

APPALTI *IN HOUSE*, CONCESSIONI *IN HOUSE* ED ESTERNALIZZAZIONE

di Chiara Alberti (*)

SOMMARIO

Introduzione.

1. Ultimi interventi comunitari in materia di appalti e concessioni.

2. Breve parentesi su un tema affatto leggero: la c.d. *soft law*.

3. Genesi del concetto di appalti *in house* e contributi giurisprudenziali in materia.

4. Approccio nazionale: tendenza all'esternalizzazione.

5. Conclusioni.

Introduzione.

I contributi che le istituzioni comunitarie hanno fornito, e che tuttora stanno offrendo, nella delicata materia degli appalti pubblici e delle concessioni pongono l'interprete nazionale dinanzi ad uno scenario normativo e giurisprudenziale vario e mutevole.

La Comunicazione interpretativa della Commissione sulle "*concessioni nel diritto comunitario*", le proposte di direttiva "unificata" nel settore degli appalti pubblici di servizi, forniture e lavori e, *last but not least*, l'opera pretoria, chiarificatrice ed stimolatrice, della Corte di giustizia rappresentano gli ultimi tasselli di un mosaico di non agevole definizione.

Si è, quindi, avvertita l'esigenza di circoscrivere l'ambito della presente trattazione, nella quale si cercherà di chiarire, nel silenzio dei Trattati e del diritto derivato, il concetto di "appalti *in house*", alla luce del recente contributo dei Giudici di Lussemburgo.

Con l'espressione "appalti *in house*" si vuole indicare l'ipotesi particolare in cui l'appalto venga affidato a soggetti, che siano parte della amministrazione stessa.

Il nodo centrale da sciogliere riguarda l'applicabilità, anche a tali fattispecie, delle procedure ad evidenza pubblica, oppure, la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di ricorrere all'affidamento diretto, in deroga alle disposizioni di matrice comunitaria.

Per rispondere a tale quesito sarà utile seguire le osservazioni formulate dagli Avvocati generali nelle principali cause in cui sono state affrontate, in modo progressivo e graduale, i diversi aspetti di una così delicata materia.

Infatti, per stabilire quale tipo di procedura si debba seguire, è necessario

analizzare la natura giuridica del legame intercorrente fra l'amministrazione aggiudicatrice ed il soggetto aggiudicatario e, sulla scorta di una serie di indici giurisprudenziali, verificare se si sia in presenza di un rapporto di delega interorganica, il quale esclude la terzietà fra i soggetti ed implica l'applicazione della disciplina interna di affidamento diretto.

Così, come i principi elaborati in via pretoria in materia di appalti troveranno applicazione anche nei confronti dell'istituto concessorio, così, quelli elaborati in caso di appalti *in house* dai Giudici comunitari, sulla scorta delle conclusioni degli Avvocati generali, si utilizzeranno nelle ipotesi di concessioni *in house*, come stabilito nella Comunicazione interpretativa della Commissione sulle "*concessioni nel diritto comunitario*".

Risulterà, infine, interessante porre a confronto l'approccio europeo con l'approccio seguito dal Legislatore italiano nell'affrontare tale questione.

1. Ultimi interventi comunitari in materia di appalti e concessioni.



Il "fermento" para-normativo, normativo e pretorio che si è andato sviluppando attorno alla materia appalti pubblici (1) è sintomatico del ruolo centrale (2) che tale materia riveste nella realizzazione effettiva del Mercato unico il quale è, al tempo stesso, fine e mezzo dell'Unione europea.

Dopo avere constatato, tuttavia, la frammentarietà della disciplina normativa, stratificata ed ormai obsoleta, gli organi comunitari ne hanno sollecitato la riorganizzazione per chiarire, semplificare ed ottimizzare il funzionamento dei settori appalti pubblici e concessioni, con lo scopo di sortire effetti positivi, in termini di concorrenzialità ed apertura, nei confronti sia degli operatori economici sia dei privati, in qualità di consumatori-utenti (3).

Infatti, dopo una prima azione ricognitiva sullo stato dell'arte in questo settore, realizzata dalla Commissione europea nel Libro verde "*Gli appalti pubblici nell'Unione Europea: spunti di riflessione*" (4), sono state intraprese una serie concatenata di iniziative programmatiche (5), di matrice "economica" (6), che hanno rappresentato l'*incipit* dell'azione della Commissione, la quale, in ossequio al ruolo di "custode dei trattati dell'Unione" (7), ha cercato di ridefinire la disciplina comunitaria degli appalti pubblici e delle concessioni, tenendo presente le osservazioni presentate dai soggetti istituzionali ed economici dei singoli Paesi, in relazione alla fase di implementazione, e la posizione espressa dalla Corte di giustizia.

Il primo intervento definitivo, "paranormativo", della Commissione è la Comunicazione interpretativa sulle "*concessioni nel diritto comunitario*" (8), in cui sono state elaborate le linee direttrici della materia, in modo da consentire una applicazione uniforme, da parte dell'interprete e dell'operatore, della disciplina

comunitaria degli appalti così sfoltita ed aggiornata, secondo le esigenze della c.d. *E- economy*. Tale operazione è stata condotta alla luce dell'esperienza maturata in sede europea ed interna e dell'intervento interpretativo, autentico, svolto dalla Corte di giustizia, nel rispetto del principio di *rule of law* (9).

Il secondo intervento, ancora *in fieri*, è costituito dalla proposta di direttiva unificata sugli appalti di lavori, servizi e forniture (10), la cui natura giuridica è assimilabile ai Testi unici nazionali (11), attraverso cui il Legislatore comunitario vorrebbe fornire un quadro normativo che fosse al contempo semplificato, con un testo composto da soli 77 articoli, e modernizzato, con l'introduzione di nuovi istituti, quali il dialogo competitivo e l'accordo quadro (12).

Tale iniziativa si pone in linea di continuità rispetto alla doppia azione di semplificazione avviata dal Trattato di Amsterdam (13), in cui è stato previsto un intervento di portata generale volto allo snellimento e al consolidamento dei trattati, divenuti troppo complessi in seguito ad aggiunte non ben coordinate, ed uno più specifico, che prevede il coinvolgimento delle singole istituzioni per dotare l'Unione di un sistema di compilazione e redazione dei testi legislativi più trasparente e semplice (14).

Con riferimento all'oggetto del presente lavoro, il dato testuale da cui si devono prendere le mosse è la citata Comunicazione interpretativa della Commissione "*sulle concessioni nel diritto comunitario*".

Non essendo questa la sede per entrarvi nel dettaglio, sarà sufficiente ricordare che la *ratio* (15) sottesa a questo atto si sostanzia nella volontà di colmare, in via interpretativa, una lacuna normativa: la mancanza di una nozione giuridica, di fonte primaria o secondaria, di "concessione".

L'unica eccezione è rappresentata dall'art. 1 *lett. d)* della direttiva lavori 93/37, in cui sono stati delineati i tratti della concessione di lavori pubblici e sulla cui falsariga è stata coniata la nozione in sede nazionale (16), senza, tuttavia, affrontare la questione della concessione di servizi pubblici, benché si tratti di un istituto non sconosciuto all'esperienza comunitaria né nazionale (17).

Pur partendo dal presupposto che il diritto comunitario rimane "*neutrale*" (18) rispetto alle scelte organizzative e gestorie effettuate a livello nazionale, tuttavia, il ricorso allo strumento concessorio, che ha assunto negli ultimi anni proporzioni notevoli, ha reso indispensabile un intervento normativo che fissasse regole puntuali, per impedire che, attraverso *escamotages*, si eludessero gli obblighi di concorrenza per l'affidamento di un'opera pubblica (19).

Quindi, la Commissione ha avvertito l'esigenza di un intervento di indirizzo che garantisse la massima parità fra operatori del mercato pubblici e privati ed evitasse distorsioni nell'applicazione della volontà del legislatore comunitario. Nella Comunicazione interpretativa, una volta seguite le argomentazioni formulate dall'Avv. generale La Pergola nella causa *BHI Holding BV c. Arnhem* (20) ed individuato l'elemento di differenziazione fra appalti e concessioni di lavori nel "*rischio d'impresa connesso alla gestione dell'opera o del servizio*" (21), la

Commissione ha voluto chiarire "*con un taglio espositivo*" (22) i concetti - base ricavabili dal Trattato ed applicabili alle concessioni e a quelle forme di collaborazione pubblica e privata con caratteristiche analoghe all'istituto concessorio, escludendo *tutte le altre forme* di partenariato e riservandosi di occuparsene in futuro, in deroga con quanto affermato nel progetto preliminare di Comunicazione (23).

Punto nodale che rileva in questa sede è il fatto che la Comunicazione abbia sancito espressamente che, mentre le concessioni di lavori sono disciplinate specificatamente dalla direttiva 93/37, art. 1 *lett. d)*, le altre forme di concessioni, nella misura in cui risultino essere "atti dello Stato" (24), sebbene non siano coperte dalle direttive sugli appalti pubblici, siano ugualmente soggette alle disposizioni generali del Trattato (25) e ai principi che la Corte ha elaborato in materia di appalti (26).

2. Breve parentesi su un tema affatto leggero: la c.d. soft law.



I contenuti della Comunicazione, frutto dell'esperienza maturata a livello comunitario, filtrata dalle tradizioni nazionali ed interpretata dalla giurisprudenza di Lussemburgo, fanno il punto sulla situazione attuale in materia, ponendosi come uno dei gradini verso la risistemazione dell'intero *corpus* normativo.

Dinanzi ad atti comunitari particolari, l'operatore nazionale del diritto si interroga sulla collocazione da attribuire all'interno del sistema delle fonti comunitarie alla "comunicazione", *genus* particolare della *species soft law*?

Accanto agli atti comunitari tipici, previsti dall'art. 249 (ex art. 189), si ritrovano atti disciplinati da altre norme del Trattato, definiti "atipici" (27) ed atti, invece, "fuori nomenclatura", creati esclusivamente dalla pratica progressivamente consolidatasi, i quali, anche se a volte possono avere lo stesso *nomen iuris* di atti tipici, in realtà producono effetti diversi, del tutto *sui generis* (28).

L'espressione *soft law* (29), mutuata dal diritto internazionale (30), ricomprende quest'ultima categoria di atti, il cui utilizzo, sempre più frequente da parte delle istituzioni, ha portato alla ribalta il problema della loro qualificazione giuridica (31).

La prassi consuetudinaria si è affermata sotto diverse forme (32), fra le quali si ritrovano le comunicazioni della Commissione, con finalità e contenuti diversi, non suscettibili di una classificazione canonica e statica (33). Comunque, i tre principali tipi di comunicazione sono: informativa, decisoria ed interpretativa.

La tipologia di comunicazione che interessa in questa sede rientra proprio

nell'ultima categoria, avendo lo scopo di fornire ai destinatari del diritto comunitario, Stato e cittadini, obblighi e diritti da esso derivanti in un certo settore, alla luce del contributo giurisprudenziale in materia (34).

I Giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto la validità di questi atti *non prévus* (35), la cui base giuridica deve rintracciarsi in fonti non scritte (36), ferma restando la possibilità di valutarne gli effetti giuridici e di farne oggetto di ricorso, ad esempio, di annullamento, se emanati da un organo incompetente (37).

Inoltre, la Corte ha stabilito che i Giudici nazionali hanno il dovere di prendere in considerazione gli atti atipici, non vincolanti, ai fini della soluzione delle controversie, qualora risultino essere loro di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate per implementare atti comunitari *sui generis*, oppure, per completare norme comunitarie vincolanti (38).

L'affermarsi ed il rafforzarsi del ricorso a strumenti alternativi, in attuazione del principio di sussidiarietà, da parte della Commissione e di altre istituzioni, è stata interpretata come una contro-reazione al ruolo nomopietico della Corte di giustizia, estraneo a quasi tutti gli ordinamenti di *civil law* dei Paesi membri, considerato il fatto che il sistema comunitario tende "*ad assumere connotati analoghi a quelli propri di un sistema di common law*" (39).

Diffidenti ad una formazione pretoria del diritto, le tradizioni legislative nazionali hanno indotto le istituzioni a ricorrere a misure alternative e complementari rispetto alle sentenze della Corte di giustizia, per evitare di porsi in una posizione passiva e recettizia, preferendo un atteggiamento attivo e dialettico.

L'utilizzo di comunicazioni interpretative può essere letto come un metodo per "*omogeneizzare la novità alla tradizione*", ma sempre all'ombra della *hard law* (40) e della giurisprudenza (41).

Nonostante l'argomento sia stato già oggetto di una attenta analisi critica da parte di giurisprudenza e dottrina, tuttavia, resta in sospeso un aspetto non trascurabile che riguarda il peso che può avere una comunicazione interpretativa della Commissione, qualificabile appunto come atto di *soft law*, nei confronti dei Paesi membri.

Se si studia il fenomeno secondo un approccio formalistico, il concetto di *soft law* in generale, e di comunicazione in particolare come categoria rientrante nel *genus*, viene utilizzato per descrivere un atto non vincolante, rispetto al quale non vige un obbligo di conformazione, ma in grado di produrre effetti pratici, in alcune ipotesi anche legali.

Secondo una valutazione più sostanziale che formale, , la *soft law* deve essere considerata come legge, *law*, al massimo, come un atto *pre-legal*(42).

Seguendo, invece, un approccio contestuale, si devono considerare gli effetti di tali atti non solo sul piano legale, ma anche economico, politico, e sociale, al di fuori della legge. In quest'ottica, si considerano atti con effetti pratici rilevanti, ma

non binding, operanti solo all'ombra della legge, dal momento che la *soft law* non è *law*, ma un atto *quasi-legal* (43). Sarebbe, quindi, necessario prevedere procedure di elaborazione e forme di pubblicità tali da garantire una effettività reale a tali atti, essendo la base per un futuro atto normativo vincolante (44).

Si può concludere che, ferma restando la libertà per lo Stato membro di discostarsi da quanto stabilito nella comunicazione e la possibilità di impugnarla davanti alla Corte per chiederne l'annullamento, tuttavia, in un'ottica di leale cooperazione (45), sarebbe auspicabile un rispetto volontario di questi atti, come segnale di una adesione sempre più spontanea alle posizioni adottate a livello comunitario, anche se in maniera "leggera".

3. Genesi del concetto di appalti in house e contributi giurisprudenziali in materia.



Il primo accenno alla questione degli "appalti *in house*" si ritrova nel Libro bianco del 1998 (46), nel quale la Commissione si era impegnata a pronunciarsi, nell'avvenire, con interventi chiarificatori sulle oltre trecento osservazioni formulate da soggetti giuridici ed economici presentate in risposta al Libro verde del 1996.

