismo agisca in situazioni di concorrenza sul mercato può costituire un indizio a sostegno del fatto che non si tratti di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale. Tali ultimi bisogni sono di regola soddisfatti, invero, in modo diverso dall'offerta di beni o servizi sul mercato. Si tratta in generale di bisogni al cui soddisfacimento lo Stato preferisce provvedere direttamente per motivi connessi all'interesse e generale o con riguardo ai quali intende mantenere un'influenza determinante.

Inoltre, evidenzia la Corte, che il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera prestazione dei servizi ed a proteggere, in definitiva, 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. L'obiettivo della direttiva 92/50/CEE, in sostanza, è di escludere che nelle attribuzioni degli appalti venga data la preferenza alle imprese offerenti o ai candidati nazionali⁴³.

Il fatto che esista una concorrenza, pertanto, non è sufficiente ad escludere la possibilità che un ente finanziato o controllato dalla Stato si lasci guidare da considerazioni non economiche, ad esempio perseguendo determinate politiche di acquisti dell'ente da cui dipenda strettamente pur subendo perdite economiche. Al contempo la condizione che non vi siano imprese che possano provvedere a soddisfare i bisogni per i quali l'ente di cui trattasi è stato creato, rischierebbe di svuotare di sostanza la nozione di organismo di diritto pubblico.

La Corte, chiamata a pronunciarsi sul quesito se la condizione secondo cui un organismo deve essere stato istituito al fine di

⁴³ In senso conforme la sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria, cit. p.to 33.

soddisfare bisogni di interesse generale implichi che l'attività di tale organismo debba avere ad oggetto, in larga misura, il soddisfacimento dei bisogni medesimi, ha affermato che è irrilevante il fatto che oltre al compito di soddisfare bisogni di interesse generale, un ente sia libero di svolgere altra attività. Il fatto che il soddisfacimento dei bisogni di interesse generale costituisca solo una parte relativamente poco rilevante delle attività effettivamente svolte da tale ente è anch'esso irrilevante, dato che l'ente medesimo continua a provvedere ai bisogni che è specificatamente tenuto a soddisfare⁴⁴. La condizione posta dalla direttiva secondo cui l'organismo deve essere stato istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, non implica che esso sia incaricato unicamente di soddisfare bisogni del genere.

Atteso che lo *status* di organismo di diritto pubblico non dipende dall'importanza relativa, nell'ambito delle attività dell'ente medesimo, del soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, è *a fortiori* irrilevante che attività commerciali siano svolte da una persona giuridica distinta appartenente allo stesso gruppo o consorzio. *A contrario*, la circostanza che tra tutte le imprese appartenenti ad un gruppo o consorzio vi sia anche un organismo di diritto pubblico non può far sì che le imprese medesime siano considerate amministrazioni aggiudicatrici.

Focus 6

Integra un'attività soddisfacente bisogni di interesse generale, a prescindere dal numero di utenti cui la stessa è rivolta, sia quella posta in essere da un soggetto strumentale dell'amministrazione, diretta a soddisfare immediatamente bisogni attinenti alla cura dell'interesse pubblico cui quest'ultima è preposta, sia l'attività limitata alla creazione delle condizioni che consentono la soddisfazione dei bisogni di interesse generale da parte di soggetti terzi i quali possono operare anche in

⁴⁴ Cfr. sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria, cit., p. ti 23 e 24.

condizioni di concorrenza.

Perché sia soddisfatta la condizione secondo cui l'organismo deve essere stato istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, non è necessario che lo stesso soddisfi unicamente bisogni di tal genere.

6.2.2. Il carattere non industriale o commerciale

Nella decisione resa nella causa C- 18/01 la Corte ha individuato l'elemento discriminante per distinguere tra bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale dai bisogni che, invece, possiedono tali caratteri. Al punto 51 viene espressamente affermato che «se l'organismo opera in normali condizioni di mercato, persegue uno scopo di lucro, e subisce le perdite connesse all'esercizio della sua attività, è poco probabile che i bisogni che esso mira a soddisfare abbiano carattere non industriale o commerciale». Pertanto occorre 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 dello scopo principalmente lucrativo, la mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività, nonché l'eventuale finanziamento pubblico».

Focus 7

Per verificare se l'interesse generale perseguito ha carattere industriale o commerciale occorre accertare se l'organismo opera in normali condizioni di mercato, persegue uno scopo di lucro e subisce le perdite connesse all'esercizio della sua attività. L'interesse generale perseguito non ha carattere industriale o commerciale ove l'organismo non persegue uno scopo principalmente lucrativo, non assuma i rischi connessi all'attività esercitata e sia eventualmente destinatario di finanziamento pubblico.

Al fine dell'individuazione del bisogno di interesse generale non avente carattere industriale o commerciale, non rileva la mera forma giuridica del soggetto che svolge l'attività diretta a soddisfare tale bisogno. Sono suscettibili di essere qualificati quali organismi di diritto pubblico anche società le quali, benché presentino «*sul piano giuridico poche differenze rispetto alle società per azioni detenute da operatori privati, dato che esse si assumono gli stessi rischi economici di queste ultime e possono anch'esse fallire, gli enti locali ai quali appartengono raramente permetteranno che ciò si verifichi e procederanno, se necessario, ad una ricapitalizzazione di tali società affinché esse possano continuare a svolgere funzioni per le quali sono state costituite*» (punto 53). Non si può escludere che tali società producano profitti, ma «*la ricerca di tali benefici non può in nessun caso costituire lo scopo principale di queste società che devono essere sempre dirette a promuovere in via prioritaria l'interesse generale*» (punto 54)⁴⁵.

In definitiva il *discrimen* ai fini della distinzione tra bisogno di interesse generale non avente carattere industriale o commerciale e bisogno di interesse generale avente tale carattere è rappresentato dalle modalità e dalle condizioni di azione della persona giuridica dipendente da una pubblica amministrazione o da un altro organismo di diritto pubblico. Se tale persona soddisfa il bisogno di interesse generale svolgendo la propria attività con metodo quantomeno economico⁴⁶ e assumendo direttamente il rischio dell'attività esercitata, deve concludersi che il bisogno da essa perseguito rivesta carattere industriale e commerciale⁴⁷ e tale persona non è qualificabile come

⁴⁵ Anche la giurisprudenza italiana è costante nel ritenere l'irrilevanza della forma giuridica assunta dal soggetto. Sul punto si veda Consiglio di Stato, sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711; 5 marzo 2002, n. 1303; 1 aprile 2000, n. 1885.

⁴⁶ Nel senso che le condizioni di svolgimento dell'attività sono di per sé idonee a rimborsare mediante il corrispettivo dei beni e servizi prodotti, i fattori della produzione impiegati. Per la definizione di metodo economico di svolgimento di un'attività di impresa si vedano CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale. I. Diritto dell'impresa*, Torino, 1999, p. 31 e ss.; GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, III, I, Padova, 1999, p. 23 e ss.

⁴⁷ Sul punto, l'Avvocato generale, nelle sue conclusioni alla sentenza c.d. Agorà, Cause congiunte C-223/99 e C-260/99, cit., ha rilevato che il fatto che un 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*». L'Avvocato generale ha considerato elementi utili per la qualifica di un organismo come soddisfacente bisogni di interesse generale aventi carattere industriale e

organismo di diritto pubblico. Ciò importa che nei confronti di tale soggetto non potrà trovare applicazione la deroga ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE e l'affidamento dell'appalto di servizi dovrà conseguentemente avvenire nel rispetto del principio dell'evidenza pubblica.

Viceversa, se la persona giuridica opera avendo quale obiettivo primario il perseguimento di un interesse generale a prescindere dalla circostanza che lo svolgimento dell'attività consenta anche di coprire, con i proventi, i relativi costi⁴⁸, allora il bisogno di interesse generale riveste carattere non industriale o commerciale e la persona giuridica potrà qualificarsi organismo di diritto pubblico.

La circostanza che una determinata categoria di enti presenti in astratto le caratteristiche per rientrare nella qualificazione normativa di organismo di diritto pubblico, non comporta, in via automatica, che ogni singolo operatore appartenente alla medesima categoria sia per ciò stesso qualificabile come organismo di diritto pubblico. La Corte, infatti, impone sempre di verificare la sussistenza di tutti i requisiti indicati nella definizione normativa di «organismo di diritto pubblico», con riferimento alle specifiche circostanze che hanno determinato la costituzione di quel soggetto e alle condizioni in cui quest'ultimo svolge la propria attività. L'eventuale inclusione da parte dei legislatori nazionali di una categoria di enti negli elenchi degli organismi di diritto pubblico non esime dalla verifica che un determinato soggetto, pur in astratto appartenente ad una di tali categorie, possa in concreto essere qualificato organismo di diritto pubblico. L'inclusione nei predetti elenchi ha pertanto un valore di mera presunzione relativa, come tale superabile ove si dimostri in concreto che il singolo operatore, in

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.

⁴⁸ Costi che sistematicamente sono coperti attraverso finanziamenti pubblici o ricapitalizzazioni.

ragione delle specifiche condizioni in cui opera, non possiede individualmente le caratteristiche per essere qualificato "organismo di diritto pubblico".

La Corte ha più in generale affermato il principio che spetta al giudice *a quo*, al fine di delimitare la natura dei bisogni perseguiti da uno specifico ente, esaminare tutte le circostanze di fatto e di diritto che disciplinano l'attività dello stesso, quali i fatti che hanno presieduto alla formazione dell'organismo interessato e le condizioni in cui quest'ultimo esercita la sua attività.

Focus 8

Spetta al giudice nazionale valutare tutte le circostanze di fatto e di diritto in cui un organismo esercita la sua attività, quali i fatti che hanno presieduto alla sua formazione e le condizioni che ne disciplinano l'attività, al fine di verificare se lo stesso persegua bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale.

6.2.3. Il controllo

L'art. 1, lett. b), terzo trattino, della direttiva 92/50/CEE richiede che, ai fini della qualificazione di un ente come «organismo di diritto pubblico», l'attività dello stesso sia 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.

Ciascuno dei citati criteri alternativi prescritti dall'art. 1, lett. b), comma 2, della direttiva servizi (analoga disposizione anche nella 93/36 e 93/37) riflette una situazione di stretta dipendenza di un

organismo nei confronti dello Stato, degli enti pubblici territoriali, o di altri organismi di diritto pubblico⁴⁹.

Per quanto riguarda, in particolare, il criterio relativo al controllo della gestione la Corte ha chiarito che tale controllo deve creare una dipendenza nei confronti dei poteri pubblici equivalente a quella che esiste allorché uno degli altri due criteri alternativi è soddisfatto, vale a dire che il finanziamento provenga in modo maggioritario dai poteri pubblici oppure la nomina da parte di questi ultimi di una maggioranza dei membri che costituiscono l'organo di amministrazione, o di direzione o di vigilanza di tale organismo, che permetta ai poteri pubblici di influenzare le decisioni del suddetto organismo in materia di appalti pubblici. Un mero controllo *a posteriori* della gestione non può ritenersi soddisfacente del criterio citato, in quanto – per definizione – un tale tipo di controllo non consente alle pubbliche autorità di influenzare le decisioni dell'organismo interessato. Viceversa può ritenersi soddisfacente di detto criterio il potere dell'amministrazione di verificare non solo i conti annuali dell'organismo, ma anche la sua amministrazione corrente sotto il profilo dell'esattezza, della regolarità, dell'economicità, della redditività, e della razionalità. Soddisfa inoltre il medesimo criterio il potere dell'amministrazione di visitare il locale e gli impianti aziendali dell'organismo, e riferire sul risultato di tali verifiche all'amministrazione che detenga il capitale del medesimo organismo⁵⁰.

Le tre condizioni enunciate dall'art. 1, co. 2, lett. b), della direttiva 92/50/CEE (organismo istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, dotato di personalità giuridica, e strettamente dipendente, per le modalità di finanziamento, di gestione o di controllo, dallo Stato, dagli enti locali, o da altri organismi di diritto pubblico) hanno carattere cumulativo, di modo che, in assenza di una sola di tali

⁴⁹Corte di Giustizia, sentenze 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Australia; 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge; 1 febbraio 2001, causa C-237/99, *Commissione c. Repubblica francese*; 27 febbraio 2003, causa C-273/00, *Adolf Truley*.

⁵⁰ Corte di Giustizia, sentenza 27 febbraio 2003, causa C-273/00, *Adolf Truley*, cit.

condizioni, un organismo non può essere considerato organismo di diritto pubblico, e dunque, amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva 92/50/CEE⁵¹.

Focus 9

Sussiste il **controllo** da parte di un'amministrazione aggiudicatrice o di altro organismo di diritto pubblico quando ricorra uno dei tre seguenti alternativi requisiti:

- controllo finanziario: l'attività dell'ente è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico;
oppure
- controllo gestionale: lo Stato, gli enti locali o altri organismi di diritto pubblico possono influenzare le decisioni dell'ente in materia di appalti;
oppure
- controllo amministrativo: l'organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'ente è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico.

6.2.4. Il diritto esclusivo

Gli enti che siano essi stessi amministrazioni aggiudicatrici o organismi di diritto pubblico individuati alla stregua degli indici già specificati possono essere destinatari di affidamenti diretti nell'ambito della deroga di cui all'art. 6 della direttiva servizi, ove ricorrano anche le ulteriori condizioni prescritte dal medesimo art. 6.

In particolare l'organismo di diritto pubblico deve essere titolare di:

- un diritto esclusivo,

⁵¹ Corte di Giustizia, sentenza 10 novembre 1998, causa C- 360/96 BFI Holding; 10 maggio 2001, Cause riunite C-223/99 e 260/99, Agorà ed Excelsior; 27 febbraio 2003, causa C-273/00, Adolf Truley, 22 maggio 2003, causa C- 18/01, Taitotalo

- compatibile con il Trattato,
- attribuito all'organismo in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate.

Il diritto esclusivo deve rendere il beneficiario dello stesso, per le sole attività "coperte" da detto diritto, unico affidatario.

Quanto alla compatibilità con il Trattato, in conformità all'art. 86 (ex art. 90) dello stesso, il diritto esclusivo deve essere riconosciuto ad un organismo determinato per lo svolgimento di una funzione di servizio di interesse economico generale tale da giustificare la esclusione o la restrizione della concorrenza nel mercato dei servizi. Se il diritto esclusivo crea una posizione dominante nel mercato dei servizi, ai sensi dell'art. 82 (ex 86)⁵² del Trattato, non deve però determinare un abuso della posizione acquisita da parte del beneficiario.

La Corte di Giustizia, sul presupposto della assoluta parità tra impresa privata e pubblica⁵³, ha affermato che la creazione di una posizione dominante attraverso il riconoscimento di un diritto esclusivo ai sensi dell'art. 86, comma 1, (ex art. 90, comma 1) del Trattato non è di per sé incompatibile con l'art. 82 (ex art. 86) del Trattato stesso. Lo Stato membro contravviene ai divieti posti da queste due disposizioni solo quando l'impresa o l'ente di cui trattasi siano indotti, col mero esercizio di diritti esclusivi, a sfruttare abusivamente la posizione dominante⁵⁴.

Quanto al terzo requisito, le disposizioni che attribuiscono il diritto di esclusiva devono essere pubblicate, cioè conosciute o conoscibili in base alle norme generali sulla pubblicazione degli atti normativi e amministrativi dell'ordinamento giuridico nazionale.

Il diritto di esclusiva, inoltre, deve essere riconosciuto da un atto unilaterale anteriore all'affidamento e distinto da quest'ultimo in

⁵² Si veda, Appendice normativa.

⁵³ Corte di Giustizia, sentenza 6 luglio 1982, Cause riunite C 188-189-190/82.

⁵⁴ Corte di Giustizia, sentenza 14 dicembre 1995, n. 387/93.

quanto l'esistenza del diritto non può originare dallo stesso atto di affidamento o da atti amministrativi allo stesso allegati.