Fra le questioni sollevate vi era anche la specificazione del concetto di "appalti *in house*", ossia "*quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata*" (47).

Tematica poi ripresa, anche se con una formulazione diversa, dalla Comunicazione interpretativa sulle concessioni all'art. 2.4, nella parte in cui recita: "*un problema particolare si pone, invece, se tra concessionario e concedente esiste una forma di delega interorganica che non esula dalla sfera amministrativa dell'amministrazione aggiudicatrice. La questione dell'applicazione del diritto comunitario a simile relazione è stata affrontata dalla Corte. Tuttavia, le ulteriori cause attualmente pendenti davanti alla Corte potranno apportare elementi di novità a riguardo*" (48).

La disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, nel momento di implementazione sul piano nazionale, ha dovuto confrontarsi con situazioni diverse e a volte estranee al diritto europeo (49), per cui, in forza di un graduale processo di armonizzazione e ravvicinamento delle legislazioni, non si è potuta esimere dal prendere atto di fenomeni di origine domestica, prima preclusi al gioco della concorrenza e della *par condicio*, ma rilevanti per la realizzazione effettiva del mercato unico (50).

Di conseguenza, sono emerse questioni in origine estranee al diritto comunitario,

proprio in virtù dei meccanismi di liberalizzazione (51) e privatizzazione (52) di settori economici prima di rilevanza solo domestica.

Il settore delle concessioni è emblematico di tale fenomeno.

La Commissione, non potendo più ritardare un proprio intervento chiarificatore, ha affermato a chiare lettere che l'affidamento di concessione deve avvenire esclusivamente con una procedura ad evidenza pubblica. Senza esitazione ha fatto ricadere nell'ambito applicativo della Comunicazione il caso di relazioni tra autorità pubbliche ed imprese pubbliche incaricate della gestione dei servizi di interesse generale.

Invece, dinanzi al quesito se nell'ipotesi in cui tra concedente e concessionario sussistesse un rapporto di delega interorganica si dovessero applicare i principi comunitari di concorrenza, pubblicità, non discriminazione e quindi, la stessa comunicazione, oppure trovasse applicazione la deroga dell' "*in house providing*", che sottrae alla disciplina europea la materia affidandola alla competenza domestica, non ha dato alcuna risposta, limitandosi a prendere atto della sua problematicità e rimandando al contributo che la Corte di giustizia è stata chiamata a dare in materia di appalti *in house* (53).

Ne discende che, come i principi giurisprudenziali elaborati in materia di appalti si applicano anche alla concessione (punto 3.1 Comunicazione), così i principi espressi nello specifico caso di appalti *in house* devono essere esportati anche all'ipotesi di concessione *in house*.

La Comunicazione, nell'accennare alla questione *in house*, ha richiamato i casi in cui la Corte di giustizia si è dovuta pronunciare in merito alla legittimità dell'affidamento diretto di un servizio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice nei confronti di un soggetto sostanzialmente pubblico. I ricorrenti, infatti, sostenevano la necessità di fare ricorso alle procedure ad evidenza pubblica per scegliere tra più concorrenti, per evitare trattamenti discriminatori ingiustificati.

Particolare attenzione meritano le conclusioni degli Avvocati generali, i quali hanno avuto modo di soffermarsi sul problema ed hanno tentato un primo approccio sistematico. Progressivamente, tassello dopo tassello, essi hanno delineato, con crescente precisione, i vari aspetti da prendere in esame e ponderare per definire la natura giuridica del rapporto intercorrente fra l'amministrazione aggiudicatrice ed il soggetto aggiudicatario appartenente all'amministrazione.

Già a partire dalle cause *Arnhem* (54) e *RI.SAN* (55), gli Avvocati generali hanno optato per un approccio funzionale anziché formale (56), compiendo valutazioni che andavano oltre la qualificazione giuridica del soggetto come società per azioni, elemento non idoneo di per sé ad escludere, *a priori*, l'appartenenza di detta società all'amministrazione ed il ragionamento si è articolato in più fasi, valutando una serie di indici, che mostrassero la "dipendenza" fra tali soggetti.

In questi due primi casi, gli Avvocati, rispettivamente La Pergola e Alber, si sono

soffermati su due aspetti sintomatici del vincolo di dipendenza: lo schema finanziario alla base del rapporto fra l'amministrazione aggiudicatrice e il soggetto aggiudicatario e la dipendenza amministrativa, in termini sia gestionali che organizzativi.

In entrambe le fattispecie, infatti, il solo intreccio finanziario costituiva elemento necessario ma non sufficiente per ritenere di essere in presenza di un servizio *in house* (57), risultando irrilevante anche il fatto che l'ente prestasse servizi di analoga natura in favore di terzi contro adeguata remunerazione (58). Quindi, si doveva accertare la presenza di una attribuzione di compiti fra organi.

In tutte e due le cause, gli Avvocati hanno sostenuto la presenza di questo ulteriore elemento di collegamento, costituito, appunto, dall'influenza esercitata dall'amministrazione locale sul soggetto aggiudicatario del servizio, in forza del quale veniva meno la *"terzietà e cioè la sostanziale distinzione"* fra le Sp.a. pubbliche e i Comuni (59).

Sia in *Arnhem* che in *RI.SAN Srl c. Comune di Ischia*, la dipendenza finanziaria, organizzativa e gestionale fra le amministrazioni aggiudicatrici e la società pubblica confermavano la sussistenza di un nesso interorganico, escludendo entrambe le fattispecie dall'ambito di applicazione della direttiva servizi (60).

La Corte di giustizia, sulla falsariga delle conclusioni dell'Avv. generale Alber (62), ha affermato in termini più generali la non obbligatorietà del ricorso alla gara per l'affidamento di un servizio, potendo l'amministrazione aggiudicatrice decidere di svolgerlo direttamente o tramite il ricorso ad un soggetto in rapporto di delega interorganica, escludendo l'applicazione della direttiva 92/50.

Successivamente, nella causa *Teckal* (63), dopo avere preliminarmente risolto il problema dell'applicabilità della direttiva servizi nell'ipotesi di appalto misto di forniture e servizi, alla luce di un criterio meramente quantitativo (64), la Corte di giustizia, chiamata ad affrontare un'ulteriore ipotesi *"in house"*, alla luce delle conclusioni dell'Avv. Cosmas, ha affermato espressamente un principio che dalle due sentenze precedenti poteva solo desumersi: nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice voglia stipulare il contratto di appalto a titolo oneroso con un soggetto anch'esso amministrazione aggiudicatrice, si applicherà la direttiva 93/36 solo se tale ente è *"un ente distinto da essa sul piano formale ed autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale"* (65).

Innanzitutto, l'Avv. generale ha individuato gli elementi costitutivi dell'appalto di forniture, essenziali per fare rientrare la fattispecie nel campo di applicazione della relativa direttiva (66). Si deve trattare di un rapporto contrattuale con ad oggetto una fornitura, concluso a titolo oneroso e a prestazioni corrispettive, nato dall'incontro di due volontà autonome e distinte. Infine, il fornitore, controparte dell'amministrazione aggiudicatrice, deve essere realmente soggetto diverso rispetto a tale amministrazione (67), la cui *terzietà* deve essere valutata alla luce dei parametri elaborati dalla giurisprudenza *Arnhem* e *RI.SAN*: indipendenza finanziaria ed indipendenza amministrativa.

Sole se tutte e tre le condizioni verranno soddisfatte, allora si tratterà di un vero e proprio appalto di forniture, disciplinato dalla direttiva 93/36.

Contre, nell'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su tale ente un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e quest'ente realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione che la controlla, allora si esulerebbe dal campo applicativo di tale direttiva (68), poiché *"un contratto non può essere considerato come stipulato tra persone distinte qualora l'operatore realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti territoriali che lo controllano"* (69).

Infatti,

"Se ammettiamo la possibilità delle amministrazioni aggiudicatrici di potersi rivolgere a enti separati, al cui controllo procedere in modo assoluto o relativo, per la fornitura di beni in violazione della normativa comunitaria in materia, ciò aprirebbe gli otri di Eolo per elusioni contrastanti con l'obiettivo di assicurare una libera e leale concorrenza che il legislatore comunitario intende conseguire attraverso il coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture.

Di conseguenza, con le riserve menzionate per quanto riguarda i punti che il giudice nazionale deve chiarire, dovrebbe essere osservata la procedura della direttiva 93/36. Infatti, il comune dovrebbe osservare le disposizioni dirette a garantire la concorrenza nella scelta della sua controparte contrattuale senza alcuna eccezione, anche ove ritenga che l'AGAC costituisca un organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/36, in quanto, come ho sottolineato in un precedente paragrafo delle mie conclusioni, tale direttiva non prevede deroghe, analoghe a quella di cui all'art. 6 della direttiva 92/50, per le aggiudicazioni di appalti pubblici di forniture con altre amministrazioni aggiudicatrici"(70).

Aspetti importanti, colti dalle citate *arrêts* sono stati approfonditi da due recenti pronunce della Corte di giustizia, le quali costituiscono una tappa attesa dalla stessa Commissione che, proprio nella Comunicazione interpretativa, confidava nel fatto che *"le ulteriori cause attualmente pendenti davanti alla Corte potranno apportare elementi di novità a riguardo"* per sbrogliare i nodi di una matassa assai intricata.

La causa *Teleaustria* (71) rileva in questa sede più che per avere fornito un contributo specifico sul tema degli appalti *in house*, per il fatto che le osservazioni svolte dall'Avv. generale N. Fennelly si pongono in sequenza logica rispetto alla Comunicazione interpretativa della Commissione (72), laddove viene sostenuta la non applicabilità della normativa sugli appalti di servizi alle concessioni (73), fermo restando che gli enti aggiudicatori che stipulano tali contratti *"siano cionondimeno tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare"* (74).

Nella sentenza *Arge* (75), infine, la quarta questione pregiudiziale sollevata dal

Bundesvergabeamt austriaco ha focalizzato, in particolare (76), l'attenzione sul tema c.d. "*in house providing*".

La Corte, pur non ritenendo necessario risolvere tale questione per il giudizio *a quo*, tuttavia, *ad ogni buon fine* (77), ha deciso di approfondirla, seguendo le illuminanti osservazioni svolte dall'Avv. generale P. Léger, il quale ha stabilito che "*le prestazioni qualificate "in house" - termine con cui si definiscono le prestazioni fornite ad un'autorità pubblica dai propri servizi o da servizi dipendenti, sebbene organicamente distinti - esulano dalla sfera di applicazione della direttiva*" (78).

Conclusione elaborata sulla scorta del parametro del "controllo dell'amministrazione aggiudicatrice", indicato dal collega Cosmas nella causa *Teckal* (79), in forza del quale, nel caso in cui si sia in presenza di un vincolo contrattuale a titolo oneroso, si deve verificare la sussistenza o meno di forte controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice nei confronti dell'ente aggiudicatario, analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi, che porti i due soggetti ad essere una sola e stessa persona, allora si esulerebbe dal regime della direttiva. In tal caso, infatti, la volontà negoziale verrebbe vanificata dalla capacità dell'ente territoriale di influire sul funzionamento del prestatore e l'assenza di autonomia di quest'ultimo.

Criterio che l'Avv. Léger ha specificato, sostenendo la necessità di compiere ulteriori accertamenti, poiché la dipendenza strutturale nei confronti dell'ente pubblico che avvia una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico non sarebbe sufficiente per assimilarlo al ricorso a servizi interni. Per questo, è stato preso in esame un secondo aspetto, che riguarda il destinatario dell'attività economica esercitata da tali enti (80).

Il criterio alla cui luce deve considerarsi l'attività svolta dall'ente è quello dell'autonomia dell'operatore. Nella misura in cui l'attività economica di tale soggetto è nella maggior parte svolta a vantaggio dell'autorità controllante si sarà in presenza di un servizio *in house*, in cui l'ente territoriale utilizzerà le prestazioni per fini pubblici e per destinarle principalmente a suo vantaggio, come se si trattasse di un servizio interno che agisce per la sua istituzione

Unicamente in questo caso si può parlare 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 (81).

Ne discende che i motivi di tutela della concorrenza, che giustificano le norme comunitarie di aggiudicazione degli appalti pubblici, sono invece valide, come nei confronti degli altri prestatori di servizi, nell'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice che partecipa all'appalto sia distinta rispetto all'ente pubblico che lo bandisce, non potendosi ravvisare quel nesso strutturale, di controllo e di destinazione essenziale per configurare un appalto *in house*, dal momento che questo soggetto è terzo rispetto all'ente appaltante sullo stesso piano degli altri operatori (82)

Queste sentenze rappresentano i primi tentativi, anche eterogenei, della giurisprudenza europea di enucleare un sistema comunitario dei contratti della pubblica amministrazione (83) ed affrontano il peculiare caso di appalti *in house*. L'approccio seguito non è formale bensì concreto, fondato sull'analisi delle singole fattispecie, attraverso l'enucleazione di indici alla stregua dei quali valutare se si rientri oppure no nell'ipotesi di appalti *in house*, criteri che devono poi essere applicati in via analogica, anche per rinvenire ipotesi di concessioni *in house*.

In definitiva, si può dire che non è precluso il ricorso alle direttive in materia di appalti solo perché il contratto viene stipulato dall'amministrazione aggiudicatrice con un soggetto che è egli stesso amministrazione aggiudicatrice.

Solo se il vincolo tra l'ente che bandisce l'appalto e l'amministrazione aggiudicatrice è qualificabile in termini di delega interorganica, si esulerà dalla normativa comunitaria e per compiere tale valutazione si deve constatare la presenza di più elementi, quali:

1. la dipendenza formale
2. la dipendenza economica
3. la dipendenza amministrativa
4. il destinatario del servizio

Solo nel momento in cui queste condizioni siano soddisfatte, allora l'amministrazione aggiudicatrice risulterà essere un tutt'uno con l'ente, senza soluzione di continuità, una sorta di *longa manus* e, quindi, le regole stabilite dalle direttive in materia di appalti non troveranno applicazione. Infatti, resta ferma la libertà per l'amministrazione di scegliere se svolgere un dato servizio o lavoro in proprio, direttamente o tramite soggetto interno, oppure ricorrendo al mercato, mutando solo la disciplina applicabile nell'una o nell'altra ipotesi.

Se sceglie la prima opzione, esulerà dall'applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti, se opta per il confronto fra operatori economici, allora in tal caso dovrà seguire le procedure ad evidenza pubblica stabilite dal legislatore comunitario.

4. Approccio nazionale: tendenza all'esternalizzazione.



L'approccio seguito dal legislatore nazionale nell'accostarsi alla materia è

caratterizzato da una tendenza all'esternalizzazione (84), volontà che emerge dalle disposizioni della legge quadro sui lavori pubblici, la c.d. Merloni *ter* (85) e da norme di settore.

I tipi di esternalizzazione previsti dalla Merloni-*ter* sono due positivi ed uno negativo:

- A. esternalizzazione *in-house construction* (art. 2, 5*bis*);
- B. esternalizzazione in caso di situazioni di controllo (art. 10, 1*bis*);
- C. divieto di esternalizzazione di committenza e di *general*

contractor (art. 19, 3 comma).

La prima ipotesi di *outsourcing* è stata introdotta dall'ultima versione della legge 109/94, in cui all'art. 2 comma 5 *bis* si è previsto l'obbligo per tutti i soggetti tenuti all'applicazione della legge di eseguire i lavori ivi previsti "esclusivamente mediante contratti di appalto o concessione di lavori pubblici", fatti salvi i rari casi in cui sono ammessi i lavori "in economia" ex art. 24, comma 6 (86).

In definitiva, i soggetti indicati all'art. 2, 2 comma, *lett. b)* e *c)* devono appaltare a terzi i lavori che rientrano nella loro competenza gestionale, obbligo che riguarda anche coloro che operano nei settori speciali, ma limitatamente ai lavori non disciplinati dalla legge quadro sui LL.PP.

Unica deroga al divieto assoluto di *in house construction*, a cui corrisponde un dovere di esternalizzazione totale, è prevista nei confronti di quei concessionari di lavori pubblici di cui al comma 2 *lett. B)* (87), su cui grava l'obbligo di appaltare a terzi quella parte dei lavori pubblici "non realizzati direttamente o tramite imprese controllate", le quali devono essere indicate specificatamente in sede di candidatura, insieme alla precisazione delle rispettive quote dei lavori da eseguire (88).

La legge ha individuato nel pubblico incanto e nella licitazione privata le uniche modalità di affidamento, escludendo l'appalto concorso e la trattativa privata (89). Inoltre, il comma 4 ha previsto che "le amministrazioni aggiudicatrici devono prevedere nel bando l'obbligo per il concessionario di appaltare a terzi una percentuale minima del 40% dei lavori oggetto della concessione" (90).

La decisione se esternalizzare o svolgere *in house* anche il restante 60%, massimo, dei lavori è lasciata alla scelta discrezionale del concessionario, che può anche ricorrere ad una impresa controllata, la quale deve attenersi al disposto legislativo, nel senso di dovere eseguire i lavori direttamente.

Per cogliere appieno la forza innovativa che l'obbligo di totale o parziale esternalizzazione riveste è necessario fare un passo indietro e analizzare il quadro normativo antecedente la Merloni-*ter* (91).

La legge 109/94 all'art. 2, commi 4 e 5, come modificati dalla legge 216/95, consentiva ai soggetti *ex art. 2, comma 2 lett. b)* la *possibilità* di eseguire in proprio i lavori, ipotesi equiparata alla realizzazione dei lavori tramite imprese controllate che, a differenza delle imprese collegate, non venivano considerate soggetti terzi. In caso contrario, essi erano tenuti ad appaltarli a terzi.

La distinzione fra imprese controllate ed imprese collegate, operata sulla scorta dell'art. 2359 c.c. (92), risultava estranea al diritto comunitario (Direttiva 89/440/Cee e successiva Direttiva 93/37/Cee) in cui era contemplata solo l'impresa collegata, sottoposta ad influenza dominante di altra società.

Lo scollamento fra categorie giuridiche interne ed europee ha determinato alcuni problemi interpretativi, in parte chiariti dalla legge 415/98, anche perchè, in definitiva, confrontando il dato normativo interno e comunitario risulta evidente come per la direttiva lavori art. 3, commi 2 e 3, non sono soggetti terzi le imprese collegate, poiché vi è l'elemento dell'influenza dominante, elemento che a livello nazionale si ritrova con riferimento alle imprese controllate, su cui è esercitata una influenza notevole. Ne deriva, che le due categorie – collegata comunitaria e controllata nazionale - finiscono con il coincidere, a prescindere dalla diversa definizione terminologica.

Pur mantenendo all'art. 2, comma 4 la distinzione fra imprese controllate e collegate, quest'ultime qualificate come "*soggetti terzi*", il Legislatore ha precisato che "*le situazioni di controllo e collegamento si determinano secondo quanto previsto dall'art. 2359 del codice civile*".

Una volta sgombrato il campo da dubbi definitori con il richiamo ai criteri individuati dalla disposizione codicistica, la norma ha chiarito che le imprese controllate sono sottoposte ai medesimi obblighi del concessionario nell'esecuzione dei lavori, mentre le imprese collegate, essendo soggetti terzi, possono partecipare alle selezioni.

La seconda ipotesi di esternalizzazione, strettamente coordinata con la precedente, è contemplata all'art. 10, 1 *bis* (93).

Tale norma sancisce che "*non possono partecipare alla gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile*", per evitare che solo apparentemente vi sia una pluralità di soggetti che concorrono in *par condicio* mentre, in realtà, si tratta di imprese tra loro controllate, fenomeno che per il Legislatore produce, in modo automatico, senza la necessità di una dimostrazione specifica, effetti negativi sul corretto e trasparente andamento della gara.

La Merloni-*ter* ha fatto propria una giurisprudenza costante, secondo cui sia in ipotesi di collegamento giuridico (94) che di fatto (95), l'esclusione dei soggetti coinvolti deve avvenire subito, secondo una presunzione *juris et de jure* di influenza ed inquinamento dello svolgimento regolare della gara.

Tuttavia, risulta ormai evidente come il *trend* giurisprudenziale stia andando verso

tutt'altra direzione, optando per una valutazione in concreto degli effetti negativi che una situazione di collegamento può produrre sul mercato (96).

Il fatto che la disposizione non sottoponga al medesimo regime anche le imprese collegate potrebbe creare una riduzione dell'efficacia della norma e delle sue finalità, a causa di una applicazione a pelle di leopardo, permettendo la partecipazione alla gara di appalto di una società collegata all'amministrazione aggiudicatrice potrebbe avere effetti negativi anticoncorrenziali e discriminatori (97).

Il terzo tipo di esternalizzazione, "in negativo", prevede il divieto che funzioni proprie della stazione appaltante possano, ai sensi dell'art. 19, comma 3, essere affidate a soggetti pubblici o di diritto privato. In questo modo si impedisce il ricorso sia alla concessione di committenza che alla figura del *general contractor* (98).

La volontà all'esternalizzazione espressa nella legge Merloni *ter* si ritrova in due provvedimenti legislativi importanti per quanto riguarda l'apertura di settori molto delicati, quello dei trasporti e del gas, a lungo gestiti in regimi di monopolio, o di concessione, al di fuori di un reale confronto concorrenziale.

Il riferimento è al c.d. decreto Burlando (99), che all'art. 18 stabilisce che l'affidamento del servizio di trasporto pubblico regionale e locale deve avvenire facendo ricorso alle procedure concorsuali per la scelta sia del gestore del servizio che dei soci privati delle società che gestiscono il servizio, in conformità con la normativa nazionale e comunitaria. Invece, in caso di gestione diretta o di affidamento diretto dei servizi da parte degli enti locali a propri aziende o consorzi, è imposta una limitazione territoriale, essendo precluso qualsiasi ampliamento dei bacini di utenza. Inoltre, nella seconda ipotesi gli enti locali che vogliono affidare quote del servizio o di servizi speciali devono ricorrere a procedure concorsuali.

In questo caso, anche se l'esternalizzazione non è totale, tuttavia, la previsione di ipotesi di gestione o affidamento diretto è temperato dalla ristrettezza dell'ambito di azione, che non può essere aumentato.

Più radicale è, invece, il decreto Letta volto alla liberalizzazione del mercato interno del gas naturale, in attuazione della normativa comunitaria di riferimento (100).

All'art. 14 riconosce all'attività di distribuzione del gas i caratteri propri di una attività di servizio pubblico e sancisce che, a regime, *"il servizio è affidato esclusivamente mediante gara per periodi non superiori ai dodici anni"*.

Sono ammesse alle gare, senza limiti territoriali, S.p.a. o società a responsabilità limitata, anche a partecipazione pubblica, società cooperative a responsabilità limitata, con l'unica eccezione delle *"società, delle loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, che, in Italia o in altri Paesi dell'Unione europea, gestiscono di fatto, o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o di"*

contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica".

Questo divieto è temperato all'art. 15, comma 10 laddove si prevede che, nel regime transitorio, potranno partecipare alle gare ex art. 14, comma 1 senza limitazioni, anche i soggetti titolari di affidamenti e concessioni, previsti all'art. 15, comma 5.

L'art. 15, comma 10 è oggetto di un ricorso di incostituzionalità perché ritenuto in contrasto con la disciplina a regime delineata all'art. 14, la cui *ratio* consiste nella volontà di che prendano parte alla competizione soggetti avvantaggiati, in grado di formulare offerte più vantaggiose, sfalsando così il libero confronto (101).

Tuttavia, sarebbe una forzatura ritenerlo in contrasto con gli artt. 3, 41 e 76 della Costituzione, poiché supporrebbe una lettura forzata dell'intera disposizione legislativa anche alla luce della recente giurisprudenza comunitaria (102), la quale richiede, in ogni caso, un'analisi della fattispecie concreta a prescindere dal dato formale (103).

I due esempi qui riportati permettono di vedere come il settore dei servizi pubblici sia divenuto, negli ultimi anni, terreno di forti cambiamenti, determinati da fattori sia endogeni che esogeni (104), anticipando tendenze e attitudini, poi raccolti in un progetto di riforma del settore organica e generale, oramai inevitabili (105).

Infatti il decreto Letta anticipa (106) quanto previsto all'art. 22, comma 3 della l. 142/90 secondo i contenuti del disegno di legge sul riordino dei servizi pubblici locali (107), nel punto in cui si prevede un obbligo generalizzato di affidamento con gara ed esprime quella che viene avvertita come l'esigenza più urgente di aprire al mercato certi ambiti prima sottratti.

Il richiamo al d.d.l. 4014 – AS – XIII leg., recante "*Modifica degli artt. 22 e 23 della legge 8 giugno 1990, n. 142*", c.d. Vigneri, approvato dal Senato il 30 maggio 2000, passato all'esame della Camera con il n. 7042, è dovuto, anche se il *draft* non ha terminato l'*iter* legislativo ed ha solo spostato avanti nel tempo interventi ormai improcrastinabili di riforma del settore (108). Il filo conduttore di questo d.d.l. risiedeva nella volontà di porre alla base della riforma del settore la c.d. "preferenza per il mercato" (109), e per fare ciò sceglie, come strada maestra, la via dell'esternalizzazione.

L'art.22 comma 2 introduceva il principio della concorrenza *per* il mercato per i servizi a rilevanza industriale, prevedendo come unica modalità di affidamento l'esperimento di una gara pubblica, e sancisce il divieto di rinnovo senza procedura concorsuale.

Il comma 7 stabiliva il divieto di attività extraterritoriale per i gestori scelti senza gara pubblica: le società miste che gestiscono il servizio in affidamento e le istituzioni potranno svolgere la propria attività solo nell'ambito territoriale dell'ente titolare del servizio o in quello di struttura associativa di enti locali a cui facciano capo. Viceversa, erano aboliti i limiti strettamente territoriali per l'esercizio della

attività per quei soggetti (società di capitali, anche a partecipazione pubblica, società cooperative a responsabilità limitata e i G.E.I.E) selezionati in regime concorrenziale (110).

5. Conclusioni.



L'analisi delle due discipline, comunitaria e nazionale, permette di individuare differenze ed analogie.

Innanzitutto, a livello europeo viene riconosciuta la massima libertà di scelta in capo alle amministrazioni sulle modalità di esecuzione di un lavoro o di prestazione di un servizio, fermo restando l'obbligo di rispetto dei principi generali sanciti dal Trattato.

Quindi, nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice decida di provvedervi direttamente, oppure attraverso un organo a lei strettamente legato da un rapporto di delega, non dovrà dare applicazione alla disciplina prevista in materia di appalti.

Qualora, invece, preferisca affidarsi a soggetti terzi dovrà seguire le procedure ad evidenza pubblica stabilite dalle direttive.

A questo punto, nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice si trovi di fronte un'altra amministrazione, dovrà considerarla come un soggetto terzo oppure no?

La giurisprudenza ha elaborato una serie di indici da valutare rispetto alla fattispecie concreta per capire se l'amministrazione, pur facendo parte dell'apparato amministrativo, è estranea all'amministrazione aggiudicatrice, oppure, le sia legato da una delega interorganica tale da annullare qualsiasi capacità decisionale, organizzativa e finanziaria.

Nella prima ipotesi, l'amministrazione è considerata alla stregua di qualsiasi altro soggetto e può partecipare alla gara di appalto. La seconda ipotesi, invece, esula del tutto dal campo di applicazione della normativa comunitaria in materia di appalti, essendo il c.d. divieto di *in house providing*.

Le considerazioni svolte con riguardo agli appalti sono esportate anche alle concessioni, per cui si avranno ipotesi di concessioni *in house* legittime e casi, invece, vietate.

Il legislatore nazionale ha, da un lato imposto un obbligo generalizzato e totale di esternalizzazione che, in caso di concessione di servizio risulta ridotto al 40% ed

analoghe difficoltà si pongono per capire se l'amministrazione a cui esternalizzare sia terza.

I criteri scelti dal legislatore sono di natura civilista e dovrebbero operare in maniera automatica, anche se la giurisprudenza più recente, quasi sulla lunghezza d'onda dei Giudici di Lussemburgo, ha optato per un approccio più sostanziale, valutando in concreto l'effettivo grado di autonomia o subordinazione. In questo modo si potranno evitare contrasti in sede di qualificazione di una amministrazione come soggetto terzo e di individuazione della disciplina da applicare.

Punto di contatto fra le due discipline è la sottrazione dal libero gioco del mercato delle ipotesi *in house* e tale deroga potrebbe indurre le amministrazioni a ricorrere più frequentemente a forme di connessione tali per eludere obblighi e procedure più gravose.

Il decreto Letta sembra avere previsto, in un qualche modo, tale pericolo e pare lo abbia sventato con una disciplina fin troppo tassativa.