Focus 10

Il diritto di esclusiva:

- deve rendere l'affidatario unico destinatario del servizio;
- essere compatibile con il Trattato ed in particolare con l'art. 86;
- non deve determinare un abuso di posizione dominante ex art. 82 da parte del beneficiario;
- essere riconosciuto da disposizioni pubblicate, cioè conosciute o conoscibili in base alle norme generali sulla pubblicazione degli atti normativi e amministrativi dell'ordinamento giuridico nazionale anteriori all'affidamento.

L'atto di riconoscimento del diritto esclusivo deve essere distinto dall'atto di affidamento.

7. Affidamento diretto ex art. 6 dir. 92/50/CEE e affidamento in house

L'esigenza di delimitare con precisione i presupposti per qualificare un soggetto come organismo di diritto pubblico è particolarmente delicata ed, al contempo, piena di conseguenze in ordine alla individuazione della sfera soggettiva di applicabilità della deroga ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE⁵⁵.

L'ampliamento dei soggetti inquadrabili tra gli organismi di diritto pubblico, infatti, comporta una correlativa diminuzione dell'ambito di applicabilità della direttiva servizi per tutti gli appalti affidati a tali soggetti, realizzandosi in tal modo un'esenzione da ogni

⁵⁵ L'ampliamento della categoria dell'organismo di diritto pubblico comporta di norma un'estensione dell'ambito di applicabilità della normativa di origine comunitaria e dunque un'estensione dei casi in cui si deve ricorrere a gare pubbliche, a pubblicità comunitaria, e più in generale al rispetto del principio dell'evidenza pubblica. GRECO G., *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1998, p. 733 e ss.

ipotesi di gara e di applicazione della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici. La deroga di cui all'art. 6 (recepita nell'ordinamento italiano all'art. 5, comma 2, lett. g) del D. Lgs. n. 157 del 1995⁵⁶) è ripetuta anche dall'art. 11 della direttiva 93/38/CEE. Benché nelle altre direttive non esistano norme contenenti deroghe come quella in commento, la Corte di Giustizia ha chiarito che esiste un principio generale secondo il quale le direttive comunitarie devono essere applicate «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, un contratto a titolo oneroso (...), indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta, un'amministrazione aggiudicatrice o meno». Non si ricade, invece, nell'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici nel caso in cui l'ente eserciti nei confronti dell'altro ente un «controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e contestualmente quest'ultimo ente realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che lo controlla».

Le direttive europee in materia di appalti non trovano quindi applicazione nell'ipotesi in cui tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'ente cui si vuole affidare l'appalto esista un rapporto di delegazione interorganica in virtù del quale l'ente strumentale possa considerarsi come facente parte della complessiva organizzazione dell'amministrazione aggiudicatrice. Nelle ipotesi di sussistenza di un rapporto di delegazione interorganica è possibile dunque procedere ad un affidamento diretto dell'appalto pubblico che, come precisato, può anche essere un appalto diverso da quello di servizi.

L'affidamento diretto in deroga all'applicazione dei principi del Trattato, delle direttive in materia di appalti e, più in generale, del principio dell'evidenza pubblica, si giustifica, alla luce del diritto comunitario, perché il rapporto riguarda l'amministrazione aggiudicatrice e un soggetto che rispetto ad essa non può considerarsi

⁵⁶ Per un commento a tale articolo si veda DEL CASTILLO, GALTIERI, REALFONSO, *Appalti pubblici di servizi*, Milano, 1998, p. 93 e ss.

come terzo. In tale ipotesi non si è in presenza di un ricorso al mercato al fine di individuare un contraente dell'amministrazione, ma si verte in una ipotesi di autoproduzione dell'attività da parte della medesima amministrazione aggiudicatrice. A ben vedere, come meglio sarà approfondito nella seconda parte del presente lavoro, nelle ipotesi in commento manca anche il presupposto oggettivo relativo alla applicabilità delle norme in materia di appalti, costituito dalla stipulazione di un contratto sinallagmatico a carattere oneroso tra l'amministrazione e l'ente.

L'affidamento diretto ad un ente cui l'amministrazione aggiudicatrice è legata da un rapporto di delegazione interorganica configura il c.d. *in house providing*.

Tale tipo di affidamento ha un ambito soggettivo di applicazione differente rispetto a quello previsto dall'art. 6 della direttiva 92/50/CE e dall'art. 11 della direttiva 93/38/CEE in quanto nelle ipotesi di affidamento *in house* il rapporto che legittima l'affidamento diretto può intercorrere anche tra soggetti che non sono amministrazioni aggiudicatrici e, ancora, perchè la delegazione interorganica presuppone la sussistenza di un rapporto di strumentalità tra amministrazione aggiudicatrice ed ente affidatario che l'art. 6 della direttiva 92/50/CE non prevede⁵⁹.

La Corte di Giustizia ha sul punto chiarito il significato del principio di autorganizzazione secondo il quale l'amministrazione pubblica deve disporre di un profilo di libertà tale da permetterle di organizzare la propria struttura in modo che essa sia meglio rispondente alle necessità della collettività⁶⁰.

La delegazione interorganica è una fattispecie giuridica applicabile a tutte le categorie di appalti, ivi compresi gli affidamenti pubblici di servizi⁶¹.

La giurisprudenza italiana ha chiarito che l'amministrazione può ricorrere all'autoproduzione di attività a mezzo di soggetti che fanno parte del proprio apparato organizzativo in quanto «l'organizzazione autonoma delle pubbliche amministrazioni rappresenta un modello distinto ed alternativo rispetto all'accesso al mercato (...). La tutela comunitaria del mercato non interferisce sino a disconoscere ai singoli apparati istituzionali ogni margine di autonomia organizzativa nell'approntare la produzione e l'offerta dei servizi e delle prestazioni di rispettiva competenza. Le pubbliche amministrazioni possono legittimamente optare per schemi di coordinamento e formule organizzatorie, teoricamente alternative rispetto all'acquisizione delle prestazioni destinate alla collettività per il tramite del mercato. In sostanza si tratta dell'estensione alla pubblica amministrazione, della libertà di autoriduzione (...). Il ricorso alla produzione privata, disciplinato dalle regole di salvaguardia della concorrenza e l'esercizio del potere di organizzazione, sottratto ai vincoli concorsuali o concorrenziali validi per il ricorso al mercato, costituiscono due schemi distinti che vanno preservati da ogni equivoca commistione»⁶⁰.

Si è dunque chiarito che i regimi di riserva esclusiva di determinati servizi, in quanto in contrasto con i principi comunitari e costituzionali di libera concorrenza, necessitano di una espressa previsione normativa e che le pubbliche amministrazioni, nell'esercizio delle loro attività organizzate, non possono incontrare limiti nella disciplina comunitaria⁶¹.

⁵⁹ C. GIAMBARI S., *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitari e diritto nazionale*, cit., p. 1144; GRECO G., *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, cit., p. 735.

⁶⁰ Corte di Giustizia, 10 novembre 1998, causa C-360/96.

⁵⁹ 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, p. 1461.

⁶⁰ Consiglio di Stato, sez. V, 23 aprile 1998, n. 477, in *I contratti dello stato e degli enti pubblici*, 1998, p. 462 e ss.

⁶¹ Cfr. nota precedente.

8. I regimi di riserva nell'ordinamento giuridico italiano

Le norme del D. Lgs. n. 157 del 1995 attuativo della direttiva servizi non trovano applicazione, ai sensi dell'art. 3, comma 2 del medesimo decreto, nei confronti dei servizi - non necessariamente privi di carattere economico - individuati nell'Allegato 2.

In materia di concessione di pubblico servizio trovano applicazione le procedure di affidamento disciplinate nel Regio Decreto 14 settembre 1931 n. 1175 (art. 267) e nella Legge 3 gennaio 1994 n. 36 (art. 20, comma 1).

Per quanto concerne le società per azioni miste in cui vi è la partecipazione di enti locali, (modello organizzativo diverso ed alternativo a quello della concessione del pubblico servizio) l'amministrazione può procedere all'affidamento diretto e privilegiato del servizio pubblico all'organismo societario senza dovere ricorrere ad alcuna forma di gara⁶².

La giurisprudenza ha individuato in tale ultima ipotesi, quale fondamento giustificativo dell'affidamento diretto, il carattere strumentale della società, modello organizzativo utilizzato dall'ente per il conseguimento dei suoi fini istituzionali e incaricato di svolgere attività dirette al raggiungimento ed al soddisfacimento di interessi pubblici generali. La scelta di gestire un servizio pubblico mediante società mista deve considerarsi pertanto quale manifestazione del potere di autorganizzazione della pubblica amministrazione e, quindi, legittimamente rientrante nella deroga prevista dall'art. 6 della direttiva servizi⁶³.

⁶² (CARLILLO B.), *Un possibile ridimensionamento della nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Giurisprudenza e appalti*, 1, 2002, p. 170.

⁶³ Per un maggiore approfondimento si rinvia alla seconda parte del presente lavoro.

CAPITOLO II - LEGITTIMITÀ DELL’AFFIDAMENTO DIRETTO IN DEROGA AL PRINCIPIO GENERALE DELL’EVIDENZA PUBBLICA

SOMMARIO: 1. Il controverso tema degli affidamenti *“in house”*: dalla definizione del Libro Bianco alla sentenza Teckal. - 1.1. Le origini dell’istituto. L’esclusione della natura contrattuale. - 1.2. Gli indici rivelatori di delegazione interorganica. Il controllo da parte dell’amministrazione aggiudicatrice sull’ente affidatario. - 2. La nozione di controllo. - 2.1. Il controllo analogo - 2.2. Il controllo operativo economico. - 3. Le circolari interpretative emanate dal governo italiano. - 4. L’evoluzione della nozione di “controllo” e l’ambito dell’*in house providing* alla luce della più recente giurisprudenza.

1. Il controverso tema degli affidamenti *in house*: dalla definizione del Libro Bianco alla sentenza Teckal

L’espressione *«in house contract»* è stata per la prima volta utilizzata, in ambito comunitario, nella Comunicazione della Commissione (98) 143, Libro Bianco sugli appalti pubblici nell’Unione Europea⁶⁴. In tale documento, che fa seguito al Libro Verde sulla stessa materia presentato nel 1996⁶⁵, la Commissione fornisce una prima specificazione degli *in house contract* definendoli *«contratti aggiudicati all’interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra un’amministrazione centrale e le amministrazioni locali ovvero tra un’amministrazione ed una società da questa interamente controllata»*⁶⁶.

Focus 11

Sono contratti *in house* i «contratti aggiudicati all’interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra un’amministrazione centrale e le amministrazioni locali ovvero tra un’amministrazione ed una società da questa interamente controllata» (Libro Bianco, Com (98) 143).

⁶⁴ Cfr. ALBERTI C., *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione* in Riv. It. Dir. Pubbl. com., 2001, p. 511, nota 46.

⁶⁵ COM (96) 583, *Public Procurement in the European Union – Exploring the way forward*, cit..

⁶⁶ Libro Bianco COM (98) 143, *Public Procurement in the European Union*, cit..

La complessa figura dei contratti *in house* è stata successivamente sviluppata dalla Corte di Giustizia la quale, nella maggior parte dei casi in linea con le conclusioni rassegnate dagli avvocati generali, ha dato un decisivo contributo alla definizione dell’istituto.

E’ proprio sulla scorta delle prime pronunce dei giudici del Lussemburgo che la Commissione si è nuovamente occupata, ancora una volta in un atto c.d. paranormativo⁶⁷, della figura dell’affidamento *in house*, individuandolo come *«problema particolare – che – si pone (...) se tra concessionario e concedente esiste una forma di delega interorganica che non esula dalla sfera amministrativa dell’amministrazione aggiudicatrice»*.

La premessa appare necessaria al fine di delimitare il campo di indagine del presente lavoro che, di fronte al sostanziale silenzio del Trattato e del diritto comunitario derivato, si propone una quanto più possibile precisa analisi della controversa figura degli affidamenti *in house*, nel settore degli appalti pubblici di servizi, avvalendosi del principale contributo normativo disponibile: le decisioni della Corte di Giustizia.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte circa il ruolo di primo piano svolto dalla Corte di Giustizia per la definizione del fenomeno dell’*in house*, appare opportuno volgere lo sguardo verso l’importantissima attività svolta da tale istituzione e concentrare l’attenzione sull’opera pretoria di chiarificazione che muove i suoi passi a partire dalla seconda metà degli anni ‘90. Si ritiene tuttavia opportuno fornire prima una definizione semantica della locuzione *“in house”* che non può prescindere dall’analisi delle origini dell’istituto.

⁶⁷ Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni per il diritto comunitario, (200/C 121/02), pubblicata sulla GUCE del 29.04.2000. La Commissione in particolare, specificando che *«La questione dell’applicazione del diritto comunitario a tale relazione è stata affrontata dalla Corte»*, si preoccupa di aggiungere che *«le ulteriori cause attualmente pendenti davanti alla Corte potranno apportare elementi di novità al riguardo»*, indicando nelle note 26, 27 e 28 i giudizi che hanno contribuito alla progressiva definizione del fenomeno degli affidamenti *“in house”*.

1.1. Le origini dell'istituto. Esclusione della natura contrattuale

La figura dell'*in house providing*⁶⁸ nasce nell'ordinamento del Regno Unito, in contrapposizione al *contracting out*, con riferimento all'ipotesi in cui l'amministrazione pubblica, dovendo provvedere ad approvvigionarsi di beni, servizi, forniture, esecuzione di lavori e di opere, esercizio di funzioni pubbliche o erogazione di servizi, è tenuta ad operare una scelta fra la possibilità di rivolgersi all'esterno o soddisfare le proprie esigenze ricorrendo al suo interno⁶⁹. 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 le modalità con cui soddisfare il proprio bisogno⁷⁰. Qualora l'amministrazione si determini ad affidare *in house* l'attività oggetto della procedura concorsuale, il rapporto giuridico che si instaura tra amministrazione pubblica e produttore *in house* non sarà di tipo contrattuale, con conseguente esclusione dell'applicabilità della disciplina europea sugli appalti pubblici⁷¹.

Ne discende una prima considerazione che, pur potendo *prima facie* apparire di secondaria importanza, si rivelerà nel prosieguo di particolare rilievo: sebbene la prima definizione del fenomeno *in house* in ambito comunitario faccia espresso riferimento ai «*contratti aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione*»⁷², con riguardo alla sua funzione nel proprio ordinamento di origine (Regno Unito), esso non risulta essere

fenomeno di tipo contrattuale. Né, del resto, appare essere considerato tale nel corso dell'*iter* logico che porta alle conclusioni rassegnate dall'Avvocato generale nella causa *Arnhem c. BFI Holding BV*⁷³, che costituisce un primo significativo approccio verso la classificazione e la delimitazione dei confini dell'*in house providing*. L'Avvocato generale, in particolare, evidenziava l'insussistenza di un rapporto di terzietà tra le amministrazioni coinvolte nel caso di specie e la società per azioni da esse costituita, con conseguente venire meno di un rapporto configurabile come contratto di appalto.

Sono proprio tali conclusioni, riprese dalla Corte, seppur con un *iter* argomentativo completamente diverso⁷⁴, che segnano il primo passo in direzione della nota e paradigmatica sentenza Teckal.

Da esse discenderebbe, infatti, il principio secondo il quale le amministrazioni possono scegliere di non esternalizzare e di rivolgersi all'interno della propria organizzazione, verso soggetti che, in virtù di un rapporto di delegazione interorganica con l'amministrazione aggiudicatrice, non escono dalla sfera amministrativa di essa.

A ben vedere, ad un esame dell'ordinamento giuridico comunitario non è ravvisabile un obbligo a carico della pubblica amministrazione di rivolgersi al mercato per il soddisfacimento dei propri bisogni (*outsourcing*). I principi a tutela della concorrenza che sono alla base del mercato comune dell'Unione, in altre parole, non impongono alle amministrazioni

⁶⁸ L'espressione è letteralmente traducibile come "fornitura interna o all'interno (di un medesimo soggetto)", con tutti gli evidenti problemi di limiti linguistici che sorgono allorché si voglia esportare la definizione di un fenomeno giuridico al di fuori dei confini dell'ordinamento d'origine.