Non resta che attendere, sul piano comunitario, ulteriori precisazioni e non solo da parte della giurisprudenza e, a livello nazionale, un progetto di riordino dei servizi pubblici locali, che possa essere più preciso sul punto e fornire una utile *guideline*.

Autore: Dott.ssa Chiara Alberti

(*) Extract - *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, n. 3 - 4, 495 ss



(Note)

1 E' opportuno ricordare come tale materia abbia offerto l'occasione per affrontare un'altra questione assai spinosa: la definizione di una nozione comunitaria di "pubblica amministrazione" per l'individuazione di soggetti pubblici sottoposti alla normativa europea in materia di appalti. Inizialmente, la disciplina di tale settore utilizzava il criterio numerativo di amministrazioni aggiudicatrici, facendovi rientrare Stato, enti pubblici territoriali e le persone giuridiche pubbliche contenute in appositi allegati. Tale elencazione non incontrò problemi applicativi ed interpretativi finché vi era corrispondenza fra le categorie soggettive europee e quelle di diritto nazionale, ma nel momento in cui l'elenco comunitario risultò essere troppo riduttivo rispetto alla nozione interna, allora si dovette interpretare l'elencazione a titolo esemplificativo e non esaustivo (sentenza 20 agosto 1988, *Beenjes c. Netherlands State*, causa 31/87, in *Racc.* 1988, p. 4635, in cui la Corte ha affermato che "*alla nozione di Stato, alla stregua della giurisprudenza in materia di accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione, deve essere data una interpretazione funzionale al fine di non escludere dall'applicazione della normativa sugli appalti pubblici un organismo il quale, pur non facendo formalmente parte dello Stato, però, le sue funzioni e la sua composizione sono contemplate dalla legge e dipende dalla pubblica amministrazione*"). Successivamente, si è cercato di ovviare al problema della discrepanza tra le categorie di amministrazioni aggiudicatrici di matrice comunitaria e le categorie nazionali introducendo la nuova figura di "organismo di diritto pubblico". La genesi di tale nozione va rintracciata nella direttiva 89/440/CEE in materia di appalti di lavori, recepita in Italia con D.Lg. 19 dicembre 1991, n. 406, poi trasfusa nelle direttive di "consolidamento": la direttiva lavori 93/37, la direttiva forniture 93/36 e la direttiva sugli appalti di servizi 92/50. Gli organismi di diritto pubblico per essere tali devono possedere tre caratteristiche: 1) perseguire fini

specificatamente di interesse generale, con carattere non industriale o commerciale; 2) avere personalità giuridica e 3) essere finanziati in modo maggioritario dallo Stato, enti locali o da organismi di diritto pubblico. Definizione conservata anche nelle direttive successive. Tali requisiti devono essere presenti contestualmente, come ha affermato la Corte di Giustizia nella sentenza 15 gennaio 1998, *Mannesman Anlagenbau Austria AG c. Srohal Roationdruck GesmbH*, causa C-44/96, in *Racc.* 1998, p. I-73.

L'istituto menzionato venne elaborato nella consapevolezza che sullo scenario nazionale, accanto ad amministrazioni di stampo tradizionale, si stavano affermando figure del tutto nuove che dovevano in qualche modo essere ricondotte nell'alveo dei soggetti destinatari della normativa in materia di appalti per non creare una zona franca, ingiustificatamente sottratta a tale disciplina posta a tutela dell'effettiva concorrenza. Il problema di base nel considerare questa nuova figura è il fatto che presenti un carattere aperto, lasciato all'interpretazione di chi applica il diritto comunitario. Se da un lato ciò ha il pregio di volere garantire l'accesso al mercato comunitario degli appalti al maggior numero di soggetti, dall'altro lato, la libertà interpretativa di questa nozione deve sempre essere esercitata nel rispetto del principio dell'effetto utile del diritto comunitario. Come il diritto comunitario è diritto vivente, la cui portata è strettamente condizionata dalle dimensioni politiche dell'Unione europea, così la nozione stessa di pubblica amministrazione risente di questa esigenza di mobilità e per questo rifugge da una previsione contenutistica ingessata, al fine di permettere a livello nazionale una applicazione del diritto comunitario che sia la più ampia possibile.

L'ultimo contributo della Corte di giustizia sul punto è la sentenza 10 maggio 2001, *Ente fieri*, cause C-223/99 e C-260/99, in *Edilizia e Territorio*, 2001, 20, p. 35-38, con nota di Mangani, *Enti fieri esclusi dalle direttive Ue. Operano in regime di concorrenza*, in cui la Corte ha dichiarato che gli enti fieri non sono organismi di diritto pubblico e che a loro non si applicano le direttive in materia di appalti.

Per i principali riferimenti dottrinali, cfr. E. Chiti, *La nozione di amministrazione aggiudicatrice*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2001, p. 414-427; Alibrandi, *Gli appalti pubblici alla luce della normativa e della giurisprudenza comunitaria*, in Falcone – Mele (a cura di), *Urbanistica e appalti nella giurisprudenza*, voll. II, Padova, 2000, p. 1001-1003; M. P. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, *Quaderni Spisa*, Bologna, 2000, p. 52; Greco, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in questa *Rivista* 2000, p. 839-849; *Id.*, *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, *ivi*, 1998, p. 734; *Id.*, *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, *ivi*, 1999, p. 184; M. P. Chiti, *Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, 1999, p. 203; Cammelli, *Gli appalti pubblici di servizi e le società a partecipazione pubblica*, in Mastragostino (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova, 1998, p. 52.

2 E' comunque opportuno precisare che la centralità rivestita dal settore appalti nella politica comunitaria non è sempre stato un dato di fatto acquisito, ma può essere ricollegata al rapporto Cecchini, in cui, preso atto del fallimento della disciplina di prima generazione, si ritenne essenziale per l'integrazione dei mercati nazionali anche una piena liberalizzazione del settore degli appalti pubblici. Infatti, come ha ricordato E. Chiti, *op. cit.*, p. 419, la riconsiderazione della materia riprese "dopo un periodo di palese disinteresse per il settore appalti", giustificato dal tentativo di mantenere l'autonomia regolatoria degli Stati membri.

3 La Comunità europea è una comunità di diritto i cui destinatari, oltre agli Stati, sono i cittadini stessi, come risulta da una storica giurisprudenza della Corte di giustizia, la sentenza 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos*, causa 26/62, in *Racc.* 1963, p. .3, in cui la Corte afferma che "la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale (...), ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini. (...) il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi". Pubblicata anche in *Giur. it.*, 1963, IV, p. 49, con nota di Gori, *Una pietra miliare nell'affermazione del diritto europeo* e in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 1225, con nota di Berri, *Sull'efficacia delle sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee in materia di interpretazione pregiudiziale autentica dell'art. 177 del Trattato C.E.E.*

Ancora, in dottrina cfr. Ballarino, *Lineamenti di diritto comunitario e dell'Unione Europea*, Padova, V ed., 1997, p. 131-145 in cui l'A. ricostruisce il percorso compiuto dai Giudici di Lussemburgo per formulare la teoria dell'ordinamento comunitario, come "un ordinamento di nuovo genere che si integra con gli ordinamenti di singolo Stato membri e s'impone agli organi giurisdizionali di questi ultimi" (sentenza 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos*, causa 26/62, in *Racc.* 1963, p. 3; sentenza 15 luglio 1964, *Costa c. Enel*, causa 6/64, in *Racc.* 1964, p. 1129; sentenza 9 marzo 1978, *Simmenthal*, causa 106/77, in *Racc.* 1978, p. 629); Tesaurò, *Diritto Comunitario*, Padova, 1995, pagg.1-15.

4 COM (96) 583 def., 27.11.1996. Al punto 2, sotto la rubrica "Contesto del dibattito", la Commissione ha sintetizzato così la situazione: "La politica dell'Unione in materia di appalti pubblici è volta ad instaurare in questo settore una concorrenza leale ed aperta (...). Il quadro giuridico comunitario di base necessario alla realizzazione di questi obiettivi è stato ora fissato: esso rappresenta un giusto equilibrio fra i principi della

certezza del diritto e di flessibilità".

Al punto 3, "Applicazione del diritto degli appalti pubblici. Situazione attuale e tendenze", dopo aver preso atto che una disciplina normativa per gli appalti pubblici è stata messa in opera, la Commissione "riconosce la necessità che essa rimanga stabile per un certo periodo e non prevede pertanto di modificarne la struttura fondamentale. (...). La Commissione sottolinea la necessità di adoperarsi maggiormente per quanto riguarda sia il recepimento che l'applicazione della disciplina giuridica comunitaria affinché tutti gli operatori dell'Unione possano partecipare agli appalti pubblici in condizioni di parità.. (...). Figurano parimenti tra le questioni fondamentali da trattare, quella di incoraggiare la prassi dell'attestazione e quella di rendere più accessibile la procedura di conciliazione".

5 Libro bianco "Gli appalti pubblici nell'Unione Europea", COM (98) 143 def., 1.3.1998, in cui l'istituzione ha individuato tutta una serie di iniziative da adottare per incoraggiare la competitività in due settori strategici per ottimizzare il funzionamento del mercato unico: appalti pubblici e delle concessioni. Con riferimento al settore dei *public procurement*, la Commissione ha espresso l'intenzione di "studiare i problemi che si pongono dal punto di vista delle direttive relative agli appalti pubblici e, a fini di chiarezza, pubblicare un documento interpretativo in materia". Al punto 2.1.3 si è impegnata "ad assumersi le proprie responsabilità pronunciandosi chiaramente sulle questioni complesse che si pongono a livello di applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e che sono state sollevate nei contributi al Libro verde", per soddisfare le richieste di chiarezza e certezza giuridica avanzate dagli operatori dei quindici Paesi membri dell'Unione, in difficoltà dinanzi ad una "foresta" normativa e giurisprudenziale, in cui risulta difficile districarsi. Rispetto al settore dei *public service concession contracts*, nell'intento di "pervenire ad una semplificazione e ad un chiarimento delle norme vigenti" la Commissione ha deciso di intraprendere una doppia azione, ricognitiva e propositiva.

La volontà di muoversi in tale direzione era stata espressa, ed auspicata, in una serie di dichiarazioni d'intenti, quali: il *Programma di lavoro per il 2000*, COM (2000) 155 del 19.2.2000; le *Conclusioni del Consiglio europeo di Lisbona*, 23-24 marzo 2000, SN/ 100/0, contenevano un invito espresso, rivolto dal Consiglio Europeo a Commissione, Consiglio dell'Unione e Paesi membri a "concludere sollecitamente i lavori sulle future proposte di aggiornamento della normativa in materia di appalti pubblici (...), onde consentire che la nuova regolamentazione entri in vigore entro il 2002" nell'ambito delle rispettive competenze; il *Programma della Presidenza svedese del Consiglio dell'Unione europea*, 1 gennaio – 30 giugno 2001, SN/5613/00, p. 9; il *Consiglio europeo di Stoccolma*, 23 e 24 marzo 2001, Nr 100/1/01. In questa occasione, Consiglio dell'Unione e il Parlamento europeo sono stati invitati ad adottare, entro la fine dell'anno, le norme sugli appalti, sulla base del *draft* di direttiva presentato dalla Commissione, rappresentando un tappa prodromica per una effettiva apertura del mercato dei servizi.

In generale, sull'istituto del Consiglio europeo, da tenere ben distinto dal Consiglio dell'Unione Europea, si veda, sul punto, per tutti, cfr. Westlake, *The Council of the European Union*, John Harper Publishing., revised ed., 1999. Sulle caratteristiche degli atti e delle dichiarazioni fatte in tal sede, cfr. Mengozzi, *European Community Law*, cit., p. 150-151.

6 Il settore del mercato unico e le problematiche ad esso sotteso vedono l'attenzione delle Istituzioni concentrate su tematiche quasi squisitamente economiche, ma che, ad una analisi approfondita, risultano inserite in un piano d'azione più complesso che tocca anche dimensioni politiche e sociali. Infatti, non si deve trascurare l'evoluzione che il ruolo della C.E.E. ha subito nel corso degli anni, passando da comunità economica a comunità politica. Sul punto, cfr. Sacerdoti, *La Carta dei diritti fondamentali: dall'Europa degli Stati all'Europa dei cittadini*, in *Rivista Dir. Pubbl. Comunitario ed europeo*, 2000, 4, p. 1390, in cui l'A. registra come ormai da anni "la Comunità europea ha cessato di essere solo "economica".(...). L'Unione è anzitutto politica, lo si voglia ammettere o meno"; Fragola, *Sovranità diffuse e diritti umani nella prospettiva comunitaria*, in *Riv. Dir. Europeo*, 1999, 2, p. 4; Massera, *L'amministrazione e i cittadini nel diritto comunitario*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1993, 1, p. 20; Mancini, *Il contributo della Corte di Giustizia allo sviluppo della democrazia nella Comunità*, in *Riv. Dir. Europeo*, 1992, n. 4, p. 713-725; Cassese – Della Cananea, *L'esecuzione del diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 1991, p. 901, in cui gli Autori evidenziano come "rappresenti un tratto fondamentale della Comunità europea la contraddizione fra l'enfaticizzazione della dimensione economica, funzionale e "tecnica" dell'integrazione e l'idea che l'integrazione dei mercati e delle politiche determinasse, quasi automaticamente, l'unione politica. Si tratta di una contraddizione presente ancora oggi, tanto che secondo il presidente della Commissione, Jaques Delors, la Comunità è un object politique non identifié".

7 Oltre a dare avvio alla politica comunitaria ed esprimere l'interesse dell'Unione europea, compito della Commissione è quello di verificare la corretta applicazione dei trattati e della legislazione dell'Unione europea da parte degli Stati membri, affinché tutti i cittadini e tutti i partecipanti al mercato unico possano trarre equamente vantaggio dall'equilibrio instaurato. In caso di necessità, la Commissione prende iniziative contro quanti, nel settore pubblico o in quello privato, non ottemperino agli obblighi che i trattati impongono loro. Essa può per esempio avviare procedure d'infrazione contro Stati membri o imprese che non rispettino la normativa

europea, e in ultima istanza adire la Corte di giustizia in caso di inadempienza. Spetta inoltre alla Commissione controllare l'erogazione di sovvenzioni da parte dei governi nazionali alle imprese del loro paese, nonché le pratiche che rischiano di falsare la concorrenza nel mercato interno. In caso di infrazione grave la Commissione può comminare ammende alle autorità pubbliche o alle industrie in causa.

Sul ruolo svolto dalla Commissione, per tutti, cfr. Mengozzi, *European Community Law*, II ed., S.E.P.S., London, 1999, p. 53-58; Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, III ed., L.G.D.J., 1999, p. 371-373.

6 Si fa riferimento alla Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, Bruxelles, 12 aprile 2000, 2000/C 121/02.

Per i primi commenti, cfr. Carbone – Caringella – De Marzo (a cura di), *L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici. Commentario*, Ipsoa, 2000, p. 374-380; Spinelli – Quarta, *Appalti pubblici europei: la comunicazione interpretativa della commissione in tema di concessioni*, in questa Rivista, 2000, p. 585-590; Leggiadro, *Il Commento*, in *Urb. e Appalti*, 2000, p. 1071-1075; Vallania, *Le innovazioni apportate dalla Comunicazione interpretativa della Commissione nel settore delle concessioni pubbliche*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2000, p. 838-853; Sciandone, *La UE precisa: "Concessioni da affidare soltanto ricorrendo a gare pubbliche"*, in *Edilizia e Territorio*, 2000, 17, p. 42-43.

La Comunicazione è stata oggetto di una determinazione da parte dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici n.12 del 7 marzo 2000, in cui ha chiarito i rapporti fra affidamento della concessione dei lavori pubblici e attività di progettazione. Sul punto, cfr. Carbone – Caringella – De Marzo (a cura di), *L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici. Commentario*, Ipsoa, 2000, p. 380.

8 In generale, sul fenomeno di "un governo dei Giudici, un'Europa dei Giudici", cfr. Mengozzi, *La rule of law e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, in *Riv. Dir. Europeo*, 1992, 3, p. 511-525. L'A. evidenzia come "la Corte di giustizia delle Comunità europee ha assunto, per la precisazione del diritto comunitario e la sua progressiva integrazione nel tempo, un ruolo che sicuramente trascende quello tradizionalmente proprio dei giudici ordinari, anche di ultima istanza, dei paesi membri, specie di quelli dell'Europa continentale. (...) esiste una parte sempre più importante del diritto comunitario che è di formazione giurisprudenziale", fenomeno apparentemente in contrasto con un'applicazione della *rule of law* nell'ordinamento comunitario, ma in realtà "quello che allora sbrigativamente si chiama diritto comunitario di formazione giurisprudenziale è fenomeno assai più complesso rispetto a quello che potrebbe risultare unicamente dalle pronunce della Corte di giustizia. Si può conclusivamente notare allora che il fenomeno studiato si è potuto realizzare non in antitesi con il principio di *rule of law*, proprio perché quello che all'inizio ho detto essere descritto da alcuni come il prodursi di una sorta di governo dei giudici comunitari in realtà è stato fenomeno più articolato in cui questi ultimi hanno assunto solo un *leading role*, un ruolo che, per produrre i suoi effetti ultimi, ha implicato un ampio coinvolgimento di tutti i soggetti operanti nell'ambiente comunitario, compresi tra essi i cittadini e i giudici degli stati membri".

Ancora in dottrina, sul ruolo dei giudici di Lussemburgo, cfr. Arnulf, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford EC Law Library, 1999.

Per un approccio sociologico al fenomeno dell'interpretazione del diritto, quale "unico passaggio critico nella trasposizione delle norme scritte nel mondo reale", si rimanda a Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000, p. 169 ss. L'A. evidenzia il cambiamento avvenuto rispetto al modello positivista in cui "il diritto scritto era un diritto freddo e distante, che dichiarava il proprio divorzio dalla sociologia" e pone in evidenza come la realtà comunitaria, pur avendo fonti giuridiche scritte, possa contare su "una sorta di patrimonio sapienziale dei grandi giudici".

9 La Commissione ha presentato due proposte di direttive in materia di appalti pubblici, volti alla semplificazione dell'attuale quadro normativo e per apportare modifiche rese necessarie dalle evoluzioni degli ultimi anni sia giuridiche (come la ormai attuata liberalizzazione di settori strategici delle comunicazioni e dell'energia e del gas) che tecnologiche (come i nuovi sistemi informatici per permettere forme di aggiudicazioni unicamente "virtuali", con riferimento alla fase procedimentale e di selezione, ferma restando la realtà dell'aggiudicazione). Si tratta della proposta di direttiva relativa "al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori", Bruxelles 10.5.2000, COM (2000) 275 def., 2000/0115 (COD) e della proposta di direttiva che "coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua, di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto", Bruxelles 10.5.2000, COM (2000), 276 def., 2000/0117 (COD).

10 Sul piano nazionale, la redazione di Testi unici viene compiutamente affermata dalla legge 50 del 1999 all'art. 7, la cui *ratio* giustificatrice va rintracciata nella volontà di ricondurre ad unità una disciplina legislativa di

fonti diverse. Inoltre, il testo unico è utile strumento di semplificazione normativa, "come misura volta alla qualità della regolazione, raccordata alla delegificazione (delle fonti) e alla semplificazione (delle procedure)", come ha affermato in dottrina Scialoja, *Il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali: profili generali*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2001, p. 221-230. Ancora sul tema, cfr. Cammelli, *Introduzione*, in M. Cammelli (a cura di), *La nuova disciplina dei beni culturali ed ambientali*, Bologna, 2000, p. 11. In generale sulla tendenza attuale in materia di riordino della normazione e di strumenti di razionalizzazione normativa, cfr. Arsi, *La codificazione delle norme sulla documentazione amministrativa. Il commento*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2001, p. 333-340.

11 Per le prime considerazioni sulla proposta di direttiva "unica", cfr. D. Spinelli, *Più vicino il testo unico sugli appalti. Insieme lavori, servizi e forniture UE*, in *Edilizia e Territorio*, 2000, 20, p. 38-40. Con specifico riferimento al dialogo tecnico e all'accordo quadro, cfr. R. Mangani, *Con la nuova direttiva dialogo tecnico anche per i servizi di progettazione, ivi*, 2001, 7, p. 60-62.

12 Sull'importanza di una politica comunitaria di "semplificazione non semplicistica" del dato normativo nel momento genetico e di codificazione in testi divulgati, in dottrina cfr.. Biebier – Amarelle, *Simplification of European law*, in Snyder (edited by), *The europeanisation of law. The legal effects of european integration*, Hart Publ., Oxford – Portland Oregon, 2000, p. 219-241. Secondo gli Autori, la semplificazione rappresenta un concetto al tempo stesso ambiguo e complesso, poiché non deve ridursi ad un'azione meramente esteriore di redazione normativa. Infatti possono individuarsi diversi aspetti della *simplification*, inteso come mezzo per attuare gli obiettivi fondamentali dell'Unione come democrazia, unità ed efficienza; come una tecnica al servizio della trasparenza, per garantire un accesso formale e sostanziale ai testi comunitari; come strumento per eliminare le cause di complessità a livello di *primary* e *secondary law* e, infine, quale tecnica funzionale alla realizzazione del mercato unico, che necessita di un quadro normativo il più possibile chiaro e preciso. Ed è proprio in quest'ultima accezione che il concetto di semplificazione rileva con riferimento all'azione di snellimento della Commissione, in coordinamento con le altre istituzioni, nella materia degli appalti e delle concessioni.

13 Al fine di migliorare la qualità redazionale della legislazione comunitaria, la conferenza intergovernativa ha adottato una dichiarazione che riproduce le conclusioni del Consiglio europeo di Edimburgo, 11-12 dicembre 1992 e la risoluzione del Consiglio dell'Unione dell'8 giugno 1993. In tale dichiarazione si sottolinea che per gli Stati membri e per i cittadini europei è importante disporre di testi legislativi comunitari chiari, che consentano alle autorità nazionali di applicarli correttamente ed ai cittadini di comprenderli facilmente. In generale, sulle novità introdotte dal trattato di Amsterdam, cfr. Rideau, *op. cit.*, p. 63-99.

14 Nella parte finale dell'*Introduzione* della Comunicazione interpretativa, la Commissione si pone due obiettivi: "preciserà, da un lato, le norme e i principi del trattato che si applicano a tutte le forme di concessione e, dall'altro, le norme particolari previste dalla direttiva 93/37/CEE sugli appalti pubblici di lavori per le concessioni di lavori pubblici".

15 L'art. 19, comma 2, L. 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, alla stregua della normativa comunitaria, definisce le concessioni di lavori pubblici come "contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore ed una amministrazione aggiudicatrice, aventi ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici, o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica. La controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto a gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati".

16 Secondo la ricostruzione di Greco, *Le concessioni di lavori e servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, questa *Rivista*, 2000, p. 993-994, un tentativo di definire tale tipo di concessione era contenuto nella prima proposta di direttiva servizi, dove "per concessione di pubblico servizio" doveva intendersi "un contratto diverso dalla concessione di lavori pubblici (...) concluso tra un'amministrazione ed un altro ente di sua scelta in forza del quale l'amministrazione trasferisce all'ente l'esecuzione di un servizio pubblico di sua competenza e l'ente accetta di svolgere tale attività avendo come corrispettivo il diritto di sfruttare il servizio oppure tale diritto accompagnato da controprestazione pecuniaria", ma il passo chiarificatore venne stralciato nella versione definitiva della direttiva 92/50. Come sottolinea l'A., la definizione restata lettera morta risulta, tuttavia, utile perché "(...) è chiaramente presupposto a livello comunitario, come una recente Comunicazione della Commissione europea dimostra, allorché dichiara di ispirarsi ad una nozione analoga a quella della concessione di lavori".

In dottrina, per una completa trattazione della materia, cfr. Mastragostino (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, cit.

17 Come si legge al punto 3 della Comunicazione, resta ferma la piena libertà di cui godono gli Stati membri di scegliere se ricorrere o meno alle concessioni, "purchè le modalità di scelta siano compatibili con il diritto

comunitario". Infatti, come evidenzia Ferroni, *Le concessioni di pubblico servizio tra diritto comunitario e diritto interno. Il Commento*, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 496, ciò che rileva non è "la forma giuridico-economica di gestione di un servizio, sia essa pubblica o privata, bensì l'assenza o la presenza di posizioni di monopolio in contrasto con il principio comunitario dell'apertura dei singoli mercati alla concorrenza".

In termini più generali, il regime giuridico di proprietà esistente negli stati membri è lasciato impregiudicato dal diritto comunitario, come sancito all'art. 295 (ex art. 222). Sul punto in dottrina cfr. Cammelli, *Comunità europea e servizi pubblici*, in Vandelli, Bottari, Donati (a cura di), *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, 1994, p. 179 ss. il quale definisce l'atteggiamento dell'ordinamento comunitario nei confronti dell'impresa pubblica "di neutralità", anzi "è un atteggiamento soi disant neutrale, vale a dire ruotante sul principio del non essere né a favore né contro l'impresa pubblica".

18 Nel Libro verde del 1996, la Commissione aveva evidenziato tale problema e ai punti 3.25 e 3.26. si legge che "per la realizzazione e/o la gestione di grandi infrastrutture, nonché per la fornitura di alcuni servizi, gli enti aggiudicatori e le amministrazioni aggiudicatrici ricorrono sempre più spesso a strumenti giuridici quali le concessioni o contratti analoghi, oppure ad altre modalità di concessione di diritti speciali od esclusivi.(...) Il ricorso a tali strumenti, se in molti casi è dovuto ai vincoli di bilancio cui sono soggette le amministrazioni aggiudicatrici, risponde anche all'intento di queste ultime di assicurare una gestione migliore dei servizi. Le amministrazioni aggiudicatrici sembrano ritenere che il diritto comunitario non sia applicabile alla conclusione di questo tipo di contratti o alla concessione di tali diritti (...). In realtà, in tali circostanze, le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare le disposizioni del trattato CE, in particolare le norme sulla libera circolazione dei beni e dei servizi, nonché i principi fondamentali di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e mutuo riconoscimento. Inoltre, in virtù della direttiva Lavori, gli Stati membri devono anche attenersi alle norme previste in tema di pubblicità qualora ricorrano alla concessione di lavori pubblici. La Commissione ritiene che l'inosservanza dei menzionati principi fondamentali del Trattato sia tanto più inaccettabile in quanto essa costituisce una turbativa per il corretto funzionamento del Mercato interno e per la liberalizzazione degli appalti (o dei diritti) in cui sono in gioco importanti interessi economici".

Al punto 3.33, poi, la Commissione aveva affermato che "gli Stati membri e la Commissione europea devono assumersi le proprie responsabilità: gli uni assicurando l'adempimento degli obblighi derivanti dal diritto comunitario (articolo 5 del Trattato CE) (...)".

In dottrina tale aspetto è stato sottolineato, fra gli altri, da F. Leggiadro, *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario. Il Commento*, in *Urb. e Appalti*, 2000, p. 1072; Carbone – Caringella – De Marzo (a cura di), *L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici. Commentario*, cit., p. 377.

19 Come ha avuto modo di evidenziare l'Avv. generale La Pergola nella causa C-306/96, *BHI Holding BV c. G. Arnhem e G Rheden* (sentenza 10 novembre 1998, in *Racc.* p. I-5923), l'enucleazione di un criterio distintivo fra appalti e concessioni, di lavori o servizi, non è un'operazione ermeneutica semplice. Infatti, mancando una definizione comunitaria di concessione con valore normativo, "la distinzione tra appalti e concessioni di servizi in diritto comunitario, per communis opinio ed in mancanza di una specifica definizione comunitaria che abbia valore normativo, si fonda su un complesso di criteri. Il primo indice è quello del destinatario o beneficiario del servizio prestato. Nel caso degli appalti il beneficiario del servizio reso è ritenuto essere lo stesso ente appaltante, mentre, nel caso della concessione, il beneficiario del servizio è un terzo estraneo al rapporto contrattuale, di norma la collettività, che riceve la prestazione e che paga, in relazione al servizio ricevuto, un corrispettivo. La concessione di servizi in diritto comunitario esige altresì che il servizio in questione rivesta interesse generale di modo che la relativa erogazione competerebbe istituzionalmente ad una pubblica autorità. La circostanza che ad espletare il servizio sia un terzo opera, quindi, una sostituzione soggettiva del concessionario al concedente negli obblighi che a quest'ultimo sono imposti per assicurare la fornitura del servizio alla collettività. Altro elemento che denota la concessione è quello relativo alla remunerazione, la quale è, in tutto o in parte, ricavata dalla stessa prestazione del servizio che il concessionario effettua in favore dei beneficiari. Ancora un altro aspetto saliente della concessione di servizi in ambito comunitario si ricollega al profilo immediatamente prima evocato, ed è quello che vede il concessionario assumere su di sé il rischio economico derivante dalla fornitura e dalla gestione dei servizi oggetto della concessione. Questi criteri, in parte mutuati dalla figura della concessione di costruzione e gestione, propria della direttiva sugli appalti pubblici di lavori, sono stati peraltro ripresi dalla giurisprudenza della Corte nella sentenza 26 aprile 1994, causa C-272/91, *Commissione c. Italia, detta Lottomatica* (in *Racc.* I-14009)". Considerazioni sottolineate da Leggiadro, *Il progetto di comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni. Il Commento*, in *Urb. e Appalti*, 2000, p. 19, nt. 9 e Carbone – Caringella – De Marzo (a cura di), *L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici. Commentario*, cit., p. 378, nt. 11.