⁶⁹ CASATI D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, p. 251 sottolinea che «l'ordinamento nazionale inglese 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».

⁷⁰ 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, pp. 203-204. Secondo l'Autore, l'amministrazione appaltante dovrà 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».

⁷¹ ARROWSMITH S., *The law of public and utilities procurement*, London, 1996, pp. 118-119.

⁷² Cfr. Libro Bianco COM (98) 143, punto 2.1.3, cit.

⁷³ Causa C-360/96, *BFI Holding*, che riguardava una controversia tra due comuni olandesi ed un'impresa privata (la BFI) la quale sosteneva che la predisposizione di un contratto per la raccolta di rifiuti con una società per azioni (l'ARA) a tal fine costituita dai Comuni di cui trattasi doveva essere assoggettata alla procedura prevista dalla direttiva. L'avvocato generale La Pergola nelle sue conclusioni (paragrafo 38) è pervenuto alla determinazione che «non sussiste la terzietà e cioè la sostanziale distinzione dell'organismo ARA rispetto ai due comuni. Siamo di fronte ad una forma di delegazione interorganica che non fuoriesce dalla sfera amministrativa dei comuni, i quali nel conferire ad ARA le attività in questione non hanno inteso in alcun modo privatizzare le funzioni precedentemente da essi svolte in quel settore». Sulla scorta di tale determinazione l'Avvocato generale La Pergola è giunto alla conclusione che «in definitiva (...) il rapporto che intercorre tra i comuni ed ARA non può essere considerato un appalto ai sensi della direttiva».

⁷⁴ La Corte di Giustizia traslascia le importanti considerazioni dell'Avvocato generale circa il rapporto di delegazione interorganica sussistente tra i comuni e la società per azioni e circa l'assenza, per tali circostanze, di un rapporto contrattuale tra le parti; sul punto cfr. Greco G., *Organismo di diritto pubblico: atto secondo: le attese deluse*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, pp. 184 e ss., in cui l'Autore critica la decisione della Corte di Giustizia di non tenere conto in modo significativo del passaggio in cui l'Avvocato generale La Pergola giunge alla conclusione che nel caso di specie la questione non doveva neanche essere posta, dato che non si può dire che i compiti affidati dai due comuni olandesi (*Arnhem e Rheden*) alla società da essi costituita, denominata ARA, rientrassero nell'ambito oggettivo degli appalti di servizi, in virtù del rapporto di delegazione interorganica sussistente tra i comuni e l'ARA, società che non fuoriesce dalla sfera amministrativa dei comuni. È significativo, inoltre, che l'Autore faccia riferimento sul punto, in nota, al citato Libro Bianco sugli appalti pubblici nell'Unione Europea.

aggiudicatrici un obbligo di esternalizzazione per l'approvvigionamento di beni, servizi e forniture⁷⁵.

L'art. 45 del Trattato⁷⁶, al contrario, dispone che «sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro interessato, le attività che in tale Stato partecipino sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri». Sembra, quindi, che al di là di quei compiti e funzioni (che «partecipano anche occasionalmente all'esercizio dei pubblici poteri»), la cui gestione non può essere affidata a privati da parte dell'amministrazione, su quest'ultima non gravi alcun obbligo di *outsourcing* ma solo, qualora decida di ricorrere al mercato, l'obbligo di rispettare il principio dell'evidenza pubblica.

La scelta tra rivolgersi all'esterno o autoprodurre, attraverso una delegazione interorganica, è quindi rimessa all'amministrazione la quale, nel determinarsi in un senso piuttosto che nell'altro, incontrerà i soli limiti di diritto interno, tra i quali, oltre alle norme generali e astratte, i principi che regolano le scelte discrezionali di ogni amministrazione pubblica quali, in modo particolare quelli di efficienza, efficacia ed economicità⁷⁷.

Focus 12

Nell'affidamento *in house* il rapporto giuridico che si instaura tra amministrazione aggiudicatrice ed ente affidatario è di delegazione interorganica e non di tipo contrattuale. Ciò comporta l'esclusione dell'applicabilità della disciplina europea sugli appalti pubblici.

La scelta tra rivolgersi all'esterno o autoprodurre, attraverso una delegazione interorganica, è rimessa all'amministrazione la quale, nel determinarsi in un senso piuttosto che nell'altro, incontrerà i soli limiti di diritto interno, tra i quali, oltre alle norme generali e astratte, i principi che regolano le scelte discrezionali di ogni amministrazione pubblica quali, in modo particolare, quelli di efficienza, efficacia ed economicità.

⁷⁵ GAULSI M., *In house providing: verso una definizione del «controllo analogo»?*, in *Urbanistica e Appalti*, 8/2004, p. 932. CASALINI D., *op. cit.*, pp. 281 e ss.

⁷⁶ L'art. 45 (ex art. 55) del Trattato CE è collocato nel Titolo III - Libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali, Capo 2 - Il diritto di stabilimento.

⁷⁷ Così CASALINI D., *op. cit.*, pp. 281 e ss.

La giurisprudenza comunitaria sull'*in house providing* rappresenta, pertanto, un tentativo di armonizzazione dei principi a tutela della concorrenza stabiliti nel Trattato, con il potere di auto-organizzazione, riconosciuto alle amministrazioni pubbliche degli Stati membri.

1.2. Gli indici rivelatori di delegazione interorganica: il controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sull'ente affidatario

Il rapporto di delegazione interorganica deve ritenersi sussistente quando l'amministrazione aggiudicatrice esercita un controllo sull'ente affidatario che si manifesta attraverso un collegamento amministrativo e finanziario con lo stesso.

La natura e le caratteristiche del controllo che l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sull'ente affidatario affinché possa ritenersi sussistente tra i due soggetti un rapporto di delegazione interorganica sono state oggetto di approfondimento da parte dell'Avvocato generale Alber nella causa RI.SAN. S.r.l.⁷⁸.

Il giudizio aveva ad oggetto la legittimità di due delibere di un ente locale con le quali lo stesso aveva proceduto alla costituzione di una società mista (partecipata al 49% da altra società pubblica⁷⁹ e per la rimanente parte dall'ente locale stesso) e successivamente all'affidamento diretto alla stessa società del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani, senza osservare le procedure di aggiudicazione previste dalla disciplina comunitaria.

⁷⁸ Corte di Giustizia, 9 settembre 1999, causa C-108/98, *RI.SAN. S.r.l. c. Comune di Ischia e Ischia Ambiente S.p.a.*

⁷⁹ Si tratta della GEPI S.p.a. società finanziaria statale (creata in virtù del disposto dell'art. 5 della l. 22 marzo 1971, n. 184, con lo scopo specifico di concorrere al mantenimento e all'incremento dell'occupazione), con la quale, secondo la legge nazionale (art. 4, sesto comma, l. 29 marzo 1995, n. 95) i comuni, al fine di favorire l'occupazione, sono autorizzati a costituire società per azioni, anche per la gestione di servizi pubblici locali, senza alcuna procedura di selezione o gara d'appalto, fermo restando l'obbligo della GEPI S.p.a. di cedere le proprie partecipazioni in tali società entro cinque anni, mediante gara pubblica.

L'Avvocato generale S. Alber, nelle sue conclusioni, formulava alcune rilevanti considerazioni sulle caratteristiche che il controllo dell'amministrazione aggiudicatrice sull'ente affidatario deve possedere perché si possa configurare un rapporto di delegazione interorganica. Più in particolare, l'eventuale classificazione della società affidataria quale ente *in house* al comune andava effettuata da un punto di vista funzionale⁸⁰, dovendo considerarsi in tal senso decisivo «accertare in che misura la pubblica amministrazione controlla la società di cui si tratta». Individuato l'approccio da seguire per una corretta analisi del fenomeno, l'Avvocato generale sosteneva che, in ogni caso, pur prescindendo da un'analisi funzionale, il controllo del cento per cento del capitale sociale di una S.p.a. da parte dello Stato lascerebbe presumere che la società costituisca parte dello Stato⁸¹. Tali presupposti non venivano tuttavia ritenuti sufficienti: perché un servizio possa essere considerato *in house* è necessario che, oltre al collegamento finanziario, sussista anche un collegamento amministrativo⁸².

Focus 13

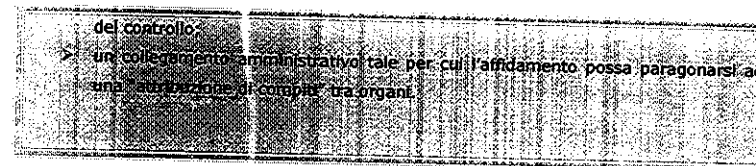
Perché un ente possa essere classificato *in house* deve sussistere:

- un controllo, valutato dal punto di vista funzionale, tra l'amministrazione affidante e l'ente affidatario. Il possesso del 100% del capitale dell'ente affidatario da parte dell'amministrazione pubblica costituisce mera presunzione circa la sussistenza

⁸⁰ Al punto 52 delle conclusioni, l'Avvocato generale specifica che «se il Comune di Ischia e la Ischia Ambiente S.p.a. siano parti della stessa pubblica amministrazione – e se di si trovi quindi di fronte ad un servizio *“in house”* deve essere risolta in base alle circostanze di fatto. (...) La classificazione della Ischia Ambiente S.p.a. [quale ente *in house*] deve piuttosto essere effettuata da un punto di vista funzionale, e perciò decisivo accertare in che misura la Pubblica amministrazione controlla la società di cui trattasi».

⁸¹ Al punto 53 delle proprie conclusioni, l'Avvocato generale indica che «il pieno controllo dello Stato italiano (del capitale della GEPI S.p.a.) induce però a concludere, anche a prescindere da una completa conoscenza della struttura interna della GEPI S.p.a., che sotto questo aspetto tale società costituisce parte dello Stato italiano. Attraverso la GEPI S.p.a. è dunque lo Stato italiano che detiene una partecipazione nella Ischia Ambiente S.p.a., la quale risulta così controllata dalla mano pubblica. Sarebbe troppo formalistico distinguere fra gli enti pubblici “Comune di Ischia” e “Stato italiano”. In definitiva, la situazione è identica a quella che si verificherebbe se lo Stato italiano avesse messo direttamente a disposizione del Comune di Ischia i fondi necessari perché quest'ultimo costituisse da solo una società. La scelta di questa forma di organizzazione da parte del Comune di Ischia non può, in ultima analisi, condurre ad alcuna diversa classificazione della Ischia Ambiente S.p.a.».

⁸² Al punto 54 delle conclusioni, l'Avvocato Alber afferma che «oltre all'intreccio finanziario è tuttavia necessario, per constatare l'esistenza di un servizio *“in house”*, accertare altresì la presenza di un'attribuzione di compiti fra organi».



Nonostante le rilevanti considerazioni dell'Avvocato generale sul fenomeno dell'*in house providing* non siano state tenute in conto dalla Corte di Giustizia nella decisione⁸³, esse hanno segnato il passo dell'evoluzione del fenomeno, costituendo l'antecedente sul quale basare il *legal reasoning* della successiva sentenza Teckal.

2. La nozione di controllo

La Corte di Giustizia, nella sentenza Teckal⁸⁴ ha individuato i tratti qualificanti dell'*in house providing* rinvenendoli nell'assenza di un rapporto contrattuale tra l'amministrazione aggiudicatrice e la persona giuridica destinataria dell'affidamento, in quanto l'ente conferente esercita sul prestatore del servizio un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e tale persona (giuridica) realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che la controllano.

La pronuncia della Corte di Giustizia ha ad oggetto la soluzione di una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 6 della direttiva 92/50/CEE. La questione veniva proposta nell'ambito di una controversia in ordine all'affidamento diretto della gestione del servizio di riscaldamento di taluni edifici comunali. L'ente locale, senza alcuna forma di messa in concorrenza del servizio attraverso l'espletamento di una gara, lo affidava

⁸³ Nella decisione la Corte traslascia ogni riferimento all'eventuale rapporto di delegazione interorganica tra il Comune e la Ischia Ambiente S.p.a. e, spostando la sua attenzione su elementi differenti da quelli considerati dall'Avvocato generale, conclude che «L'art. 55 del Trattato (divenuto art. 45 CE) non si applica in una situazione come quella oggetto della causa de qua, i cui 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», cfr. sentenza RI.SAN. cit.

⁸⁴ Corte di Giustizia, sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal S.r.l. c. Comune di Viano e AGAC. GALESI M., op.cit., pagg. 933 e ss..

ad un consorzio dotato di personalità giuridica e costituito da alcuni comuni, tra i quali l'amministrazione aggiudicatrice.

La Corte, investita preliminarmente del quesito se la normativa applicabile al caso di specie fosse la direttiva 92/50/CEE sugli appalti pubblici di servizi ovvero la direttiva 93/36/CEE sugli appalti pubblici di forniture, veniva chiamata a pronunciarsi, ove avesse ritenuto applicabile la direttiva 92/50/CEE, sulla questione se l'affidamento in contestazione potesse farsi rientrare nell'ambito di applicazione della deroga prevista dall'art. 6 della direttiva stesso⁸⁵. Più specificamente veniva chiesto se il consorzio potesse considerarsi amministrazione aggiudicatrice ai sensi del combinato disposto degli artt. 6 ed 1, lett. b) della direttiva sugli appalti pubblici di servizi.

Per la preponderanza quantitativa della fornitura di beni (combustibile) rispetto ai servizi, la Corte rilevava che il caso di specie andava risolto facendo esclusivo riferimento alla direttiva 93/36/CEE⁸⁶ ed alle eventuali deroghe in essa espressamente contenute. Non essendo rinvenibile in quest'ultima direttiva alcuna disposizione analoga all'art. 6 della direttiva 92/50/CEE, al fine di determinare se l'affidamento della fornitura di prodotti da parte di un ente locale ad un consorzio al quale esso partecipi, dovesse essere disciplinato nel rispetto della procedura di gara prevista dalla direttiva 93/36/CEE, occorre innanzitutto verificare se una tale ipotesi configurasse o meno un appalto pubblico di forniture e cioè se dovesse ritenersi sussistente un vero e proprio rapporto di natura contrattuale intercorrente fra l'ente pubblico ed il soggetto terzo attraverso l'«incontro di due volontà distinte»⁸⁷.

Il proprio in riferimento a tale ultima condizione che il giudice comunitario, dopo avere stabilito che di contratto sembra potersi parlare

⁸⁵ Si veda, *amplius*, Parte I.

⁸⁶ La Corte ha risolto la questione preliminare applicando un criterio puramente quantitativo: quando un appalto pubblico ha ad oggetto, nel contempo, prodotti ai sensi della direttiva forniture 93/36/CEE e servizi ai sensi della direttiva 92/50/CEE, esso rientra nell'ambito di applicazione della prima qualora il valore dei prodotti previsti dal contratto sia superiore a quello dei servizi. (...) La Corte ha ritenuto che, per fornire un'interpretazione del diritto comunitario utile al giudice nazionale, occorresse fare riferimento alle disposizioni della direttiva forniture 93/36/CEE e non all'art. 6 della direttiva 92/50/CEE, erroneamente richiamato. GALESI M., *op.cit.*, p. 933.

⁸⁷ Sentenza *Teckal*, cit., punto 49.

«conformemente all'art. 1, lett. a) della direttiva 93/36» ogni volta «che il contratto sia stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo»⁸⁸, individuava i due paradigmatici criteri cumulativi per l'esclusione di un rapporto contrattuale tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un ente che sia distinto da questa sul piano formale, ma non autonomo sul piano sostanziale, e dell'applicabilità delle norme sugli appalti di forniture.

Perché possa legittimamente parlarsi di affidamento *in house* occorre che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'affidatario un «controllo 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 controlla. Al fine di poter escludere le regole comunitarie di aggiudicazione degli appalti pubblici occorre verificare l'effettiva contemporanea presenza di tali condizioni. L'affermazione dei criteri sopra menzionati, tuttavia, avviene nella sentenza *Teckal* solo per inciso ed essi non sembrano definiti in modo tale da consentire di individuare con facilità i casi concreti in cui si realizza un affidamento siffatto. Per ottenere una più approfondita specificazione dei presupposti richiesti perché il controllo sia tale da rendere configurabile un rapporto *in house* o di delegazione interorganica si deve fare riferimento alla giurisprudenza comunitaria successiva alla pronuncia *Teckal*.

Focus 14

Sussiste affidamento *in house* quando:

- l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica destinataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- l'ente affidatario realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che lo controllano (sentenza *Teckal*).

⁸⁸ Sentenza *Teckal*, cit., punto 50.

2.1. Il controllo analogo

Per «controllo analogo» a quello che l'amministrazione aggiudicatrice esercita sull'ente aggiudicatario, deve intendersi un rapporto equivalente a quello di subordinazione gerarchica⁸⁹. Nell'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice esercita un tale tipo di controllo sull'ente aggiudicatario, non ci si trova di fronte a due soggetti distinti, ma ad un unico soggetto, in quanto l'amministrazione aggiudica il servizio ad un soggetto qualificabile alla stregua di un proprio organo o, in altre parole, di un prolungamento amministrativo della stessa. Qualora l'amministrazione scelga di effettuare in proprio operazioni economiche di cui ha bisogno, ovvero per il tramite dell'ente controllato, lo speciale tipo di rapporto che lega i due soggetti giustifica l'esonerazione dal rispetto delle regole dettate a tutela della concorrenza contenute nelle direttive⁹⁰. Quando ricorre un'ipotesi siffatta, in definitiva, non si può ritenere sussistente un rapporto di terzietà tra amministrazione aggiudicatrice ed ente affidatario, giacché il controllo esercitato dalla prima sul secondo è tale da annullare in modo completo la volontà negoziale e l'autonomia dell'ente stesso⁹¹.

Focus 15

Per «controllo analogo» a quello che l'amministrazione aggiudicatrice esercita sull'ente aggiudicatario, deve intendersi un rapporto equivalente a quello di subordinazione gerarchica.

Per una corretta delimitazione del requisito del «controllo analogo» vi è chi ha ritenuto necessario distinguere tra controllo strutturale e controllo sull'attività⁹². Il primo ricorre nelle ipotesi in cui il soggetto controllante

esercita un potere di controllo sulla struttura di vertice del soggetto controllato: tale controllo, in linea generale, si manifesta nel potere di nomina della maggioranza dei soggetti che compongono gli organi di amministrazione, direzione o vigilanza del soggetto aggiudicatario; il secondo ricorre nell'ipotesi in cui il soggetto controllante ha il potere di valutare la conformità dell'attività svolta dall'ente controllato ad un parametro legale⁹³.

La giurisprudenza comunitaria ha esteso, peraltro, il concetto di controllo strutturale anche alle ipotesi (di per sé inquadrabili come controllo sull'attività) in cui l'amministrazione controllante ha un potere di ingerenza di carattere meramente sanzionatorio (a seguito, ad esempio, di esito negativo del controllo effettuato sull'attività del soggetto controllato),⁹⁴ spingendosi a comprendervi anche il caso di controllo *a posteriori* sul bilancio d'esercizio da parte del soggetto controllante, qualora esso risulti idoneo ad influenzare le decisioni dell'organismo controllato⁹⁵.

Pur aderendo alla tesi di chi ha ritenuto opportuno distinguere fra i due tipi di controllo, strutturale e sull'attività, non si ritiene che una tale opera esegetica sia indispensabile ai fini della definizione del concetto di «controllo». Pur non potendosi escludere l'eventualità di cumulo di controllo strutturale e di controllo sull'attività all'interno di una stessa fattispecie, perché si possa parlare di «controllo analogo» e, quindi, di *in house providing*, il controllo strutturale sembra essere una condizione assolutamente necessaria, mentre il controllo sulle attività sembra di per sé non essere sufficiente⁹⁶.

In realtà, il controllo strutturale dovrebbe essere considerato un presupposto (anche cronologicamente) necessario perché possa parlarsi di

⁸⁹ In tutti i casi di *in house providing* esaminati dalla Corte di Giustizia (fino alla recente sentenza Stadt Halle sulla quale *infra*) il controllo strutturale viene esercitato da parte dell'amministrazione controllante o in virtù di poteri speciali direttamente attribuiti dalla legge o dallo statuto dell'ente controllato o, il più delle volte, in virtù di una partecipazione di maggioranza (o addirittura totalitaria) al capitale di questo (controllo strutturale).

⁹⁰ È questo il caso degli enti pubblici per la pianificazione edilizia e delle Società cooperative per azioni per l'edilizia popolare, esaminato dalla Corte di Giustizia nella causa C-237/99, *Commissione c. Repubblica francese*.

⁹¹ Cfr. Corte di Giustizia, 27 febbraio 2003, causa C-373/00, *Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*.

⁹² Cfr. CASALINI D., *op. cit.*; GALESI M., *op. cit.*.

⁸⁹ Così, GALESI M., *op. cit.*, p. 934.

⁹⁰ Cfr. punto 75 delle conclusioni presentate il 15 giugno 2000 dall'Avvocato Generale Philippe Léger, nella causa C-94/99, *ARGE Gewässerschutz c. Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft*.

⁹¹ Cfr. ALBERTI C., *op. cit.*, p. 518.

⁹² Così, CASALINI D., *op. cit.*, p. 260.

un controllo sull'attività. Difficilmente, invero, si potrebbe immaginare il potere di esercitare un controllo sull'attività di un ente nell'ipotesi in cui un altro soggetto non ne abbia precedentemente assunto il controllo sulla struttura. Il modello dell'*in house providing* dunque presuppone un'assoluta mancanza nell'affidatario (assoggettato al controllo) di autonomia imprenditoriale e di potere decisionale distinto da quello dell'amministrazione. In tal modo l'affidatario costituirebbe null'altro che una propaggine organizzativa dell'amministrazione. Alcuni autori, in dottrina, sono quindi giunti a qualificare l'*in house providing* quale forma di «autoproduzione del servizio pubblico»⁹⁷.

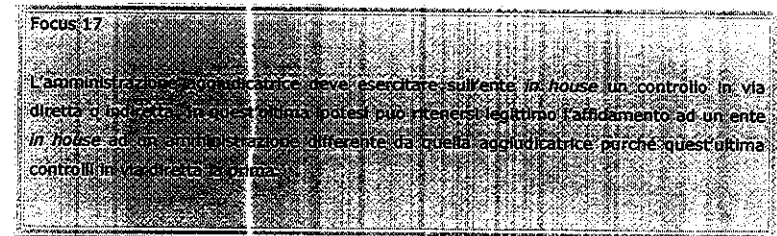
Focus 16

Il modello dell'*in house providing* presuppone un'assoluta mancanza nell'affidatario (assoggettato al controllo) di autonomia imprenditoriale e di potere decisionale distinto da quello dell'amministrazione.

Il controllo sull'ente affidatario non può essere esercitato da parte di un qualsiasi organismo di diritto pubblico, ma deve essere esercitato – direttamente o indirettamente – da quella stessa amministrazione che sia destinataria in via principale delle prestazioni del potenziale affidatario⁹⁸.

Nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'ente affidatario il «controllo analogo» in via indiretta è necessario che la stessa amministrazione abbia un rapporto diretto con la società che, a sua volta, controlla in via diretta l'*in house provider*. In tal modo si garantisce che l'amministrazione aggiudicatrice possa gestire la partecipazione nel capitale dell'ente affidatario (*in house*) il quale, per tale via si configura come

organo interno operativo della società interamente partecipata dall'amministrazione aggiudicatrice⁹⁹.



2.2. Il controllo operativo economico

Per configurare *in house providing* oltre al «controllo analogo», è necessario che l'affidatario svolga la «parte più importante della propria attività con» l'amministrazione aggiudicatrice che lo controlla¹⁰⁰.

Per verificare la sussistenza di quest'ulteriore requisito è necessario avere riguardo al destinatario dell'attività economica esercitata dall'affidatario; laddove tale attività sia destinata per la parte preponderante a vantaggio dell'amministrazione aggiudicatrice che detiene il «controllo analogo», si è in presenza di un affidamento *in house*, in quanto l'amministrazione utilizza le prestazioni dell'affidatario per destinarle principalmente a proprio vantaggio¹⁰¹.

L'individuazione della destinazione dell'attività esercitata dal soggetto controllato in favore dell'ente controllante deve essere effettuata in concreto

⁹⁹ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-373/00, *Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*, cit..

¹⁰⁰ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Léger, nella causa C- 94/99, cit., punto 81.

¹⁰¹ La situazione riproduce quella di un servizio interno che compie delle prestazioni in favore dell'istituzione cui appartiene. Viene meno, in tal senso, quell'autonomia dell'operatore che, di per sé, comporta l'obbligo del rispetto delle procedure comunitarie, per gli appalti pubblici, a tutela della concorrenza. È solo in tale ipotesi che si può difendere l'idea di un prolungamento amministrativo dell'ente pubblico che lo esonera dall'osservare le regole di concorrenza prescritte dalla direttiva qualora esso stesso scelga di effettuare le operazioni economiche di cui ha bisogno. Cfr., in tal senso, le conclusioni dell'Avvocato generale Léger, nella causa C- 94/99, cit..

⁹⁷ Così, testualmente, CIA G, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in http://www.cia.gov.it/autonomia/autonomia/studi/contributi/ciaa_articolo.htm

⁹⁸ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Léger, nella causa C- 94/99, cit.. «La dimostrazione di un'origine pubblica degli enti non può bastare», essendo «determinante verificare se l'autorità pubblica che esercita il controllo e l'amministrazione aggiudicatrice siano una sola e stessa persona».

al momento dell'affidamento¹⁰² e non avendo riguardo a dati di carattere meramente formale, quali lo statuto, l'oggetto sociale o la competenza attribuita al *provider*, in quanto l'attività di questo può avere subito successive modificazioni non formalizzate attraverso una modifica dello statuto e che, tuttavia, devono essere tenute in considerazione.

Il controllo «analogo», infatti, deve ritenersi sussistente anche quando la destinazione in via prevalente dell'attività in favore dell'amministrazione aggiudicatrice controllante risulti da un mutato stato di fatto, non formalizzato mediante revisione dello statuto dell'*in house provider* in ordine all'oggetto sociale o mediante previsione normativa¹⁰³.

La stipulazione di contratti, convenzioni, accordi quadro che prevedano una stabile destinazione dell'attività svolta dall'ente a favore dell'amministrazione che ne detiene il controllo «analogo», possono pertanto rendere legittimo un affidamento *in house* anche nell'ipotesi in cui nello statuto del controllato non vi sia la previsione di una destinazione prevalente dell'attività sociale in favore dell'amministrazione controllante.

In conclusione, soltanto quando l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'affidatario un "controllo analogo" e, al contempo, quest'ultimo svolga la propria attività in via prevalente in favore della stessa amministrazione, si può ritenere sussistente un rapporto di delegazione interorganica (o di «*prolungamento amministrativo*» o «*proiezione amministrativa*» dell'ente pubblico) ed escludere l'obbligo di osservanza delle regole comunitarie.

¹⁰² Una tale scelta è fondata di rilevanti conseguenze. L'accertamento in astratto, su base puramente formale, infatti, porterebbe ad escludere tutti gli enti che istituzionalmente hanno una pluralità di destinatari: potenzialmente ulteriori all'amministrazione controllante. Tali enti, ad un esame effettivo, potrebbero facilmente essere esclusi dall'applicazione delle direttive ed essere oggetto di affidamento *in house* in virtù di un concreto rapporto instaurato con un'amministrazione aggiudicatrice, prevalente rispetto alle altre sue attività.

¹⁰³ Corte Giustizia, 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau Ag e a.*, punti 49 e ss., con riferimento alla legittimità dell'affidamento diretto di pubblici servizi da parte del comune di Vienna in favore di una società di capitali (EBS), costituita dall'ente stesso, senza che lo statuto societario prevedesse alcuna posizione particolare del soggetto aggiudicatario rispetto all'ente controllante.

Focus 18

Soltanto quando l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'affidatario un "controllo analogo" e, al contempo, quest'ultimo svolga la propria attività in via prevalente in favore della stessa amministrazione, si può ritenere sussistente un rapporto di delegazione interorganica che legittima la deroga alla disciplina comunitaria sugli appalti.

In tali casi, lo svolgimento stabile ed istituzionale dell'attività di un'amministrazione aggiudicatrice per il tramite di un soggetto da questa controllato, costituisce esercizio del potere di autorganizzazione dell'amministrazione aggiudicatrice medesima, che esula dal sindacato di compatibilità con le norme a tutela concorrenza anche dal punto di vista del diritto comunitario, il quale rimane indifferente rispetto alle scelte effettuate dalla pubblica amministrazione in ordine alle proprie modalità gestionali.

3. Le circolari interpretative emanate dal governo italiano

La Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle politiche comunitarie, con Circolare del 19 ottobre 2001, n. 12727¹⁰⁴, nelle more della riforma del T.U.E.L. (D. Lgs. n. 267/00), ha fornito chiarimenti in relazione ad alcune problematiche attinenti l'affidamento della gestione di servizi pubblici da parte di enti locali a società miste¹⁰⁵. La Circolare può comunque ritenersi utile anche per le amministrazioni centrali, allorché queste si apprestino a valutare se sussista la possibilità di procedere ad affidamenti *in house* in alternativa alle procedure di aggiudicazione previste dal complesso sistema delle direttive appalti.

¹⁰⁴ Pubblicata in G.U. n. 264 del 13.11.2001.

¹⁰⁵ La Circolare ha inteso richiamare l'attenzione delle amministrazioni locali riguardo a comportamenti elusivi dei principi di concorrenza del Trattato, in materia di affidamento della gestione di servizi pubblici locali, facendo in particolare riferimento alla procedura di infrazione avviata dalla Commissione dell'Unione Europea nei confronti dello Stato italiano, per la violazione delle disposizioni comunitarie. Sebbene la procedura dovesse ritenersi estinta per intervenuti mutamenti legislativi, la circolare ha fornito alla Presidenza del consiglio dei Ministri l'occasione per sottolineare i significativi profili dell'appalto *in house* fino a quel punto delineati dalla giurisprudenza comunitaria.

La Circolare richiama l'attenzione sull'obbligo, per l'ente affidatario, di rispettare i principi dell'evidenza pubblica "a valle".

La società che consegua, nel rispetto dei principi stabiliti a livello comunitario, l'affidamento diretto 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 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 "a valle" e ciò in considerazione del fatto che le società di che trattasi, alle condizioni fin qui tratteggiate, si atteggiavano alla stregua di *longa manus* dell'ente locale, ossia di un suo prolungamento amministrativo¹⁰⁶. In tal modo viene garantito, seppure in un secondo momento, il rispetto del complessivo sistema delle direttive comunitarie. Se si considera, infatti, l'ente *in house* come prolungamento amministrativo dell'amministrazione aggiudicatrice, qualora lo stesso decida a sua volta di esternalizzare lo svolgimento del servizio, ha l'obbligo di affidare l'appalto nel rispetto delle procedure previste dalle direttive.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento politiche comunitarie, è successivamente ritornata, sia pur per inciso, a trattare il tema degli affidamenti *in house* nell'ambito di circolari interpretative¹⁰⁷ interne¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Si veda punto 7 della Circolare.

¹⁰⁷ Le circolari possono essere classificate in ragione del loro contenuto e della loro funzione, distinguendo tra: circolari organizzative, di cortesia, informative, normative ed interpretative. Con questa ultima, che maggiormente rilevano in questa sede, gli organi di vertice dell'amministrazione intendono perseguire il risultato di un'applicazione uniforme del diritto obiettivo, specificando quale sia a loro parere l'interpretazione corretta di una o più norme. L'efficacia delle circolari interpretative è stata oggetto di valutazioni contrastanti. Sembra preferibile quella che vede le circolari non dotate di una efficacia *ex se* vincolante ma in grado di orientare l'azione amministrativa solo nella misura in cui forniscono una corretta esegesi del quadro normativo di riferimento.