Per un commento alla sentenza, Mameli, *La libera concorrenza nazionale: un limite per il diritto comunitario*, in *Urb. e Appalti*, 2000, p. 220.

20 Criterio da applicarsi anche nell'ipotesi di appalto e concessioni di servizi, superando così il *discrimen* basato semplicemente sulla diversa modalità di renumerazione nel caso di appalto pubblico e di concessione. Nella prima ipotesi, infatti, il corrispettivo dell'appaltatore è determinato e sicuro, mentre nella seconda ipotesi, il concessionario, sia di lavori che di servizi, riceve a titolo renumerativo il trasferimento del diritto di gestire l'opera.

21 Cfr. Leggiadro, in *Urb. e Appalti*, 2000, *cit.*, p. 18.

22 Nel progetto di Comunicazione (XV/B – 24 febbraio 1999) la Commissione valutava *"il ricorso all'investimento privato per la realizzazione delle infrastrutture pubbliche un fenomeno positivo, di cui è opportuno assicurare lo sviluppo garantendo al contempo l'osservanza del diritto comunitario. La collaborazione tra settore pubblico e settore privato ha assunto anche forme diverse nel tempo e a seconda dei paesi. (...). Il partenariato pubblico-privato e, in particolare, il regime della concessione, che è in pieno sviluppo, presentano un interesse di primo piano nel quadro della realizzazione del mercato unico. (...). Dal canto suo, la Corte di giustizia ha avuto occasione di precisare vari aspetti del diritto comunitario che assumono rilevanza anche per le concessioni e per altre forme di partenariato pubblico-privato ad esse analoghe. Nella sua comunicazione sugli appalti pubblici, la Commissione ha annunciato la sua intenzione di esaminare anche altre forme di partenariato pubblico-privato per determinare in quale misura le norme relative agli appalti pubblici possano costituire un quadro giuridico idoneo a garantire l'osservanza delle disposizioni del Trattato, permettendo al contempo lo sviluppo di tali forme di cooperazione. Nella presente comunicazione interpretativa, la Commissione si propone di precisare il regime giuridico a suo parere applicabile, allo stato attuale del diritto comunitario, alle concessioni e ad altre forme di partenariato pubblico-privato ad esse analoghe. E ciò, tenuto conto della giurisprudenza della Corte in materia, nonché dell'esperienza acquisita istruendo i vari casi che ha avuto modo di analizzare in questo settore"*.

Poi, al considerando 5 del testo definitivo, la Commissione ha spiegato di avere rinunciato *"ad occuparsi di forme di cooperazione prive di caratteristiche analoghe a quelle delle concessioni nel senso della presente comunicazione interpretativa. Difatti, la varietà delle ipotesi e il loro continuo sviluppo, (...), impongono una approfondita riflessione sulle caratteristiche comuni di questi fenomeni. Il dibattito su questa questione, avviato dalla pubblicazione del progetto di comunicazione interpretativa, deve dunque proseguire"*.

Per un approfondimento sul progetto preliminare della Comunicazione interpretativa, cfr. Leggiadro, in *Urb. e Appalti*, 2000, *cit.*, p. 17-20; Spinelli, *Servizi locali nel mirino di Bruxelles, "Concessioni soltanto a vere imprese"*, *Edilizia e Territorio*, 2000, 10, p. 39

23 Come chiarisce la Comunicazione al punto 2.4 nt. 23, gli "atti dello Stato" *"sono tutti gli atti, contrattuali o unilaterali, adottati dall'insieme delle autorità pubbliche che fanno parte dell'organizzazione dello Stato, nonché quelli adottati da qualsiasi altro organismo che, se pur dotati di personalità giuridica autonoma, sia collegato allo Stato da vincoli così stretti da potere essere considerato come facente parte dell'organizzazione di questo. Sono ugualmente compresi anche gli atti dello stato ad esso imputabili, gli atti, cioè, che, pur non essendo adottati da pubbliche autorità, sono a queste imputabili in ragione degli strumenti di intervento di cui esse dispongono per impedirne l'adozione od imporne la modifica"*.

24 Come spiega la Comunicazione al punto 3.1, nonostante il Trattato non detti una disciplina puntuale in materia di appalti pubblici o di concessioni, vi sono delle norme generali rilevanti in materia, come le disposizioni che vietano qualsiasi discriminazione basata sulla nazionalità (art. 12, par.1 ex art. 6, par. 1); le norme relative alla libera circolazione di merci (artt. 28 e ss. Ex art. 30 e ss.), alla libertà di stabilimento (artt. 43 e ss. Ex art. 52 e ss.), alla libera prestazione di servizi (artt. 49 e ss. Ex art. 59 e ss) e le relative eccezioni, ed infine le disposizioni dell'art. 86, ex art. 90, che possono fare da guida nella determinazione della legittimità della concessione dei diritti.

Sulla tendenza anche dell'ordinamento nazionale a tornare ai principi generali del diritto, si rimanda a Ferroni, *op. cit.*, p. 502, nt. 46.

25 I principi elaborati dalla Corte con riferimento al settore appalti ed esportati in materia di concessioni sono: il principio di parità di trattamento, di trasparenza, di proporzionalità e di mutuo riconoscimento. Sul tema dei principi elaborati in via pretoria dai giudici di Lussemburgo, cfr. Capelli, *I principi generali come fonte del diritto*, in *Dir. Com. Scambi Intern.*, 1986, p. 541-553. L'A. opera preliminarmente una importante distinzione fra due concetti suscettibili di essere confusi, tra *principi fondamentali di applicazione diretta* e *principi generali di diritto*. La prima categoria comprende i solo principi che, secondo il dettato costituzionale italiano, sono stati esplicitamente o implicitamente recepiti nella Costituzione e acquistano valore vincolante per legislatore e autorità giudiziaria, salvo espressa previsione contraria della Corte costituzionale. Per quanto riguarda la seconda categoria, è necessario distinguere tra quei principi generali codificati, i quali risultano vincolanti per il giudice, e quelli non scritti, da applicarsi solo dopo che siano stati impiegati infruttuosamente tutti gli altri

strumenti interpretativi. Tuttavia, tale differenziazione è estranea all'ordinamento comunitario, considerato il suo carattere flessibile, in continua evoluzione attraverso l'opera della Corte di giustizia. Sul punto, cfr. P. Mengozzi, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 1997, p. 257, laddove l'A. definisce l'attività dei giudici di Lussemburgo di "integrazione selettiva" delle lacune dell'ordinamento comunitario come differenziata dalla mera interpretazione, essendo essi consapevoli che "il diritto comunitario è particolarmente destinato ad operare in un contesto non chiuso ed è tributario sia della sua originaria provenienza dal diritto internazionale sia dai principi generali degli ordinamenti nazionali degli stati membri, effettuano l'integrazione (...) dando deciso rilievo, per la loro concreta attuazione, a un giudizio che esprimono sulla base di una valutazione della loro idoneità a operare, in sintonia con la struttura e i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, per la realizzazione degli obiettivi di questo".

La ratio giustificatrice di questa opera pretoria si rinviene, innanzitutto, nella necessità di controllare il potere normativo delle istituzioni e, specularmente, valutare la compatibilità del comportamento degli Stati membri con il dettato comunitario. In secondo luogo, nella volontà di avere parametri di valutazione delle norme comunitarie applicabili già sperimentati ed affidabili negli altri ordinamenti. Cfr. Capotorti, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. Com. Scambi Intern.*, 1983, p. 410.

Ancora in dottrina, cfr. M. P. Chiti, *I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1991, p. 797 ss; Vacca, *L'integrazione dell'ordinamento comunitario con il diritto degli Stati membri e con i principi generali del diritto*, in *Riv. Dir. Europeo*, 1991, 2, p. 339-349; Mancini, *Attivismo ed autocontrollo nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. Dir. Europeo*, 1990, 2, p. 229-240.

Circa il valore che i principi generali di diritto rivestono nell'ordinamento nazionale, cfr. Charrier, *L'obiter dictum dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Cahiers de droit européen*, 1998, p. 80 ss; Caranta, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992, p. 59, laddove l'A. nell'affrontare il tema delle fonti nel diritto comunitario, sottolinea come "carattere primario se non subprimario, al pari del Trattato, pare si debba riconoscere anche ai principi generali del diritto, elaborati creativamente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, tanto che al proposito si scrive di "Richterrecht", in quanto essi costituiscono parametro di validità di tutte le altre fonti, regolamenti compresi"; Airoldi, *Lineamenti di diritto amministrativo comunitario*, Milano, 1990, p. 49, in cui l'A. ritiene giusto collocare i principi "ad uno dei più alti gradi della gerarchia delle fonti", con una funzione complementare rispetto al diritto scritto; Capelli, *I principi generali come fonte del diritto*, in *Dir. Com. Scambi Intern.*, 1986, p.548-549, in cui si equipara il valore giuridico di tali principi a quello delle sentenze che li contengono.

La stessa Corte costituzionale italiana ha riconosciuto il valore di fonte normativa cogente alle sentenze della Corte di giustizia, cfr. Corte cost. 23 aprile 1985, n. 113, in *Giur. Cost.*, 1985, p. 694 e Corte cost. 11 luglio 1989, n. 389, *ivi*, 1989, p. 1757.

26 Un elenco è fornito da Tesauro, *op. cit.*, p. 100, laddove ricorda, a titolo esemplificativo, i regolamenti interi delle istituzioni, i programmi generali, le constatazioni e gli atti preparatori.

27 Fa oramai parte dello *jus receptum* che la qualificazione di un atto, quale momento essenziale per individuare la disciplina applicabile spetta alla Corte di Giustizia e al Tribunale di primo grado, i quali hanno optato per il criterio sostanziale - contenutistico, anziché formale, basato sull'oggetto e le finalità concrete. In giurisprudenza, per tutte, Corte di giustizia, 13 novembre 1991, *Repubblica francese e Regno del Belgio c. Commissione europea*, causa C-393/90, in *Racc.* 1991, I-5315. In dottrina, cfr. Mengozzi, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, cit., p. 147.

28 Secondo Snyder, *Soft law and institutional practice in the European community*, in Martin, *The construction of Europe. Essay in honour of Emile Noel*, Doedrecht, Kluwer, 1994, p. 32, "soft law has been defined as rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects".

29 L'origine internazionalista del concetto è ben analizzata da Beveridge - Nott, *A hard look at soft law*, in Craig - Harlow, *Lawmaking in the European Union*, London, Kluwer, 1998, p. 288-290.

30 Secondo Ballarino, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, VI ed., Padova, 2001, p. 122-123 tale espressione comprende anche gli atti atipici del secondo gruppo. Ancora, sulle infinite varianti della nozione di *soft law*, cfr. Beveridge - Nott, *op. cit.*, p. 293-296.

31 Tesauro, *op. cit.*, p. 100 fornisce un elenco, a titolo esemplificativo, degli atti atipici, fra cui: decisioni *sui generis*, accordi interistituzionali, risoluzioni del Consiglio, dichiarazioni comuni, dichiarazioni a verbale, infine, accordi amministrativi.

32 Sulla eterogeneità delle comunicazioni, si veda per tutti, Antonioli, *Le comunicazioni della Commissione fra diritto comunitario e diritto interno*, in questa *Rivista*, 1995, p. 41-44, in cui l'A. specifica come "(...) ad un fenomeno così frastagliato, è sottesa l'azione di quel "motore" dell'ordinamento comunitario rappresentato dalla Commissione: e la circolarità delle sue esternazioni viene assicurata, così, da questa misura di conoscenza costituita, per l'appunto, dalle comunicazioni".

33 La prima comunicazione interpretativa riguarda le conseguenze della sentenza 20 febbraio 1979, *Cassjs de Dijon*, causa 120/79, in *Racc.* 1979, p. 649, in *G.U.C.E.* C 256 del 3 ottobre 1980, p. 2.

34 Espressione francese mutuata da Rideau, *op. cit.*, p.159.

35 Sul punto, cfr. Gaja, *Fonti comunitarie*, in *Digesto* (Discipline Pubblicistiche), vol. VI, Torino, 1991, p. 46-453. Sul ruolo creativo della Corte di giustizia, si veda *supra*.

36 Corte di giustizia, 16 giugno 1993, *Repubblica Francese c. Commissione europea*, causa C-325/91, in *Racc.* 1993, p. I-3283, in cui è stato sancito il principio per cui "l'azione di annullamento deve potersi esperire nei confronti di qualsiasi provvedimento adottato dalle istituzioni, indipendentemente dalla sua natura e dalla sua forma che miri a produrre effetti giuridici. E' tale una Comunicazione (...)". Principio ribadito nella sentenza 20 marzo 1997, *Repubblica Francese c. Commissione europea*, causa C-57/95, in *Racc.* 1997, p. I-1627.

37 Corte di giustizia, 13 dicembre 1989, *Grimaldi*, causa C-322/88, in *Racc.* 1989, p. 4407.

38 Aspetto evidenziato da Mengozzi, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, *cit.*, p. 134, fenomeno di assimilazione giustificato dal fatto che "in esso i precedenti giurisprudenziali concretati dalla Corte di giustizia delle Comunità europee illuminano l'interpretazione del diritto scritto venendo ad assumere, rispetto ad esso, una posizione centrale e tendenzialmente prevalente". L'A. ha evidenziato come, anche l'affermarsi di atti atipici a livello comunitario, non va ad intaccare la somiglianza con i tratti peculiari di un sistema di *common law*, ma segnala la volontà di opporsi in un rapporto dialettico con una giurisprudenza intesa come fonte di produzione giuridica.

39 Concetto chiarito da Shaw, *Law of European Union*, III Ed., Hampshire, Palgrave Law Masters, 2000, p. 247; F. Snyder, *op. cit.*, p. 35, laddove stabilisce che "Commission soft law operates in the shadow of Community law".