¹⁰⁸ Le norme interne, a differenza di quelle contenute nelle fonti del diritto (primarie e secondarie), danno luogo a prescrizioni indirizzate soltanto a coloro che svolgono l'attività nell'ambito della P.A., risultando dunque dotate di vigore esclusivamente all'interno dell'ordinamento che le produce, senza assumere alcuna rilevanza nell'ordinamento giuridico generale. Le principali norme interne sono: i regolamenti interni (recanti disposizioni sul funzionamento degli uffici); gli ordini (contenenti un comando ad agire in un determinato modo, impartito da una autorità gerarchicamente superiore nei confronti di una inferiore - subordinata); le direttive (che, a differenza degli ordini fissano un obiettivo da perseguire ad opera di un'autorità subordinata, ferma restando in capo a quest'ultima una certa discrezionalità nell'individuare le modalità, gli strumenti e i tempi con cui raggiungere l'obiettivo prefissato); le istruzioni (contenenti disposizioni di carattere tecnico impartite da uffici superiori a uffici subordinati ad uffici amministrativi); le circolari che costituiscono la categoria più incerta per quanto riguarda i contorni dogmatici CARINGELLA F., *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, 2004, p. 308.

Con la Circolare 1 marzo 2002¹⁰⁹ avente ad oggetto le concessioni da parte delle amministrazioni per realizzare e finanziare grandi lavori d'infrastruttura e per offrire taluni servizi, la Presidenza del Consiglio ha ribadito l'inapplicabilità delle direttive appalti in caso di affidamento *in house*¹¹⁰, precisando che tale fenomeno è ravvisabile solo ove manchi un vero e proprio rapporto giuridico tra ente pubblico e soggetto gestore.

La successiva Circolare del 6 giugno 2002¹¹¹, riguarda gli appalti pubblici nel settore dei servizi di cui alla direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992 del Consiglio, aventi un importo inferiore alla soglia di applicazione prevista dalla legislazione comunitaria.

La Circolare si fonda sulla giurisprudenza comunitaria che aveva ribadito che gli appalti di modesto rilievo non sono esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario, essendo pacifico che le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono comunque tenute a rispettare i principi fondamentali del Trattato¹¹². Afferma quindi che anche per gli appalti pubblici sottosoglia, per i quali vige in ogni caso l'obbligo di rispetto dei principi di trasparenza e di concorrenza, è possibile, quale evenienza eccezionale, un affidamento diretto ad un soggetto in rapporto di delegazione interorganica¹¹³ solo in presenza delle note ragioni, adeguatamente motivate.

Il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, con la successiva Circolare del 6 dicembre 2004, sull'«Affidamento *in house* del

¹⁰⁹ Circolare 1 marzo 2002, n. 3944, recante "Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori", G.U. n. 102 del 3 maggio 2002. Essa si inserisce nel dibattito aperto dalla comunicazione interpretativa della Commissione Europea sulle concessioni, anche alla luce della (allora) recente giurisprudenza comunitaria in materia (Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Teleaustria c. Post e Telekom Austria*).

¹¹⁰ Al punto 6 della circolare n. 3944 del 2002 viene integralmente riportato quanto già indicato al punto 4 della circolare n. 12727 del 2001.

¹¹¹ Circolare 6 giugno 2002, n. 8756, recante "Normativa applicabile agli appalti pubblici sottosoglia", G.U. n. 178 del 31 luglio 2002.

¹¹² Causa C-324/98, *Teleaustria c. Telekom Austria*, cit.

¹¹³ Al punto 6 si specifica che: «...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».

servizio idrico integrato⁴¹⁴ ha fornito una serie di indicazioni in relazione alle società di gestione a capitale interamente pubblico introdotte dal T.U.I.T., come riformato dal D.Lgs. n. 269/2003. La principale peculiarità che distingue tali società dalle altre società regolate dal codice civile, risiede nella legittimazione a diventare soggetto affidatario del servizio idrico integrato senza propedeutica gara europea ad evidenza pubblica.

La problematica ivi affrontata riguarda la disciplina degli enti locali; ciò nonostante all'interno della circolare sono desumibili spunti che appaiono degni di pregio in riferimento al fenomeno *in house*.

Il Ministero, facendo riferimento alla fattispecie societaria sopra richiamata, ribadisce che essa «*rappresentando un contenitore atipico (...) 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 (...) l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitano sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi*». In questo caso non si configura un rapporto contrattuale tra l'amministrazione che conferisce il servizio ed un soggetto effettivamente distinto da essa ed autonomo sul piano decisionale; si realizza, piuttosto, un rapporto riconducibile a quello che l'amministrazione ha nei confronti dei propri servizi, pur tenuto conto della peculiarità del modello societario in cui tali servizi sono organizzati.

Un tale modello gestionale rappresenta un'ipotesi alternativa a quella disciplinata dalle direttive comunitarie sugli appalti pubblici, che potrà essere utilizzato solo in casi residuali ed eccezionali «*venendosi contrariamente ad eludere i principi derivanti dai trattati, in particolare le*

⁴¹⁴ Circolare 6 dicembre 2004 del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, recante "Affidamento *in house* del servizio idrico integrato", in G.U. n. 291 del 13.12.2004. La circolare si inserisce nell'ambito di un'analisi delle società di gestione a capitale interamente pubblico, introdotte dall'art. 14 del decreto-legge n. 269 del 30 settembre 2003, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326, e contemplate alla lettera c) del comma 5 del novato art. 113 del T.U.E.L. approvato con D. Lgs. n. 267/2000. Tale forma societaria rappresenta una forma gestionale innovativa la cui modalità di costituzione, operatività e funzionalità, in adeguamento alla cornice normativa esistente in materia societaria, sono disciplinate dalla circolare, nella quale sono definite le condizioni essenziali e non eludibili per ricorrere all'affidamento con le suddette modalità e per rispettare i principi del diritto comunitario.

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».

Volendo estendere al caso delle amministrazioni centrali le considerazioni ivi rappresentate per gli enti locali, dovrebbe concludersi per il carattere strettamente eccezionale del modello societario *in house*, il quale dovrebbe configurarsi come un'opportunità residuale. Tale conclusione discenderebbe dalla circostanza che, «*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*».

La peculiarità della fattispecie considerata dalla circolare in questione, tuttavia, induce a considerare non generalizzabili le conclusioni ivi rappresentate. Appare tuttavia farsi strada una diversa concezione del fenomeno "*in house*" che, alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali (che verranno di seguito analizzate), pur non potendosi considerare alla stregua di un *rèvirement* rispetto ai noti e consolidati principi giurisprudenziali analizzati nel corso del presente lavoro, permette di individuare una nuova possibile direzione del percorso iniziato con la sentenza Teckal.

La tendenza che sembra sempre più affermarsi è quella di non considerare la scelta tra *outsourcing* ed *in house* del tutto discrezionale.

Tale scelta, motivata sulla base dei criteri di efficienza, efficacia ed economicità, verrebbe in tal modo sostituita dal superiore fine di apertura al mercato con l'effettiva messa in concorrenza del servizio da attuarsi, ad esempio, mediante l'affidamento diretto alle società a capitale misto

pubblico privato¹¹⁵, previa individuazione del socio privato mediante procedimento di gara europea¹¹⁶.

4. L'evoluzione della nozione di controllo e l'ambito dell'*in house providing* alla luce della più recente giurisprudenza

La prassi amministrativa generata dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale si è sviluppata nel senso di una moltiplicazione degli affidamenti diretti di servizi, forniture e lavori da parte di amministrazioni aggiudicatrici ad enti di natura giuridica diversa, con una particolare preferenza per le società a prevalente partecipazione pubblica.

Le pronunce della Corte di Giustizia e le conclusioni degli Avvocati generali, hanno esteso il più possibile l'ambito di configurabilità del «controllo analogo» di cui alla sentenza Teckal.

L'ampliamento di tale concetto, nel duplice aspetto richiesto di controllo strutturale e controllo operativo-economico, ha costituito un *iter* evolutivo che, pur suscettibile di essere ritenuto giuridicamente corretto e compatibile con la *ratio* del complessivo sistema creato dalle direttive comunitarie sugli appalti, ha finito tuttavia per spianare il campo ad un utilizzo dell'affidamento diretto che, da metodo eccezionale, ha finito per rappresentare metodo ordinario. Il tutto, chiaramente, a scapito delle procedure ad evidenza pubblica stabilite nelle direttive comunitarie. Queste ultime, pur riconoscendo in via di principio agli Stati membri il potere di decidere attraverso quali forme organizzative provvedere all'acquisizione di beni o servizi, prescrivono pur sempre l'obbligo di qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di applicare le norme in esse prescritte qualora ne ricorrano i presupposti.

¹¹⁵ A tale figura societaria è dedicata un'altra circolare del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, anche essa del 6 dicembre 2004, pubblicata in G.U. n. 291 del 13.12.2004, recante "Affidamento del servizio idrico integrato a società a capitale misto pubblico-privato".

¹¹⁶ Sebbene tale tendenza sia allo stato meramente ipotetica, tali considerazioni appaiono non del tutto prive di riscontro fattuale. Si fa strada alla luce della più recente giurisprudenza (sul punto si veda il paragrafo successivo), una progressiva limitazione degli affidamenti *in house*, dovuta ad una più restrittiva interpretazione del concetto di «controllo analogo» che costituisce il principale riferimento per verificare la sussistenza del rapporto di delegazione interorganica.

L'esigenza di provvedere ad arginare il fenomeno dell'eccessivo ed ingiustificato ricorso ad affidamenti in via diretta è stata manifestata dalla Corte di Giustizia a partire dalla sentenza del 10 aprile 2003, nelle cause riunite C-20/01 e C-28/01¹¹⁷. Anche se nel caso sottoposto, la Corte era chiamata a pronunciarsi sull'applicabilità delle deroghe previste dall'art. 11, n. 3 della direttiva (di ricorso alla procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione del bando di gara)¹¹⁸, le conclusioni cui giunge incidono in modo significativo sui limiti di applicabilità dell'affidamento *in house* fino ad allora consolidatisi.

La Corte ha stabilito infatti che «le disposizioni (...) 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 e che l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano una deroga gravano su colui che intenda avvalersene» paventando, altresì, che «il rischio di una violazione del principio di non discriminazione è particolarmente elevato qualora un'amministrazione aggiudicatrice decida di non assoggettare un determinato appalto alla concorrenza»¹¹⁹.

Viene manifestato, quindi, il prevalere delle esigenze di tutela della concorrenza (maggiormente garantita dalle procedure ad evidenza pubblica), rispetto a quelle di garanzia dell'autonomia dell'amministrazione nella scelta di ricorrere a forme di autorganizzazione.

Viene a palesarsi in modo chiaro la volontà delle istituzioni comunitarie di limitare la possibilità di ricorrere all'affidamento diretto in alternativa alle procedure ad evidenza pubblica, ribadita poi, in termini

¹¹⁷ Corte di Giustizia, sentenza 10 aprile 2003, Cause riunite C-20/01 e C-28/01, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Federale di Germania e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, pt. 58; cfr. anche, per quanto riguarda gli appalti di lavori pubblici, Corte di Giustizia, sentenza 28 marzo 1996 causa C-318/94, *Commissione c. Repubblica federale tedesca*. La Corte di Giustizia veniva chiamata a decidere due ricorsi, successivamente riuniti, presentati dalla Commissione europea avverso la Repubblica Federale Tedesca, in relazione all'asserita violazione da parte di due comuni, delle disposizioni della direttiva 92/50/CEE, con riguardo agli obblighi da essa imposti alle amministrazioni aggiudicatrici in relazione all'applicazione delle proprie norme.

¹¹⁸ L'art. 11, n. 3, lett. b), della direttiva 92/50/CEE stabilisce che «le amministrazioni possono aggiudicare appalti pubblici di servizi mediante procura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara nei casi seguenti: [...] b) qualora, a causa di motivi di natura tecnica od artistica ovvero per ragioni attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'esecuzione dei servizi possa venir affidata unicamente ad un particolare prestatore di servizi».

¹¹⁹ Corte di Giustizia, sentenza 10 aprile 2003, pt. 64.

inequivocabili, nella successiva sentenza Stadt Halle¹²⁰ con riferimento specifico alla problematica *in house*.

Focus 19

Le disposizioni che autorizzano deroghe alle norme in materia di appalti pubblici di servizi devono essere interpretate restrittivamente.

L'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano una deroga gravano su colui che intenda avvalersene.

La Corte, con una sentenza destinata a segnare una sorta di spartiacque nella definizione dei requisiti del «controllo analogo», era chiamata a pronunciarsi sul quesito se un'amministrazione aggiudicatrice potesse legittimamente stipulare - con una società nella quale detiene (peraltro indirettamente¹²¹) una partecipazione maggioritaria e le cui quote di minoranza sono detenute da un'impresa privata - un contratto a titolo oneroso relativo a servizi in deroga alle norme previste dalla direttiva 92/50/CEE.

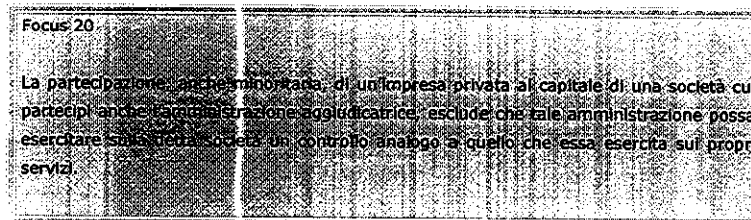
I giudici hanno evidenziato che il principale obiettivo delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici è garantire la libera circolazione dei servizi e l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri. Per tali motivi, le norme comunitarie sugli appalti devono sempre

¹²⁰ Corte di Giustizia, sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau GmbH c. TREA Leuna*. La vicenda che ha dato origine alla pronuncia della Corte nasceva a seguito della decisione della città di Halle di affidare, senza fare ricorso a procedure ad evidenza pubblica, alla RPL Lochau - società il cui capitale di maggioranza è indirettamente detenuto dalla città di Halle e per il resto di proprietà di una società privata - un incarico avente ad oggetto l'elaborazione di un progetto di costruzione di un impianto tecnico di smaltimento e valorizzazione dei propri rifiuti urbani residuali. La detta amministrazione, inoltre, aveva al contempo avviato, anche in tal caso al di fuori delle procedure di appalto, una trattativa con la RPL Lochau in vista della conclusione di un contratto per lo smaltimento dei rifiuti in questione. La TREA Leuna, società interessata alla fornitura dei servizi oggetto di incarico diretto alla RPL Lochau, impugnava le deliberazioni della città di Halle davanti alla competente autorità amministrativa.

¹²¹ La società RPL Lochau risultava essere una subcontrollata dell'ente locale. Ed infatti, la città di Halle era proprietaria al 100% della sua controllata diretta (la società "figlia" Verwaltungsgesellschaft für Versorgung und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle GmbH), la quale deteneva a sua volta il 100% della società Stadtwerke Halle GmbH (società "nipote" della città di Halle) che deteneva le quote di controllo del capitale sociale della RPL Lochau (società "pronipote" della città di Halle) nella misura del 75,1%, il residuo 24,9% essendo di proprietà di una semplice impresa privata.

essere applicate qualora ne sussistano i presupposti. Tale obbligo sussiste anche qualora il prestatore di servizi (l'offerente, ai fini della direttiva) sia un'amministrazione aggiudicatrice. Qualsiasi deroga al principio generale-ivi compresa quella applicabile, in virtù della sentenza Teckal, nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice esercita sull'affidatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e l'affidatario realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione aggiudicatrice - deve essere interpretata in maniera restrittiva¹²².

La Corte tuttavia ha osservato che, nel caso Teckal, l'affidatario era un consorzio costituito da più amministrazioni aggiudicatrici (al quale partecipava anche l'amministrazione procedente all'affidamento)¹²³ il cui capitale risultava, pertanto, interamente in mano pubblica; nel caso esaminato, viceversa, la partecipazione anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società cui partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi. La partecipazione di un'impresa privata al capitale dell'ente affidatario, in altre parole, comporta la non applicabilità della deroga ai principi della direttiva. Qualsiasi deroga ai principi generali, infatti, non risulta suscettibile di applicazione estensiva.



¹²² Cfr. quanto affermato nelle conclusioni dell'Avvocato generale L.A. Geelhoed e nei punti della sentenza 10 aprile 2003, Cause riunite C-20/01 e C-28/01, *Commissione Europea c. Repubblica Federale di Germania e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, pt. 58; cfr. anche, per quanto riguarda gli appalti di lavori pubblici, Corte di Giustizia, sentenza 28 marzo 1996 causa C-318/94, *Commissione c. Repubblica Federale tedesca*.

¹²³ Per usare la classificazione dell'Avvocato generale si verteva in un'ipotesi "quasi in-house" del tipo b).

La Corte ha motivato la propria scelta in considerazione del fatto che il rapporto di un'amministrazione aggiudicatrice con un ente *in house* è diretto sempre al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, mentre l'investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie di interessi privati, perseguendo, chiaramente, obiettivi di natura differente ed incompatibile con i primi. Tale circostanza, inoltre, sarebbe idonea a pregiudicare l'obiettivo delle direttive comunitarie di garantire una concorrenza libera e non falsata ed il principio di parità di trattamento e di non discriminazione degli operatori, in quanto legittimerebbe una situazione di ingiustificato vantaggio della società privata che detiene una quota del capitale del soggetto affidatario, rispetto alle imprese sue concorrenti.

L'Avvocato generale ha evidenziato come tale caso andasse risolto con riguardo ai presupposti per gli affidamenti di appalti da parte di amministrazioni aggiudicatrici a società controllate (definiti, per la prima volta, come affidamenti «quasi *in house*») che andavano distinti dagli affidamenti effettuati a servizi propri (affidamenti *in house*). Gli affidamenti «quasi *in house*», si legge, in particolare, sarebbero classificabili in tre tipi: a) quello relativo a società proprie (società detenute al 100% dall'autorità aggiudicatrice o da organismi da questa detenuti); b) quello che riguarda società a capitale interamente pubblico detenuto da più soci (società con partecipazione di più amministrazioni aggiudicatrici); c) quello, infine, relativo a società miste pubblico-private (società con partecipazione anche di veri e propri soggetti privati).

La distinzione tra società *in house* e «quasi *in house*», tuttavia, non sposta l'attenzione dal fatto che l'elemento rilevante al fine di poter ravvisare la presenza del controllo analogo è quello della verifica, nel caso concreto, della sussistenza di un rapporto di delegazione interorganica (subordinazione gerarchica) tra l'amministrazione aggiudicatrice ed il soggetto affidatario.

Lo stesso Avvocato generale, in ordine alla sussistenza del controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sull'ente affidatario partecipato minoritariamente da un'impresa privata, ha fatto riferimento ai due noti

criteri individuati dalla sentenza Teckal: il controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, da un lato, e lo svolgimento della parte più importante della propria attività con l'ente che esercita il controllo, dall'altro.

Quanto all'analisi del primo criterio, l'Avvocato generale, richiamando le conclusioni rassegnate dal collega Léger nella causa ARGE (attribuendo ad esse un significato forse più ampio di quello inteso dall'autore), ha affermato che lo stesso aveva «ritenuto applicabile l'eccezione Teckal già nel caso di una quota del 50,5%».

Attraverso un articolato esame dell'incidenza del diritto societario nazionale sul concetto di controllo analogo di diritto comunitario, l'Avvocato Alber ha concluso che «la Direttiva 92/50/CEE (...) 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».

Secondo l'Avvocato generale, quindi, la deroga all'applicazione della direttiva 92/50/CEE non può essere esclusa per il solo fatto che un'impresa privata detenga una partecipazione nel capitale sociale dell'affidatario. In altri termini, ragionando *a contrario*, la circostanza che un'impresa a capitale privato partecipi alla proprietà dell'ente affidatario non sarebbe condizione di applicabilità, sempre e comunque, della disciplina comunitaria stabilita dal sistema delle direttive appalti.

In relazione alla sussistenza della seconda condizione (svolgimento della parte più importante dell'attività con l'ente che esercita il controllo), l'Avvocato generale ha chiarito che assumono rilievo le attività effettive, e non anche le attività astrattamente consentite dalla legge o dallo statuto sociale, o addirittura quelle che l'organismo controllato è obbligato a svolgere. Il giudice nazionale, quindi, per verificare l'ulteriore requisito della destinazione prevalente dell'attività, deve accertare quale è la parte più importante delle attività svolte dall'ente, sulla base di elementi quantitativi e qualitativi, tenendo, altresì, in considerazione la posizione sul mercato -

nei confronti di eventuali concorrenti - del medesimo ente. L'Avvocato generale, in conclusione, ha affermato che *«affinché un organismo controparte - con la partecipazione di un socio privato - possa considerarsi come facente parte della pubblica amministrazione ovvero come organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice, è determinante la concreta configurazione del rapporto, mentre non è decisiva l'entità della partecipazione»*.

La Corte, invece, ribaltando radicalmente le conclusioni dell'Avvocato generale, ha invece ritenuto 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»*.

La sentenza pone fine al ruolo attivo delle cosiddette società miste pubblico-private negli affidamenti *in house*. La proliferazione di tale tipologia di soggetti giuridici, spesso caratterizzata da una partecipazione di maggioranza indirettamente detenuta da un'amministrazione aggiudicatrice ha evidentemente fatto suonare un campanello di allarme per le istituzioni comunitarie nell'esercizio delle proprie funzioni di garanti del rispetto dei principi del Trattato e del diritto da esso derivato.

Focus 21

Nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 92/50/CEE con una società da essa giuridicamente distinta nella quale 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.

La sentenza Stadt Halle, sottintende la volontà di impedire l'utilizzo di pratiche potenzialmente lesive della concorrenza attraverso l'affidamento diretto di servizi ad enti partecipati da un'impresa privata che sia sfuggita, così, alle regole della gara pubblica. Si finirebbe per favorire, come indicato dalla Corte, l'impresa privata che detiene le quote di capitale dell'affidatario non sottoponendosi all'"esame" del mercato, né al momento dell'acquisizione della quota di partecipazione al capitale del soggetto affidatario, né successivamente, al momento effettivo dell'affidamento.

Una tale preoccupazione era stata, in realtà, già manifestata dalla Commissione nel Libro Verde - COM (2004) 327 - relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni. Traspone tra le righe di tale documento l'intenzione di regolamentare il *Public Private Partnership*, ponendo attenzione al momento dell'individuazione del partner privato da parte dell'amministrazione. La procedura deve essere assoggettata alla disciplina della gara ad evidenza pubblica, in modo da garantire lo sviluppo/utilizzo, in concorrenza effettiva e di chiarezza giuridica, dei partenariati pubblico-privati.

E' presumibile che il limite posto dalla sentenza alla possibilità di realizzare affidamenti diretti *in house* a favore di società miste pubblico-private, ricollegandosi alle esigenze manifestate dagli operatori nelle osservazioni presentate alla Commissione sul contenuto del Libro Verde, determinerà una progressiva sovrapposizione tra quest'ultimo e l'affidamento *in house*, che potrebbe portare all'individuazione di una nuova concezione di controllo.

CAPITOLO III - ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO ED ENTE IN HOUSE NEGLI APPALTI PUBBLICI DI SERVIZI: ISTITUTI DISTINTI O INSIEMI CHE SI INTERSECANO?

SUMMARY: 1. L'organismo di diritto pubblico nel sistema delle direttive appalti. 2. Organismo di diritto pubblico ed ente in house negli appalti di servizi. - 2.1. Differenze nel controllo strutturale. - 2.2. Differenze nella destinazione dell'attività. 2.3. Sovrapposizione tra le due figure negli appalti pubblici di servizi.

1. L'organismo di diritto pubblico nel sistema delle direttive appalti

Le nozioni di amministrazione aggiudicatrice e di organismo di diritto pubblico sono state oggetto di specifica trattazione nella parte I del presente studio, cui si rimanda.

Si rammenta tuttavia che «organismo di diritto pubblico» è enunciato giuridico di delimitazione dell'ambito soggettivo di applicazione delle direttive comunitarie sugli appalti pubblici, utile ad individuare quali organizzazioni, oltre allo Stato, gli enti locali e le relative associazioni, siano tenute all'osservanza della disciplina comunitaria avente ad oggetto le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori, servizi, forniture.

Se, da un lato, quindi, l'organismo di diritto pubblico non esaurisce l'insieme dei soggetti sottoposti alla disciplina in questione, dall'altro, esso ne costituisce certamente l'evoluzione più recente, rappresentando il bisogno di ampliarne il novero. Tale esigenza coincide con la preoccupazione di garantire l'effetto utile della disciplina sugli appalti pubblici, assicurandone l'applicazione nei diversi ordinamenti degli Stati membri nel maggior grado possibile.

Il sistema complessivamente delineato dalle direttive appalti, infatti, costituisce un intervento del legislatore al fine di correggere le imperfezioni che, inevitabilmente, si manifesterebbero nel mercato di lavori, beni e servizi, e che, qualora se ne lasciasse la regolamentazione alla "mano

invisibile" di smithiana memoria, difficilmente riuscirebbe a tendere verso un modello efficiente.

Le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici costituiscono, quindi, un controllo "artificiale" rispetto a quello "naturale" (che solo un mercato perfettamente concorrenziale riuscirebbe a garantire) sull'impiego delle risorse pubbliche. La creazione della figura dell'organismo di diritto pubblico ha lo scopo di ampliare l'ambito di tale controllo "artificiale". Da un lato, essa permette di trattare in modo uniforme le diverse modalità organizzative di cui dispongono le pubbliche amministrazioni degli Stati membri; dall'altro, rende possibile garantire l'applicazione della disciplina degli appalti pubblici anche a soggetti diversi dallo Stato e dagli enti territoriali.

Nei confronti di tali organismi, invero, permane la convinzione che le regole di mercato non riescano ad affermarsi *naturaliter*, anche ove si tratti di organizzazioni per gran parte disciplinate dal diritto privato, ma utilizzate e strutturate dalle pubbliche amministrazioni per il perseguimento di interessi pubblici.

L'esigenza di assicurare l'uniformità del diritto applicabile in ordinamenti giuridici nazionali differenti tra loro ed il bisogno di estendere il più possibile l'ambito di applicazione delle direttive appalti hanno indotto il legislatore comunitario a creare una definizione di organismo di diritto pubblico attenta il più possibile alla realtà dei fenomeni che è tesa a disciplinare e, al contempo, il più possibile "insensibile" alle categorie dei diritti nazionali.

L'istituto dell'organismo di diritto pubblico ha così assunto la rilevanza tipica di un istituto cardine del diritto comunitario, con una rilevanza molto più estesa - anche nell'ordinamento dei singoli Stati membri - rispetto al settore degli appalti pubblici, nel cui ambito è chiamato maggiormente (se non esclusivamente) ad operare¹²⁴. La tendenza ad ampliarne oltremodo i confini, tuttavia, non sempre implica un corrispondente ampliamento

¹²⁴ GRECO G., *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, cit., pp. 733 e ss.

dell'ambito di applicazione del complessivo sistema delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici.

Non pare, in altri termini, corretta la tesi secondo la quale l'estensione dell'ambito soggettivo della nozione di organismo di diritto pubblico determinerebbe ex se un ampliamento dei casi di applicazione delle direttive comunitarie e, conseguentemente, un'estensione del grado di tutela della concorrenza per il corrispondente aumento dei casi di ricorso obbligatorio a gare pubbliche e pubblicità comunitaria. Tale tesi, infatti, risulta valida per gli appalti pubblici di lavori e forniture, ma non per gli appalti pubblici di servizi.

L'art. 6 della direttiva 92/50/CEE sugli appalti pubblici di servizi, ai sensi del quale la direttiva stessa «*non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione (aggiudicatrice) ai sensi dell'art. 1, lettera 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*» ha l'effetto di escludere l'applicazione della direttiva quando essa avvenga tra due amministrazioni aggiudicatrici, e quindi anche tra due organismi di diritto pubblico, qualora l'affidatario goda di un diritto di esclusiva.

La disposizione tratta una problematica notevolmente complessa e solleva alcune perplessità in relazione alla sua compatibilità con i principi della libertà economica e della libertà di prestazione di servizi, al quale gli Stati nazionali sono sottratti solo se, ed in quanto, esercitano delle funzioni che siano espressione della loro stessa sovranità¹²⁵.

La giurisprudenza comunitaria è passata da una posizione originaria piuttosto prudente circa la sindacabilità del potere discrezionale degli Stati membri nell'istituire diritti speciali ed esclusivi, ad una posizione più rigida, stabilendo la necessità di verificare in concreto, caso per caso, se

¹²⁵ Così, DEL CASTILLO, C. GALTIERI, U. REALPONZO, *Appalti pubblici di servizi*, Milano 2002, ove si sottolinea che il diritto comunitario vede con sfavore «riserve legali a favore di enti ed imprese pubbliche, in quanto fattore di rigidità del mercato, che tende a rispondere a logiche di tipo politico-burocratico».

l'operazione di riserva sia compatibile con l'art. 86 (ex art. 90) del Trattato ovvero, in altri termini, se nella singola fattispecie è effettivamente necessario ed inderogabile per lo Stato membro, mantenere o costruire ex novo diritti speciali od esclusivi.

Fermo restando quindi, il problema di verificare se il diritto di esclusiva, di cui gode l'amministrazione aggiudicatrice affidataria, sia stato legittimamente creato¹²⁶, resta il dato normativo in virtù del quale la creazione di un tale diritto in capo ad essa le consente di essere soggetto affidatario, in via diretta, di un servizio da parte di altra amministrazione aggiudicatrice.

Il sillogismo di cui sopra, allora, per quanto attiene agli appalti di servizi, non solo non risulta valido ma viene, anzi, completamente ribaltato in una delle sue premesse. Con riguardo a tale specifico settore, infatti, l'aumentare del numero di soggetti inquadrabili come organismi di diritto pubblico, titolari di un diritto di esclusiva, comporta una corrispondente riduzione dell'ambito di applicabilità della direttiva.

E' rilevante osservare in proposito che il numero prevalente di società per azioni a partecipazione pubblica è costituito da società di servizi. Ciò potrebbe comportare la possibilità (o il pericolo, in un'ottica di favore per la concorrenza ed il mercato) di una pressoché completa esclusione del ricorso alle procedure di selezione comparativa e di informazione mediante pubblicità comunitaria per gli appalti pubblici nel relativo settore.

L'eccessivo allargamento della nozione di organismo di diritto pubblico, quindi, pur obbligando un sempre maggior numero di enti al rispetto delle procedure comunitarie (in termini generali), consente agli stessi di disporre con estrema facilità di appalti di servizi con affidamenti diretti; il che può alternativamente essere considerato un bene o un male a seconda dei punti di vista, ma costituisce, in ogni caso, un'implicazione necessaria da tenere presente.

¹²⁶ Sul punto si rinvia al capitolo I, par. 6.2.4.

Le valutazioni da tenere in conto nell'analisi costi-benefici, dell'ampliamento dell'ambito oggettivo di applicazione delle direttive comunitarie in generale e del corrispondente restringimento dell'obbligo di ricorso a procedure di evidenza pubblica nel settore servizi, sono necessariamente di natura economica e non possono non essere legate al grado di sviluppo di ciascuno dei diversi mercati regolati dalle direttive appalti.

Il sistema delle direttive appalti, come detto, è strutturato in modo tale da prevedere una specifica disciplina per ogni mercato rilevante. Nonostante la struttura comune che caratterizza la disciplina dei diversi settori, diverse norme del sistema, organicamente considerato, sono specifiche del mercato su cui incidono. Esse perseguono un fine peculiare al settore cui si rivolgono e non sono, pertanto, suscettibili di interpretazione estensiva.

Dando per scontato che il legislatore comunitario avesse ben chiari i fattori critici connotati ai diversi mercati disciplinati, potrebbe ritenersi che la diversa incidenza della nozione di organismo di diritto pubblico sulle varie direttive (in virtù della deroga di cui all'art. 6 della direttiva 92/50/CEE), non costituisce una contraddizione al principio di ampliare al massimo la tutela della concorrenza negli appalti pubblici comunitari quanto, piuttosto, un rimedio specifico previsto a favore del mercato comunitario dei servizi, in considerazione delle intrinseche caratteristiche degli operatori in esso coinvolti e delle dinamiche economiche che lo contraddistinguono¹²⁷.