40 Aspetto sviluppato da Mengozzi, *ult. op. cit.*, p. 143.

41 Approccio seguito da Wellens – Borchardt, *Soft law in European community law*, in *E. L. Rev.*, 14, 1989, 267.

42 Posizione espressa da Snyder, *The effectiveness of European community law: institutions, processes, tools and techniques*, in *M. L. Rev.*, 56, 1993, 19.

43 Come dichiarato da Snyder, *Soft law and institutional practice in the European community*, *cit.*, p. 35; Shaw, *op. cit.*, p. 248.

44 Art. 1, comma 3, ex art. A, il quale recita: "l'Unione europea è fondata sulle Comunità europee, integrate dalle politiche e forme di cooperazione instaurate dal presente trattato. Essa ha il compito di organizzare in modo coerente e solidale le relazioni tra gli Stati membri e tra i loro popoli".

45 Arnould, *Les contracts de concessions, de privatisation et de seivces "in house" au regard des régles communautaires*, in *RFD adm.*, 16 (1) 2000, p. 2-28.

46 Definizione comparsa nel Libro bianco COM (98) 143 def., 1.3.1998, punto 2.1.3, p. 11, nt. 10.

47 Alla nt 26 della Comunicazione, la Commissione ha equiparato il nesso interorganico fra concessionario e concedente alle relazioni esistenti in caso di appalto *in house*.

48 I diritti nazionali ed il diritto comunitario si sono trovati in una situazione di convivenza "voluta ma sofferta", secondo l'espressione usata da Cocco, *Una convivenza voluta ma sofferta: il rapporto fra diritto comunitario e diritto interno*, in questa *Rivista*, 1991, p. 641.

49 Si è andato così formando un diritto amministrativo comunitario, il quale, a differenza del diritto

amministrativo interno, non è separato, ma bensì distinto dalle altre branche del diritto europee, come evidenzia Cassese, *I lineamenti essenziali del diritto amministrativo comunitario*, in questa *Rivista*, 1991, p. 3-10.; Airoldi, *op. cit.*, p. 33, in cui l'A. definisce il diritto amministrativo comunitario "come un ramo del diritto che si interessa di quella parte dell'organizzazione comunitaria che, ponendo un rapporto diretto fra i propri organi e le persone fisiche o giuridiche rientranti sia pure in senso lato nella sua organizzazione, è volta al perseguimento e al soddisfacimento concreto dei propri fini". Per una lettura critica del manuale citato si veda, Falcon, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in questa *Rivista*, 1991, p. 345, nt. 8 e , in generale, sulle correlazioni tra diritto comunitario e diritto amministrativo nazionale. Più che di un fenomeno di erosione sarebbe più corretto parlare di una omogeneizzazione ad opera della *vis attractiva* del diritto comunitario, sul punto cfr. Cassese, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in questa *Rivista*, 1992, p. 23-30; Caranta, *op. cit.*, p. 1-12; M. P. Chiti, *Diritto Amministrativo Europeo*, cit., p. 183-209.

50 Travi, *La liberalizzazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1998, p. 645.

51 Galli, *Privatizzazioni e riforma della regolamentazione in Italia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1998, p. 471; Cassese, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in questa *Rivista*, 1996, p. 579. Da ultimo, sul tema della privatizzazione dell'impresa pubblica, come fenomeno diffuso in gran parte dei Paesi dell'UE e sull'aspetto dell'incidenza del diritto comunitario in tal senso, cfr. Nico, *Concordanze e dissonanze nei processi di privatizzazione nei Paesi dell'Unione europea: il caso spagnolo e italiano*, *ivi*, 2000, p. 1281-1311.

52 Si registra una interpretazione diversa di quanto contenuto nella comunicazione, punto 2.4, cfr. Sciandone, *La UE precisa: "Concessioni da affidare soltanto ricorrendo a gare pubbliche"*, in *Edilizia e Territorio*, 2000, 17, p. 43, dove si legge: "Non rientrano invece nel campo di applicazione della Comunicazione le cosiddette forme di delega interorganica dei servizi, dal momento che non esulano dalla sfera amministrativa dell'amministrazione aggiudicatrice. Si tratta tuttavia di fattispecie che la giurisprudenza nazionale e comunitaria hanno già indagato senza tuttavia addivenire a soluzioni definitive e del tutto convenienti".

53 Corte di giustizia, 10 novembre 1998, *BHI Holding BV c. G. Arnhem e G Rheden*, causa C-306/96, in *Racc.* p. I-5923).

54 Corte di giustizia, 9 settembre 1999, *RI.SAN Srl contro Comune di Ischia*, causa C-108/98, in *Racc.* p. I-5219. Per un commento, cfr. Mameli, *La libera concorrenza nazionale: un limite per il diritto comunitario*, in *Urb. e Appalti*, 2000, p. 216-221.

55 Orientamento seguito dalla Corte nel settore delle "amministrazioni aggiudicatrici" già dalla sentenza 20 settembre 1988, *Beentjes c. Stato olandese*, causa 31/87, in *Racc.* 1988, p. 4635, punto 12, in cui ha stabilito che, per valutare se un organismo rientri nella nozione di Stato, si deve analizzare la situazione in concreto, non limitandosi a considerare che *formalmente* non vi farebbe parte.

56 Nella causa *Arnhem*, rilevato che l'elemento centrale della relazione era costituito dal bilancio degli stessi comuni e che la remunerazione di tale soggetto si basava su una condizione "*meramente potestativa*", secondo la quale le amministrazioni locali erano arbitri insindacabili sia sull'*an*, sia sul *quantum* del trasferimento di risorse a tale organismo ed esercitavano un vero e proprio *ius vitae ac necis*, si escludeva classificazione del rapporto come concessione, difettando l'elemento dell'assunzione del rischio legato alla gestione del servizio, Punto 33 Conclusioni dell'Avv. generale A. La Pergola. Con riferimento alla causa *RI.SAN Srl*, si veda Punto 54 Conclusioni dell'Avv. generale S. Alber.

57 In ogni caso, tali attività costituivano una parte marginale del complesso delle proprie funzioni e delle proprie entrate. Sul punto si era già pronunciata la Corte nella sentenza *Mannesmann*, Corte di giustizia, 15 gennaio 1998, *cit.*, in cui aveva riconosciuto che lo svolgere altre attività accanto a quella preminente che costituisce il fine istituzionale dell'ente, non è di per sé tale da alterare la natura dell'organismo in questione ai fini dell'applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici.

58 L'Avv. La Pergola ha concluso affermando che "*nella specie non sussiste, a mio avviso, 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. In definitiva, a mio parere, il rapporto che intercorre tra i comuni ed ARA non può essere considerato un appalto ai sensi della direttiva*", Punto 38 Conclusioni dell'Avv. generale A. La Pergola.

59 Punto 26 Conclusioni dell'Avv. generale A. La Pergola. Analogamente, Punto 49 Conclusioni dell'Avv.

generale S. Alber è arrivato a qualificare il servizio come servizio *in house*, che sfuggiva "alla direttiva 92/50, già per il fatto che in tal caso non sussiste alcun appalto, cioè non si affida ad un terzo lo svolgimento di una prestazione di servizio".

60 Orientamento seguito dalla Corte nel settore delle "amministrazioni aggiudicatrici" già dalla sentenza 20 settembre 1988, *Beentjes c. Stato olandese*, causa 31/87, in *Racc.* 1988, p. 4635, punto 12, in cui ha stabilito che, per valutare se un organismo rientri nella nozione di Stato, si deve analizzare la situazione in concreto, non limitandosi a considerare che *formalmente* non vi farebbe parte.

62 Punto 38 Conclusioni dell'Avv. generale S. Alber.

63 Corte di giustizia, 18 novembre 1999, *Teckal S.r.l. c. Comune di Aviano*, causa C-197/98, in *Racc.* p. I-8121. Per una breve disamina si veda *Osservatorio comunitario*, in *Urb. e Appalti*, 2000, p. 227-228.

64 Punto 43 Conclusioni dell'Avv. generale G. Cosmas, il criterio quantitativo significa che l'appalto pubblico con ad oggetto sia prodotti, ex direttiva 93/36, che servizi, ex direttiva 92/50, rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 93/36 se il valore dei prodotti previsti nel contratto sia superiore a quello dei servizi.

65 Come affermato in *Teckal*, punto 50 delle conclusioni dell'Avv. generale G. Cosmas, in caso di rapporto contrattuale tra un'autorità pubblica e un prestatore di servizi, senza vincoli di subordinazione, si rientra nell'ambito di applicazione della direttiva, invece, qualora si dimostrasse la sussistenza di un forte controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice nei confronti dell'ente aggiudicatario, analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi, che porti i due soggetti ad essere una sola e stessa persona, allora si esulerebbe dal regime della direttiva

66 Punto 48 Conclusioni dell'Avv. generale G. Cosmas.

67 Punti 51, 52 e 53 Conclusioni dell'Avv. generale G. Cosmas.

68 Punto 59 Conclusioni dell'Avv. generale G. Cosmas.

70 Punto 50 della sentenza.

71 Punti 65 e 66 Conclusioni dell'Avv. generale G. Cosmas.

72 Corte di giustizia, 7 dicembre 2000, *Teleaustria GmgH, Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG*, causa C-324/98, non ancora in *Racc.* Per una attenta disamina della sentenza, si rimanda a Ferroni, *op. cit.*, in *Osservatorio comunitario*, in *Urb. e Appalti*, 2000, p. 921-922.

73 Punto 2.4 della Comunicazione.

74 Punti 15 e 18 Conclusioni dell'Avv. generale N. Fennelly.

75 Punti 60 e 61 della sentenza. I principi generali a cui si fa cenno riguardano essenzialmente gli artt. dal 43 al 55 (ex artt. 52-66), che mirano a rafforzare e garantire il buon funzionamento del Mercato interno. Come sottolineato da Greco, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in questa *Rivista*, 2000, p. 1465, "il merito della sentenza della Corte sul caso *Teleaustria* è quello di avere trattato funditus l'argomento (...) sicchè la riferita conclusione costituisce ormai un'acquisizione, che non lascia residuare il ben che minimo dubbio".

Con riferimento al principio di non discriminazione, si richiama la sentenza 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia e 3-S*, causa C-275/98, in *Racc.* p. I-8291, in cui la Corte ha statuito che "tale principio implica, in particolare, un obbligo di trasparenza al fine di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di accertare che il detto principio sia rispettato". Tale principio di trasparenza prevede non un obbligo di pubblicità come sancito dalle direttive sugli appalti pubblici, ma implica un grado di pubblicità che consenta anche alle imprese straniere, eventualmente interessate, di aspirare a tale affidamento. Punto evidenziato da Greco, *ult. op. cit.*

76 Corte di giustizia, 15 giugno 2000, *Arge Gewässerschutz c. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, causa C-94/99, non ancora in *Racc.* Per un breve commento si rimanda a *Osservatorio comunitario*, in *Urb. e Appalti*, 2000, p. 922-923.

77 Con la prima questione pregiudiziale si poneva il problema di compatibilità tra il principio di non

discriminazione e la decisione di ammettere alla gara un soggetto che avesse ricevuto sovvenzioni e aiuti pubblici e che fosse stato posto in condizioni di presentare un'offerta più vantaggiosa, a cui la Corte ha dato risposta positiva. Punto 32 della sentenza recita "il principio di parità di trattamento degli offerenti di cui alla direttiva 92/50 non è violato per il solo fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ammette a partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi organismi che ricevono, da essa stessa o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni, indipendentemente dalla loro natura, che consentono a questi organismi di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti che non beneficiano di tali sovvenzioni".

78 Punto 40 della sentenza.

79 Punto 50 Conclusioni dell'Avv. generale P. Léger.

80 Come affermato in *Teckal*, punto 50 delle conclusioni dell'Avv. generale G. Cosmas.

81 Punto 71 Conclusioni dell'Avv. generale P. Léger.

82 Punto 75 Conclusioni dell'Avv. generale P. Léger.

83 In entrambi i casi, la direttiva non è applicabile quando il contratto rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 6 della direttiva. Punto 93 Conclusioni dell'Avv. Generale P. Léger.

84 Come sottolinea anche G. Greco, *ult. op. cit.*, p. 1467.

85 L'esternalizzazione o *outsourcing* "è una tecnica aziendale, usata dalle strutture private al fine di gestire con maggiore efficienza ed economicità compiti e servizi ausiliari o strumentali al core business dell'impresa", cfr. Massari, *Il global service nelle p.a.: profili generali del contratto di global service di gestione manutenzione del patrimonio immobiliare dell'ente locale*, in *Comuni d'Italia*, 1509, sta assumendo una importanza strategica anche con riferimento al settore pubblico, come evidenzia Piperata, *Processi e forme di esternalizzazione dei servizi pubblici locali nella disciplina vigente e nei disegni legislativi di riforma*, consultabile sul sito www.unicz.it/esternalizzazione/Piperata.htm.

86 Legge 18 novembre 1998, n. 415 recante modifiche alla Legge 11 febbraio 1994, n. 109.

87 Sul tema del divieto di esternalizzazione *in-house construction*, in dottrina cfr. Garofoli, *Ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della legge*, in F. Caringella (a cura di), *La nuova legge quadro sui lavori pubblici. Commentario*, cit., p. 120-124.

88 Il temperato regime dell'esternalizzazione si applica anche ai concessionari di lavori pubblici, come previsto dal comma 4**bis** e ai concessionari di infrastrutture adibite al pubblico servizio.

89 L'obbligo di indicazione specifica in sede di candidatura mutua quanto stabilito all'ultimo paragrafo dell'art. 3 direttiva 93/37. Invece, l'obbligo di indicare la percentuale di ripartizione dei lavori fra le controllate è del tutto nuovo e richiama la figura del subappalto, pur sussistendo fra i due istituti una profonda differenza, come spiegato da Zoppolato, *L'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della legge Merloni*, in Tassan Mazzocco – Angeletti – Zoppolato, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni – ter)*, Milano, 1999, p. 41.

90 Come evidenzia Zoppolato, *op. cit.*, p. 40, la preclusione al ricorso all'appalto concorso "discende dalla natura della concessione di lavori pubblici :la quale presuppone un progetto già completo, al momento dell'affidamento, onde non solo non v'è ragione , ma neppure appare ipotizzabile procedere attraverso l'appalto concorso, che presuppone la predisposizione di un progetto da parte dei concorrenti".