2. Organismo di diritto pubblico ed ente in house negli appalti di servizi

Alla luce delle considerazioni già svolte sul tema dell'*in house providing* e sulla deroga ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE, sembra aprirsi

¹²⁷ Non manca chi sostiene in proposito che l'affidamento di un servizio ad altri enti pubblici (in genere consorzi o di maggiori dimensioni) sia giustificato in virtù dell'esigenza di raggiungere maggiori economie di scala.

lo spazio per l'analisi del rapporto intercorrente fra organismo di diritto pubblico (affidatario in via diretta ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE) ed ente *in house*, nell'ambito degli appalti pubblici di servizi.

Alcuni autori in dottrina hanno sostenuto la coincidenza delle due fattispecie¹²⁸, considerando la possibilità di fare discendere la configurabilità di un rapporto *in house* dalla espressa previsione contenuta nell'art. 6 della direttiva 92/50/CEE, senza individuare per l'affidamento *in house* un autonomo fondamento giuridico con riferimento alla definizione stessa di contratto di appalto pubblico.

L'opinione più corretta, tuttavia, sembra essere quella di chi sostiene che un'analisi adeguata del rapporto tra le due figure vada piuttosto incentrata sui presupposti stessi dell'*in house providing*, così come individuati dalla giurisprudenza comunitaria. Occorre, in particolare, tenere in considerazione il rapporto con la clausola di esclusione di applicazione della direttiva servizi¹²⁹.

Se si considera l'affidamento *in house* come scelta discrezionale rimessa all'autonomia dell'amministrazione, la quale può rivolgersi al proprio interno (*in house* appunto) per soddisfare le proprie necessità di approvvigionamento, il fenomeno *in house* risulta *ab origine* incompatibile con la definizione comunitaria di contratto di appalto pubblico. Verrebbe, infatti, meno l'incontro di volontà di due soggetti distinti; le prestazioni oggetto del rapporto *in house* tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'ente controllato non costituirebbero l'oggetto di un contratto di appalto pubblico, definito dalle direttive comunitarie come «contratto a titolo oneroso», ma, piuttosto, un fenomeno che si colloca a monte. Un tale fenomeno costituisce un ampliamento della sfera organizzativa pubblica e, quindi, una scelta

¹²⁸ Bovis C., *The liberalisation of public procurements and its effects on the common market*, Aldershot, 1998, 109-110, definisce «*in house contracts*» le fattispecie di cui all'art. 6 della direttiva 92/50.

¹²⁹ L'alternativa viene già prefigurata in Corte di Giustizia, 9 settembre 1999, causa C-108/98, *RI. SAN. S.r.l. c. Comune di Ischia*, cit. Nelle conclusioni dell'avvocato generale, si prendono in considerazione le diverse possibilità di qualificazione giuridica del rapporto intercorrente tra il Comune di Ischia e l'Ischia Ambiente S.p.a.. Secondo l'avvocato generale «*si potrebbe parlare di applicazione della direttiva solo ed unicamente nel caso in cui, da una parte, la Ischia Ambiente S.p.a. non facesse parte della pubblica amministrazione e non costituisse un servizio «in house» e, dall'altra, non esistesse una concessione ai sensi del diritto comunitario» e, comunque, «ove la direttiva 92/50 fosse applicabile, entrerebbe in gioco la deroga prevista all'art. 6 della direttiva».*

formalmente alternativa per il reperimento di prestazioni che potrebbero essere dedotte in un contratto di appalto pubblico, le quali vengono, invece, dedotte come oggetto di una relazione organizzativa interna alla struttura dell'amministrazione aggiudicatrice procedente¹³⁰.

Se, viceversa, si considera l'*in house* un'ipotesi speciale di appalto pubblico, la questione si risolve nella sovrapposizione di tale figura con la deroga prevista all'art. 6, della direttiva 92/50/CEE e, quindi in sostanza, nella differente disciplina positiva degli appalti pubblici di servizi rispetto agli appalti pubblici negli altri settori regolamentati. Le sentenze della Corte di Giustizia e, soprattutto, le conclusioni degli avvocati generali, tuttavia, sembrano avere definitivamente chiarito l'impossibilità di adottare una conclusione di questo tipo: l'affidamento *in house* non è riconducibile ad alcun tipo di figura contrattuale, ma costituisce una mera forma di (auto)organizzazione delle amministrazioni.

Può affermarsi, quindi, che mentre la figura dell'organismo di diritto pubblico consente alle amministrazioni aggiudicatrici, tramite l'art. 6, di reperire servizi in via diretta, costituendo una vera e propria eccezione alla regola dell'evidenza pubblica, l'*in house providing*, ponendosi a monte, costituisce piuttosto una forma di ampliamento dell'organizzazione pubblica in cui le prestazioni dal soggetto controllato al controllante sono dedotte come oggetto di una relazione organizzativa «interna» all'ente appaltante.

Focus 22

L'organismo di diritto pubblico consente alle amministrazioni aggiudicatrici, tramite l'art. 6, di reperire servizi in via diretta, costituendo una vera e propria eccezione alla regola dell'evidenza pubblica.

L'*in house providing* costituisce piuttosto una forma di ampliamento dell'organizzazione pubblica in cui le prestazioni dal soggetto controllato al controllante sono dedotte come oggetto di una relazione organizzativa «interna» alla struttura dell'ente appaltante.

¹³⁰ In tal senso come abbiamo visto sono orientate anche le più recenti circolari della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le Politiche Comunitarie, cfr. *supra*.

Più precisamente il rapporto *in house* ha ad oggetto non «prestazioni» di lavori, servizi o forniture nel significato fatto proprio delle direttive comunitarie nel definire il contratto di appalto pubblico, bensì le modalità con cui è organizzata la produzione o l'approvvigionamento di tali prestazioni. All'instaurazione della relazione organizzativa con cui l'amministrazione aggiudicatrice realizza l'*in house providing* potrà seguire la stipulazione di un contratto pubblico, ma questo avrà un differente oggetto, che non è l'erogazione delle prestazioni, bensì il reperimento delle stesse sul mercato, ovvero l'organizzazione della produzione.

Tale ultima considerazione mostra delle rilevanti peculiarità per quanto concerne le prestazioni di servizi, dal momento che risulta talvolta difficile distinguere la prestazione del servizio, possibile oggetto di un contratto di appalto pubblico, dall'organizzazione della produzione o dall'approvvigionamento (esso stesso prestazione di servizio) della prestazione medesima, dedotto come oggetto del rapporto *in house*¹³¹.

L'*in house* è quindi vicenda giuridica tutta interna all'amministrazione e solo apparentemente alternativa all'appalto, poiché ha, rispetto a questo, un oggetto differente che si precisa nell'esercizio del potere di organizzazione riconosciuto ad ogni amministrazione pubblica.

In altri termini, rilevando la non coincidenza del rapporto ricorrente tra amministrazione aggiudicatrice e appaltatore soggetto al controllo di questa con le ipotesi di esclusione espressamente e specificamente previste dall'art. 6 della direttiva sugli appalti pubblici di servizi, si deve concludere nel senso di una sostanziale inapplicabilità della disciplina relativa a quest'ultima sulla considerazione che il rapporto in questione non è qualificabile come contratto di appalto pubblico.

E' proprio l'inquadramento dell'*in house providing* come istituto autonomo che permette di estendere l'ambito oggettivo di applicazione di tale fattispecie a tutti e tre i settori regolamentati dal sistema delle direttive appalti nel suo complesso.

¹³¹ Così CASALINI D., *op. cit.*

A differenza di quanto avviene nell'ipotesi di deroga prevista dall'art. 6 direttiva 92/50/CEE, come visto non suscettibile di applicazione estensiva, un'amministrazione potrà sempre, indipendentemente dal tipo di fornitura (lavori con le relative limitazioni, beni e servizi) di cui ha bisogno, evitare il ricorso a procedure ad evidenza pubblica, ricorrendo ad un proprio servizio interno ovvero ad un soggetto *in house* (sostanzialmente equivalente ad un servizio interno), qualora ricorrano i presupposti stabiliti dalla giurisprudenza.

L'*in house providing*, quindi, pur non entrando a fare parte di quel *corpus* comune di istituti che costituisce il nocciolo centrale del complessivo sistema delle direttive sugli appalti pubblici (e non si vede, del resto, come potrebbe, posto che non è contratto di appalto), rappresenta, in ogni caso, una di quelle figure giuridiche connesse a tale disciplina che non varia in funzione del settore considerato e che manifesta la sostanziale unicità di intenti del legislatore di assicurare uniformità del diritto applicabile per ordinamenti giuridici diversi tra loro.

Focus 23

L'*in house providing* è istituto autonomo applicabile a tutti e tre i settori regolamentati dal sistema delle direttive appalti nel suo complesso, in quanto un'amministrazione potrà sempre, indipendentemente dal tipo di fornitura (lavori con le relative limitazioni, beni e servizi) di cui ha bisogno, evitare il ricorso a procedure ad evidenza pubblica, ricorrendo ad un proprio servizio interno ovvero ad un soggetto *in house* (sostanzialmente equivalente ad un servizio interno), qualora ne ricorrano i presupposti stabiliti dalla giurisprudenza.

La deroga prevista dall'art. 6 direttiva 92/50/CEE, invece, non è suscettibile di applicazione estensiva e può dunque essere applicata solo con riferimento agli appalti pubblici di servizi.

Rimane, tuttavia, qualche dubbio sull'ambito di applicazione delle due figure (affidamenti *in house* ed organismo di diritto pubblico affidatario

diretto ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE), con riferimento al settore degli appalti pubblici di servizi.

Un'analisi dei possibili rapporti tra esse non può che partire da un raffronto del grado di controllo (nelle due accezioni più volte ricordate di controllo strutturale e di destinazione dell'attività) richiesto.

2.1. Differenze nel controllo strutturale

Per configurare una fattispecie di *in house providing* non è sufficiente che l'attività dell'ente produttore sia soggetta ad un controllo pubblico analogo a quello del controllore verso la sua organizzazione, occorrendo piuttosto che tale controllo sia esercitato – direttamente o indirettamente – dalla stessa amministrazione aggiudicatrice che si avvale dei servizi del *provider*.

In tal senso sembrerebbero configurabili due ipotesi distinte: quella del prestatore di servizi sottoposto al controllo della stessa amministrazione affidante e quella del prestatore di servizi sottoposto al controllo di altra amministrazione pubblica distinta da quella che richiede il servizio.

Se l'amministrazione aggiudicatrice che esercita sull'ente erogatore del servizio un controllo analogo a quello esercitato sulla propria attività è la stessa amministrazione destinataria in via principale dell'attività dell'ente, si ha *in house providing*; mentre nel secondo caso, la non applicabilità della disciplina comunitaria può derivare dalla circostanza che il servizio sia dedotto come oggetto di un contratto con un organismo di diritto pubblico titolare di diritto esclusivo.

Ricorre un'ipotesi di affidamento *in house* quando l'amministrazione aggiudicatrice che esercita sull'ente erogatore del servizio un controllo analogo a quello esercitato sulla propria attività è la stessa amministrazione destinataria in via principale dell'attività dell'ente medesimo.

La giurisprudenza più risalente in materia non permetteva di stabilire in maniera precisa quale fosse il rapporto tra il controllo previsto dall'art. 1, lett. b), della direttiva 92/50/CEE per l'organismo di diritto pubblico e il controllo analogo a quello svolto sui propri organi che integra la fattispecie *in house*. Pareva potersi affermare che il controllo analogo richiesto per l'*in house* fosse coincidente con il requisito dell'influenza dominante dell'organismo di diritto pubblico. In tal senso si doveva giungere a sostenere che l'individuazione dell'organismo di diritto pubblico che destina la propria attività principalmente all'amministrazione aggiudicatrice controllante, dà sempre luogo, automaticamente, al fenomeno dell'*in house providing*. Con la conseguenza che, ove l'organismo di diritto pubblico in questione fosse stato titolare di un diritto esclusivo, le due ipotesi di deroga ex art. 6 della direttiva appalti di servizi e di affidamento *in house* sarebbero venute sostanzialmente a coincidere.

Alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria, tuttavia, la validità delle osservazioni che precedono assume valore marginale essendo del tutto trascurabile la frequenza di ipotesi in cui il capitale di un organismo di diritto pubblico sia interamente in mano pubblica (condizione necessaria, si ricorda, perché sia configurabile un rapporto *in house* alla luce della recente sentenza Stadt Halle). Dal punto di vista del controllo analogo, questa rimarrebbe l'unica ipotesi in cui le due fattispecie in esame si troverebbero a coincidere. Si tratta, come accennato di ipotesi particolarmente peculiare, ma che lascia aperto lo spazio, come dovrebbe ritenersi alla luce della giurisprudenza nazionale richiamata nel precedente capitolo, anche agli affidamenti diretti alle società miste pubblico private in

cui il socio privato di minoranza sia stato scelto tramite gara pubblica. In tali ultimi casi, infatti, la tutela della concorrenza verrebbe assicurata in un momento precedente (gara pubblica per la scelta del socio privato) e la procedura ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione dei singoli servizi ad una società a capitale misto pubblico-privato, costituirebbe un'inutile duplicazione di un procedimento già esperito.

Superata la condizione necessaria di un totale controllo pubblico del capitale dell'affidatario, si riaprirebbe la strada alle considerazioni sopra svolte in ordine al grado di controllo strutturale (nomina dei componenti degli organi, previsioni statutarie, patti parasociali) che porterebbe, per un numero ben maggiore di casi, a parlare correttamente della coincidente ampiezza del controllo necessario perché un ente risulti al contempo essere ente *in house* ad un'amministrazione ed organismo di diritto pubblico.

2.2. Differenze nella destinazione dell'attività

Per configurare un *in house providing*, come più volte ribadito, è poi necessario che il soggetto sottoposto a controllo svolga (in via prevalente) la propria attività a favore dell'amministrazione aggiudicatrice controllante.

In relazione a tale requisito, con riguardo all'organismo di diritto pubblico, l'attenzione va posta sul momento genetico dell'ente (l'essere stato «istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale»), nonché sull'istituzione (creazione) dell'ente al fine specifico (o esclusivo) di attribuirgli la competenza necessaria al soddisfacimento dei bisogni di interesse generale cui l'attività è preordinata.

Il necessario collegamento tra il carattere non industriale e commerciale delle attività e le finalità istitutive dell'organismo di diritto pubblico potrebbero, allora, essere intese come anticipazione dell'*in house* sotto il profilo della destinazione principale dell'attività: in entrambi i casi l'oggetto sociale è l'elemento di riferimento (pure se non esclusivo) per

determinare l'applicabilità delle direttive. In tal senso il richiamo all'atto costitutivo o allo statuto, che definiscono i limiti di attività (competenza ed oggetto sociale) dell'organismo di diritto pubblico ed esprimono i rapporti di questo con l'amministrazione controllante, sembra aprire ad una diversa configurazione degli enti precedentemente compresi nella locuzione di organismi di diritto pubblico verso una più corretta sistemazione dell' *in house providing*.

La giurisprudenza comunitaria, come estensivamente esplicitato nella prima parte del presente studio, ha chiarito che l'individuazione della parte di attività destinata all'ente controllante non è da considerare in astratto, con esclusivo riferimento all'oggetto sociale o alla competenza attribuita al prestatore di servizi, ma verificando la situazione concreta al momento della stipulazione del contratto. Il chiarimento giurisprudenziale sulle modalità di determinazione della scelta tra le due alternative è foriera di rilevanti conseguenze in quanto, nonostante l'accertamento in astratto potrebbe portare ad escludere tutti gli organismi di diritto pubblico che istituzionalmente hanno una pluralità di potenziali destinatari diversi dall'amministrazione controllante, gli stessi enti, sulla base di un accertamento in concreto, potrebbero invece soddisfare la condizione della destinazione dell'attività e dunque venire esclusi dall'applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

L'oggetto sociale non può essere assunto a parametro unico ed esclusivo ai fini dell'accertamento della natura dell'attività svolta dall'ente, dovendosi necessariamente prendere in considerazione le successive modificazioni eventualmente intervenute, seppure non siano state accompagnate da una corrispondente modificazione statutaria. Così la stipulazione di contratti o convenzioni che stabiliscano la destinazione principale dell'ente a favore dell'amministrazione che ne detiene il controllo strutturale determinano il sorgere di un rapporto *in house*, indipendentemente dal formale recepimento nello statuto della variazione di oggetto sociale.

Alla luce delle considerazioni svolte non sembra facile distinguere, in via assoluta, tra l'ente *in house* e la figura dell'organismo di diritto pubblico negli appalti pubblici di servizi. Può accadere, in alcuni casi, che una stessa fattispecie possa essere indistintamente ricondotta ad entrambi gli istituti.

La giurisprudenza comunitaria, in proposito, ha scelto di non affrontare la questione o, meglio, di aggirarla. Per gli appalti pubblici di servizi, secondo l'impostazione giurisprudenziale prevalente, una volta riconosciuta la personalità giuridica dei contraenti, gli eventuali rapporti di dipendenza tra amministrazione controllante e prestatore del servizio rilevano esclusivamente ai fini dell'applicazione delle ipotesi di esclusione specificamente previste, senza la necessità di precisare le conseguenze che questi possono avere sulla definizione di appalto pubblico¹³².

Vi è, peraltro, chi ha ritenuto che l'art. 6 della direttiva 92/50/CEE sia applicabile in via residuale, ove non sussistano i presupposti necessari per l'*in house providing*¹³³.

Alla luce dei contributi delle istituzioni comunitarie sui due diversi e autonomi istituti, sembra possibile svolgere un'analisi dell'ambito di applicazione di essi nel settore degli appalti pubblici di servizi al fine di verificare se, nel caso concreto, sia possibile che una medesima situazione sia al contempo riconducibile alla deroga di cui all'art. 6 della direttiva 92/50/CEE ed al fenomeno *in house* ossia, sotto altro profilo, quale possibilità di sovrapposizione ci sia tra le due fattispecie.

2.3. Sovrapposizione tra le due figure negli appalti pubblici di servizi

L'istituto dell'organismo di diritto pubblico determina una differente incidenza nel mercato degli appalti pubblici di servizi rispetto ai mercati delle forniture e dei lavori, per le peculiarità ed i connotati strutturali tipici di tale mercato. Tali peculiari caratteristiche permettono all'amministrazione di

¹³² Come si evince dal contenuto della sentenza *Teckal*, cit.

¹³³ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale S. Alber, nella causa C-108/98 *RI.SAN*, cit.; nello stesso senso sembrano orientate le conclusioni dell'Avvocato generale Léger, nella causa C-94/99, *ARGE*, cit..

conseguire notevoli economie di scala qualora, in virtù delle deroghe che l'ordinamento prevede al principio generale dell'evidenza pubblica, si determini a rivolgersi al proprio interno ovvero ad altra amministrazione aggiudicatrice per l'approvvigionamento di servizi.

Un esempio emblematico di fattispecie in cui un soggetto "pubblico" può considerarsi al contempo ente *in house* ed organismo di diritto pubblico, è rappresentato dalla CONSIP S.p.a., società istituita con capitale interamente posseduto dal Ministero dell'economia e delle finanze al fine di conseguire economie di scala attraverso la razionalizzazione dell'acquisto di beni e servizi delle pubbliche amministrazioni e per gestire e coordinare il sistema informatico dell'amministrazione statale¹³⁴.

Il conseguimento di economie di scala può essere ottenuto anche con sinergie derivanti dalla produzione di servizi non istituzionali e propri dell'amministrazione controllante e che sono diretti al mercato; in tal modo le prestazioni svolte a favore di terzi privati sono diverse ma connesse a quelle destinate alla controllante e non sono riferibili all'esercizio della competenza istituzionale propria di quest'ultima. Esempio di tale fattispecie può considerarsi l'attività di finanziare «sotto qualsiasi forma le infrastrutture e le grandi opere pubbliche, purché suscettibili di utilizzazione economica» e concedere «finanziamenti sotto qualsiasi forma finalizzati ad investimenti per lo sviluppo economico». La società per azioni incaricata del finanziamento delle infrastrutture e delle grandi opere pubbliche e degli investimenti per lo sviluppo economico, è la Infrastrutture S.p.a., soggetto al limite tra la figura dell'organismo di diritto pubblico e l'ente *in house*, che esercita funzioni proprie dello Stato sotto il controllo del Ministero dell'economia e delle finanze¹³⁵. Questo regola con proprio decreto la composizione del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale della

¹³⁴ Per una più puntuale analisi dell'esperienza della CONSIP S.p.a. si rinvia alla Parte VI, Capitolo V, par. 3.4.

¹³⁵ L'art. 8, legge 15 giugno 2002, n. 112, autorizza la Cassa Depositi e Prestiti a costituire, con atto unilaterale, la Infrastrutture S.p.a., cui è espressamente previsto non si applichi l'art. 2362 c.c. (responsabilità patrimoniale illimitata dell'unico azionista). Gli «aumenti del capitale sono determinati con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze e possono essere sottoscritti dalla Cassa Depositi e Prestiti anche a valere sulla cartolarizzazione di una parte dei propri crediti, individuati tenendo conto dei principi di convenienza economica e di salvaguardia della finalità di interesse pubblico della Cassa stessa», mentre «le azioni della società non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi; ne è ammesso il trasferimento con la preventiva autorizzazione del Ministero dell'economia e delle finanze».

società e la durata in carica dei rispettivi membri e approva lo statuto della società. Tali elementi inducono a ritenere presenti nella Infrastrutture S.p.a. tutti i requisiti richiesti perché sia configurabile il controllo strutturale che permette di qualificarla allo stesso tempo sia come ente *in house* che come organismo di diritto pubblico.

Le conclusioni non sembrano cambiare qualora si affronti l'aspetto della destinazione economica della attività della Infrastrutture S.p.a.. Le linee direttrici di tale attività, infatti, sono stabilite con uno o più decreti del Ministero dell'economia e delle finanze che ne assume anche la vigilanza, potendo adottare, ove necessario, provvedimenti specifici al fine di assicurare che i comportamenti operativi della società siano conformi alla legge, alle disposizioni attuative, nonché allo Statuto, e siano coerenti con le linee strategiche indicate nei decreti.

Altro esempio di figura riconducibile ad entrambi gli istituti in esame è l'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.a. Esso rientra in quella categoria di enti *in house* fornitori di beni (stampati, prodotti anticontraffazione, carte plastiche, ologrammi, prodotti di editoria e d'arte scientifica) e servizi (banche dati) in massima parte per le amministrazioni pubbliche ma altresì per società private e per altri Stati (ad esempio conio di monete)¹³⁶.

Secondo quanto disposto dal D. Lgs. n. 116 del 21 aprile 1999¹³⁷, infatti, al Ministero dell'economia e delle finanze, cui vengono attribuite tutte le azioni dell'I.P.Z.S. S.p.a., è demandata l'approvazione di un piano triennale di impresa, comprensivo del piano riguardante la gestione del patrimonio immobiliare; gli organi di vertice (Presidente e Consiglieri di amministrazione) sono nominati dal governo centrale; l'IZPS S.p.a. risulta, infine, titolare esclusiva del diritto dell'erogazione dei servizi di pubblicazione degli atti ufficiali dello Stato e della coniazione delle monete.

¹³⁶ L'Istituto Poligrafico dello Stato fu istituito nel 1928. Con legge n. 154 del 20 luglio 1978, è stata disposta l'acquisizione della Sezione Zecca ed assunta la denominazione corrente. Dall'ottobre 2002 è società per azioni con il Ministero dell'economia e delle finanze quale azionista unico.

¹³⁷ D. Lgs. n. 116/1999, recante "Riordino dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato ai fini della sua trasformazione in società per azioni a norma degli artt. 11 e 14 della legge 15 marzo 1997, n. 59".

Altro caso interessante di soggetto identificabile al contempo come organismo di diritto pubblico ed ente *in house* all'amministrazione centrale dello Stato sembra essere la RAI Società Radiotelevisione italiana S.p.a.. Come indicato dal T.A.R. Lazio, Sez. III ter, nella recente sentenza n. 5460 del 9 giugno 2004, la RAI avrebbe natura di organismo di diritto pubblico, secondo la nozione, *ratione materiae*, applicabile nella specie, dell'art. 2, co.1, lett. b) del D. lgs. n. 157/1995 indipendentemente dal fatto che essa produca, acquisti e commercializzi anche altri prodotti e servizi in competizione con altre imprese.

Lo stesso soggetto, del resto, potrebbe essere altresì considerato ente *in house* almeno con riferimento alla disciplina attuale. La RAI è, infatti, tuttora una società per azioni il cui capitale è interamente detenuto dal Ministero dell'economia e delle finanze (sebbene l'art. 21, comma 3, della legge 3 maggio 2004, n. 112, preveda che, entro quattro mesi dalla data di completamento della fusione per incorporazione della RAI - Radiotelevisione Italiana S.p.a. nella società RAI - Holding S.p.a. venga avviato il procedimento per l'alienazione della partecipazione dello Stato), i cui vertici sono nominati dall'amministrazione centrale dello Stato che mantiene altresì il controllo della gestione. A tali considerazioni, poi, va aggiunta la circostanza che lo statuto della società incorporante all'esito della fusione RAI - Radiotelevisione Italiana S.p.a. e RAI - Holding S.p.a. (approvato con d.m. 8 ottobre 2004), all'art. 4.2. stabilisce che la società potrà assumere dallo Stato la concessione in esclusiva del servizio pubblico radiotelevisivo nonché svolgere ogni ulteriore attività che la pubblica amministrazione avesse ad affidarle; circostanza che indurrebbe a ritenere la RAI suscettibile di ricevere un affidamento diretto di un servizio anche in virtù della deroga ex art. 6 direttiva 92/50/CEE.

A considerazioni analoghe pare debba pervenirsi in relazione alla Agenzia Nazionale per lo sviluppo d'impresa e l'attrazione di investimenti, Sviluppo Italia S.p.a., istituita con l'art. 1 del D.Lgs. n. 1 del 1999.

Ai sensi del predetto decreto istitutivo, la società ha una *mission* aziendale che si pone in assoluta contiguità rispetto agli obiettivi dello Stato

centrale in relazione all'attività di attrazione degli investimenti, sviluppo e creazione del tessuto imprenditoriale nazionale e supporto alla pubblica amministrazione. Per quanto riguarda questi ultimi servizi può assumersi che Sviluppo Italia sia ente *in house* allo Stato e organismo di diritto pubblico suscettibile di deroga ex art. 6 direttiva 92/50/CEE.

Il 100% del capitale di Sviluppo Italia, infatti, è interamente posseduto da parte dello Stato tramite il Ministero dell'economia e delle finanze; inoltre può ritenersi sussistente anche il requisito della dipendenza dall'amministrazione centrale, la quale detiene taluni poteri in ordine alla nomina degli organi di gestione ed al controllo sull'attività¹³⁸. A ciò si aggiunga che le attività da Sviluppo Italia sono sostanzialmente rivolte alla realizzazione di attività di competenza dello Stato centrale; tanto è sufficiente per fugare ogni ulteriore elemento di perplessità in relazione alla configurabilità di tale società quale ente *in house*.

Infine, Sviluppo Italia gode dell'esclusiva in ordine allo svolgimento dei compiti demandati dall'amministrazione centrale attraverso disposizioni di legge, regolamentari e statutarie. Essa può quindi essere classificata anche come organismo di diritto pubblico e, in tale veste, potenziale destinataria di affidamenti diretti ex art. 6 della direttiva 92/50/CEE, in deroga al principio generale dell'evidenza pubblica, per quanto riguarda gli appalti pubblici di servizi.

Per completezza di esposizione, si ritiene di evidenziare che si è posto nella pratica il quesito se gli enti *in house* citati possano considerarsi in rapporto di delegazione interorganica, *lato sensu* intesa, con ogni

¹³⁸ Si veda quanto previsto all'art. 2, co. 6 (i diritti dell'azionista in riferimento alla società Sviluppo Italia, sono esercitati, in base alle direttive del Presidente del Consiglio dei Ministri, dal Ministro del Tesoro, del bilancio e della programmazione economica, d'intesa con il Ministro dell'Industria del commercio e dell'artigianato e con il Ministro delle politiche agricole), nonché dall'art. 4, co. 1 (la società Sviluppo Italia presenta annualmente, a decorrere dal 30 settembre 1999, al presidente del Consiglio dei Ministri un rapporto sul proprio assetto organizzativo, nonché sull'attività svolta, con l'indicazione delle attività assunte, dei progetti realizzati, nonché dei risultati raggiunti. Il Presidente del Consiglio dei Ministri trasmette il rapporto alle Camere, per l'esame e le valutazioni delle competenti commissioni; alle Camere sono altresì comunicate preventivamente le direttive del Presidente del Consiglio emanate ai sensi del presente decreto) del D. Lgs. 9 gennaio 1999, n. 1, recante "Riordino degli enti e delle società di promozione e istituzione della società Sviluppo Italia, a norma degli artt. 11 e 14 della L. 15 Marzo 1997, n. 59.

amministrazione centrale, in virtù del rapporto particolare di controllo su di essi esercitato dallo Stato.

Qualora si dovesse dare risposta positiva a tale quesito, ne discenderebbe la possibilità per ogni amministrazione centrale di affidare in via diretta alle suddette società l'esecuzione di servizi, tramite la sottoscrizione di apposite convenzioni di contenuto conforme a quanto richiesto dalla legge.

Sul punto è stato ritenuto legittimo che una società *in house* ad una determinata amministrazione centrale possa essere destinataria in via diretta di appalti di servizi aggiudicati da altre amministrazioni diverse da quella di appartenenza. Ciò in quanto la suddivisione dei compiti e delle funzioni all'interno dell'apparato burocratico centrale deve essere considerata come un'opzione organizzativa che non viola la normativa in materia di concorrenza¹³⁹.

Si è ritenuto, in particolare, che le disposizioni normative che affidano a Sviluppo Italia compiti in materia di promozione dello sviluppo nelle aree depresse, legittimano il ricorso a tale società anche da parte di altre amministrazioni, diverse dal Ministero dell'economia e delle finanze, quale – ad esempio – il Dipartimento della funzione pubblica.

L'amministrazione aggiudicatrice ha altresì accertato che oltre al requisito soggettivo circa l'assetto proprietario della società affidataria, sussistessero anche gli indici di dipendenza amministrativa tra la stessa e l'amministrazione aggiudicatrice *latu sensu* intesa. Sul punto, si è ritenuto che sussistessero tali indici oltre che per la configurazione dei compiti di Sviluppo Italia, che costituisce una sorta di *longa manus* governativa per la promozione dello sviluppo locale, per l'influenza esercitata dal socio pubblico totalitario, come si evince dallo statuto della medesima società, in forza del quale può affermarsi che non sussiste un rapporto di terzietà tra la stessa società e l'amministrazione di appartenenza, per cui essa può considerarsi

entità distinta solo sul piano formale, ma non certo autonoma sul piano decisionale¹⁴⁰.

La Commissione europea, in circostanza del tutto analoga a quella in esame¹⁴¹, ha ritenuto legittimo l'affidamento diretto di servizi tramite convenzione da parte di organismi pubblici, ad una società interamente partecipata dal Ministero dell'economia e delle finanze che svolge la quasi totalità delle proprie attività in favore del Ministero delle infrastrutture, ritenendo sussistente la fattispecie dell'*in house providing* in relazione al rapporto tra tale società e "il governo centrale" inteso quale entità unitaria.

¹³⁹ Nota dell'ufficio legislativo, Dipartimento della funzione pubblica, del 15 novembre 2004.

¹⁴⁰ Cfr. nota precedente.

¹⁴¹ Provvedimento di archiviazione relativo al caso n. 2001/4745, Sogesid S.p.a..