91 Questa previsione ha dato attuazione all'art. 3 della direttiva 93/37, innalzando il limite comunitario dei lavori oggetto della concessione da esternalizzare dal 30% al 40%, operazione ritenuta legittima poiché *in melius*. Sul punto, cfr. Zoppolato, *op. cit.*, p. 42.

92 Sul punto, cfr. Garofoli, *op. cit.*, p. 124.

93 L'art. 2359 c.c. prevede ipotesi di controllo di maggioranza o "dominante" di un soggetto societario sull'altro ed ipotesi in cui l'influenza fortissima è determinata da un particolare vincolo di dipendenza economica fra i due soggetti. Diverso è il collegamento fra società, in cui l'influenza è "notevole" non essendo determinata dalla maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, ma da un quinto dei voti, oppure un decimo se

si tratta di società quotate in borsa, che si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti, ovvero un decimo se si tratta di società quotate in borsa. Sul punto, cfr. Frascolla, *Soggetti ammessi alle gare*, in F. Caringella (a cura di), *La nuova legge quadro sui lavori pubblici. Commentario*, cit., p. 314.

94 R. Frascolla, *op. cit.*, p. 313-314. La disposizione in commento si pone in sequenza logica con le previsioni della *Merloni ter* che vietano ai concorrenti di partecipare alla gara in più di una associazione temporanea o consorzio, o di parteciparvi anche in forma individuale, oltre che associata (art. 13, comma 4), alle norme che impediscono l'*home construction* (art. 2, comma 4) e alle disposizioni che impongono all'impresa che si avvale del subappalto di dichiarare situazioni di controllo o collegamento con l'affidataria (art. 18, comma 3, L. 55/1990).

95 Cons. stato, sez. IV, 18 aprile 1994, n. 344, in *Cons. Stato*, 1994, I, 544; Cons. giust. Amm. Sicilia, sez. giurisd., 9 giugno 1998, n. 335, in *Foro Amm.*, 1998, fasc. 10; Tar Basilicata, 7 novembre 1998, n. 347, in *T.A.R.*, 1999, I, 329;

96 Tar Sardegna, 10 agosto 1992, n. 978, in *Riv. Giur. Sarda*, 1993, p. 830; Tar Lazio, sez. II, 6 ottobre 1994, n. 1236, in *Foro Amm.*, 1994, 2511. Casi in cui, anche in ipotesi di collegamento di fatto, è stata data applicazione alla presunzione di esclusione.

97 Tar Puglia, sez. I, 31 dicembre 1996, n. 917, in *Urb. e Appalti*, 1997, p. 662, con nota di V. Crisafulli, *La partecipazione di imprese collegate; rilevanza giuridica del c.d. gruppo di imprese*; Tar Campania, sez. I, Napoli, 16 dicembre 1997, n. 3359, in *T.A.R.*, 1998, I, 700, in cui si è escluso il ricorso a valutazioni solo formali, con l'automatica esclusione delle imprese collegate – controllate, dovendosi porre "sul piano sostanziale della verifica dell'effettiva incidenza di tali rapporti sui profili della segretezza e dell'effettività della concorrenza (...)"; Tar Sicilia, sez. I, Palermo, 1 dicembre 1997, n. 1948, in *T.A.R.*, 1998, I, 786.

Da segnalare in modo particolare, Cons. Stato, sez. IV, 12 gennaio 1999, n. 16, in *Foro Amm.*, 1999, 37; in *Riv. Giur. Edilizia*, 1999, I, 553; in *Urb. e Appalti*, 1999, p. 278 con nota di Frascolla – Garofoli, *La partecipazione di imprese controllate o collegate prima e dopo la "Merloni-ter"*. I Giudici di Palazzo Spada hanno affermato la necessità di valutare gli eventuali effetti distorsivi in concreto, ritenendo "illegittima l'esclusione dalla gara (...) di società collegate e solo perché collegate"; Cons. Stato, sez. VI, 28 febbraio 2000, in *Cons. Stato*, 2000, I, 212 in cui si ribadisce che "(...) la sussistenza di un rapporto di controllo tra società ai sensi dell'art. 2359 c.c. non inficia ex se l'esito della gara ove non sia dimostrata la sua influenza negativa sul corretto andamento della gara medesima".

98 In giurisprudenza, sul punto è da segnalare la sentenza del Tar Lazio, sez. III, 1 marzo 2001, n. 1689, in *Edilizia e Territorio*, 10, 2001, p. 15, con nota di Iacovone, *Stop a Italferr sulla trattativa privata. Necessario bandire una gara pubblica*. In questa pronuncia è stato sancito che la P.A. e gli altri enti pubblici obbligati ad effettuare procedure ad evidenza pubblica possono affidare lavori e servizi a imprese collegate senza ricorrere a un appalto pubblico. Comunque, le società affidatarie devono svolgere direttamente i lavori e i servizi, in caso contrario devono indire una gara pubblica. Questa decisione si fonda sul principio dell'autorganizzazione dell'ente, in forza del quale, impone all'ente di seguire le procedure sugli appalti pubblici anche quando affidi il servizio ad imprese collegate, così come controllate, minerebbe il suo potere di organizzare la produzione del servizio.

99 Caranta, *Sistemi di realizzazione delle opere pubbliche*, in Caringella (a cura di), *La nuova legge quadro sui lavori pubblici. Commentario*, cit., p. 517-518.

100 Decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422 "Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59", in *G.U.* n. 287 del 10 dicembre 1997

101 Decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164 "Attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'art. 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144", in *G.U.* n. 142 del 20 giugno 2000.

102 Tar Liguria, sez. II, 21 dicembre 2000, n. 51, non pubblicata.

103 Il richiamo è alla sentenza *Arge*, in cui la Corte di giustizia ha escluso che il fatto che un'impresa partecipante alla gara avesse ricevuto sovvenzioni pubbliche fosse di per sé incompatibile con la

partecipazione alla gara.

104 Nel ritenere infondata la questione di costituzionalità si seguono le osservazioni svolte da Tar Emilia-Romagna, sez. staccata Parma, 20 aprile 2001, n. 214, punti 11 e 12 della motivazione, in www.diritto2000.it.

105 I fattori, di diversa natura, che hanno sollecitato il cambiamento della gestione dei servizi pubblici locali possono essere identificati, da un lato, nella necessità di ridefinire l'intervento pubblico secondo politiche meno fallimentari in termini di qualità, efficienza e spesa pubblica, attraverso il passaggio da uno Stato gestore ad uno Stato regolatore; dall'altro, nella "doverosa" esigenza, ormai improcrastinabile, di dare applicazione al diritto comunitario. Su questo ultimo aspetto, per una valutazione sui servizi pubblici nel diritto comunitario e le sue ascendenze sul sistema nazionale cfr. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, II ed., 2000; p. 83 ss.; Salvia, *op. cit.*; Pioggia, *op. cit.*; Cammelli - Ziroidi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, cit., p. 71 ss.; Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, cit., p. 388 ss.; Vasques, *I servizi pubblici locali nella prospettiva dei principi di libera concorrenza*, Torino, 1999; Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; Corso, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. Quadr. Pubbl. Serv.*, 1999, p. 7 ss.; Picozza, *op. cit.*; Cassese, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. Giur. Energia Elett.*, 1998, pag. 233 ss.; Cammelli, *Comunità europea e servizi pubblici*, in Vandelli, Bottari, Donati (a cura di), *Diritto amministrativo comunitario*, cit., p. 179 ss.

106 Sulla necessità di coniugare i principi di libera concorrenza, funzionalità del mercato ed esigenze degli utenti - clienti nella gestione dei servizi di pubblica utilità cfr. Salvia, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, p. 549 ss., in cui l'A. parla di una destrutturazione progressiva della disciplina normativa dei servizi pubblici in una legislazione differenziata, "(...) basti pensare alla distinzione tra" servizi a regimi pubblicistico (c.d servizio universale) e "i servizi in regime di concorrenza", rispetto alla prima categoria valgono le categorie tradizionali del diritto, mentre per la seconda parte del servizio deve essere ricondotta alle regole della concorrenza, "essendo ciò più aderente alle logiche del sistema e al suo processo di evoluzione in corso considerare il servizio liberalizzato come "attività imprenditoriale" ai sensi dell'art.59 del Trattato, soggetta tuttavia a controlli particolarmente penetranti ai sensi dell'art. 41, 2° comma, Cost., in considerazione del rilievo sociale dell'attività stessa"; Arrigoni, *Regolazione e gestione nelle public utilities: principio di separazione e libera concorrenza nell'applicazione di principi costituzionali e comunitari*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1995, p. 87 ss. Per approfondire il tema dei servizi pubblici in prospettiva comunitaria, in dottrina cfr. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto Pubblico*, 1998, p. 181 ss.; Jordana, *Il concetto di servizio pubblico nella normativa comunitaria*, in *Rass. Giur. Energia Elett.*, 1998, p. 63 ss.; De Marco, *Il "servizio universale" nell'ordinamento italiano*, ivi, p. 71 ss.

107 Come evidenziato da Paris, *Riordino dei servizi pubblici locali*, in *Nuova Rass.*, 2001, 1, p. 93.

108 L'art. 22, comma 3 l. 142/90 nella proposta del d.d.l. così recitava: "I servizi pubblici locali di erogazione di energia, con esclusione di quella elettrica, di erogazione del gas, di gestione del ciclo rifiuti e di trasporto collettivo di linea (...) sono affidati dagli enti locali, anche in forma associata, ad uno o più gestori, pubblici o privati, scelti esclusivamente in base a gara (...)".

109 Per una breve ricostruzione del quadro storico in cui si inserisce il d.d.l. 4014 poi passato al Senato con numero 7042, cfr. Pericu, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, p. 1-23; Piperata, *I servizi pubblici locali: ragioni e contenuti di una riforma "difficile"*, in *Istituzioni del federalismo*, 2000, p. 397 ss. Sul tema della riorganizzazione dei servizi pubblici in altri Paesi cfr. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, cit., p. 375 ss., il quale fornisce una distinzione tra il modello del *service public à la française* ed il modello statunitense della *public utility regulation*. Sull'importanza del d.d.l. 4014, ora 7042 cfr. Quadrio Curzio - Fortis, *Le liberalizzazioni e le privatizzazioni dei servizi pubblici locali*, Bologna, 2000, p. 14 in cui si evidenzia come "(...) la riforma dei servizi pubblici locali ha una valenza e produrrà riflessi che andranno ben oltre i limiti geografici strettamente locali. Il d.d.l. 4014 si inserisce infatti in una cornice più ampia, Comunitaria e nazionale, di riforme e processi di liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità".

Il d.d.l. 4014 poi 7042 è passato al vaglio sia della Commissione europea, la cui posizione, formulata dalla DG XV (Mercato interno) e trasmessa al rappresentante permanente Luigi Guidobono Cavalchino affinché la comunicasse al Governo italiano, è riportata in *Servizi locali nel mirino di Bruxelles: perché deve cambiare la legge in cantiere*, in *Guida agli Enti locali*, n. 48/1999, p. 78 ss. I punti salienti delle osservazioni della Commissione possono così riassumersi: regime transitorio meno lungo ed evitare proroghe anche ventennali; obbligo della gara anche per i servizi non a rilevanza industriale; infine, apertura alla concorrenza nei piccoli Comuni.

Anche l'Antitrust nazionale ha espresso il proprio parere. Gli aspetti più critici, tacciati di anticoncorrenzialità, riguardano il regime transitorio e delle proroghe, la nozione di "affidamento" ed il sistema delle gare, come

stabilito nella nuova versione degli artt. 22-23. Sul parere 21 ottobre 1999, in *Bollettino*, 1999, n.39 cfr. Vasques, *Autorità garante della concorrenza e del mercato e servizi pubblici locali*, in *Foro it.*, 2000, III c. 28; Tesauro, *Il richiamo dell'Antitrust alla concorrenza per il riordino dei servizi pubblici locali*, in *Guida agli Enti locali*, n. 44/1999, p. 112 ss. Il presidente dell'Antitrust italiano ha affermato che "andrebbero eliminate le disposizioni transitorie che possono comportare discriminazioni a danno di imprese operanti all'estero. Infatti, le società che, in Italia o all'estero, gestiscono servizi pubblici in virtù di affidamento diretto non possono partecipare alle gare, ma tale divieto, per tutta la fase transitoria, non si applica alle imprese operanti in Italia. Si dovrebbe comprimere al massimo la durata delle proroghe delle gestioni esistenti, disciplinata dalle norme transitorie. La notevole durata complessiva delle proroghe degli affidamenti diretti e delle concessioni in essere ritarda sensibilmente l'avvio del processo di apertura dei servizi a rilevanza industriale alla concorrenza e, consentendo il consolidamento delle gestioni esistenti, si traduce in un ostacolo all'accesso al mercato da parte di nuovi operatori, in contrasto con gli obiettivi stessi della liberalizzazione".

Sull'argomento, ancora, cfr. Rendina, *Servizi locali, riforma ingessata*, in *Il Sole 24ORE*, 3 novembre 1999, p.12 in cui si condividono "le frustate" dell'Antitrust al progetto di riforma, troppo incerto, timido e ritardatario.

110 Sul punto cfr. Di Gaspare, *La public utility: una possibile formula per il servizio pubblico locale. Note a margine del disegno di legge (A.S. 4014) di riforma dei servizi pubblici locali*, in *Rass. Giur. Energia Elett.*, 1999, p. 723 ss. L'A. spiega come "nella sostanza il meccanismo è il seguente: quando non è possibile la concorrenza nel mercato perché il servizio non può essere svolto da una pluralità di operatori in competizione fra loro, deve subentrare la competizione per il mercato, nella quale più operatori si contengono la gestione di un unico servizio".

La mancata menzione delle aziende speciali non deriva da una svista del legislatore, quanto piuttosto da una scelta ben precisa, coerente con il nuovo sistema improntato ai principi comunitari di concorrenza e competitività, in cui non poteva più trovare legittima cittadinanza la figura dell'azienda speciale, intesa come ente pubblico economico, imprenditoriale, affidatario di servizio pubblico in via elettiva. Il d.d.l. 7042 sembra avere attribuito valore vincolante e perentorio alla previsione, meramente facoltativa, dell'art.17, 51-55 commi, legge 127/97 laddove dispone la trasformazione delle aziende speciali comunali e consortili esercenti servizi pubblici economici locali in società per azioni o a responsabilità limitata. Disciplina ora contenuta nell'art. 115 del d.lgs 267 del 18 agosto 2000 (Testo Unico in materia di ordinamento degli enti locali). Per un primo commento su tale d.lgs. cfr. AA.VV., *Commento al testo unico in materia di ordinamento degli enti locali*, cit.