

LA COMPATIBILITA' CON IL DIRITTO COMUNITARIO DEL MODELLO DELL'AFFIDAMENTO DIRETTO DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

di Igor Secco

SOMMARIO

- [1. Premessa](#)
- [2. La posizione della Commissione europea](#)
- [3. Evoluzione della giurisprudenza comunitaria](#)
- [4. Conclusioni](#)

1. PREMESSA



Nell'attuale fase dell'integrazione comunitaria suscita particolare interesse la problematica relativa alla "compatibilità degli affidamenti diretti dei servizi pubblici locali con il diritto comunitario" che costituisce il tema d'indagine del presente lavoro.

L'argomento si presta ad essere analizzato sotto diversi aspetti dei quali si cercherà di cogliere le linee evolutive alla luce dei principi sui quali si regge l'ordinamento comunitario nonché di quelli sui quali si fonda il nostro diritto amministrativo.

Con la l. 28 dicembre 2001 n. 448 - "legge finanziaria 2002" - il legislatore statale ha compiuto una decisa scelta nel senso del superamento del vecchio modello delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali. L'art. 35 della legge finanziaria per l'anno 2002 ha infatti ridisegnato in profondità il sistema dell'affidamento dei servizi pubblici locali, prevedendo, per un verso, il principio della separazione tra proprietà delle reti e delle infrastrutture rispetto al compito di gestione del servizio e, dall'altro, subordinando l'affidamento della gestione del servizio pubblico di rilevanza industriale all'espletamento di procedure selettive ispirate ai principi comunitari (cfr., in particolare, i commi 5 e 7 dell'art. 113 del T.U. n. 267/2000, come sostituito dall'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448).

La tematica necessita tuttavia di maggiori approfondimenti sia per la non univocità e chiarezza dei dati normativi di diritto interno e comunitario, che riflettono un complesso itinerario evolutivo tuttora in corso, sia a causa dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario che il legislatore sia statale che regionale incontra nel disciplinare i servizi pubblici; sia per il coagularsi di un diritto amministrativo europeo per il quale il riferimento principale è sì rappresentato da sistemi amministrativi operanti peraltro in contesti ordinamentali ridisegnati dalla integrazione tra diritto comunitario e diritti amministrativi nazionali. Scopo del presente lavoro è quindi fornire una chiave di lettura della nuova disciplina contenuta nell'art. 35 e delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali. L'orizzonte ermeneutico prescelto è quello dei principi comunitari come principi generali del nostro ordinamento, alla luce dei quali orientare l'interpretazione e/o l'integrazione delle disposizioni nazionali per effetto dell'art. 12, comma II, delle preleggi nonché dell'art. 1 comma 4 della legge n. 287 del 1990. I principi e le regole comunitarie costituiranno dunque un preciso criterio interpretativo delle disposizioni contenute dall'art. 35 della Legge finanziaria per il 2002, anche perchè la base costituzionale per l'intervento del legislatore nazionale sulla materia dei servizi pubblici di competenza degli enti locali va ritrovata nella

"tutela della concorrenza", come principio fondamentale regolante lo svolgimento delle attività economiche.

2. LA PROCEDURA D'INFRAZIONE 1999/2184 E LA POSIZIONE DELLA COMMISSIONE

Il punto di partenza deve essere necessariamente collocato nella procedura d'infrazione della Commissione 1999/2184 ex art. 226 del Trattato. Con lettera n. SG (2000)D/108243 del 08.11.00 la Commissione ha messo in mora l'Italia, ritenendo che le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, previste dall' art. 22 L. 142/00, ed in particolare alla lettera e), siano in contrasto con l'articolo 11 paragrafo 1 della direttiva 92/50 (modificata dalla direttiva 97/52) (1) e con l'articolo 20 della direttiva 93/38 nonché con i principi di trasparenza, di parità di trattamento e di non discriminazione.

Tale procedura è stata iniziata a ridosso della pubblicazione della Comunicazione interpretativa della Commissione Europea del 12 aprile 2000 (2), in cui è stato chiarito che gli affidamenti e le concessioni di servizi pubblici locali non rientrano nella sfera di applicazione, né della direttiva 93/38/CEE sui cc.dd. "settori esclusi" (recepita con decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, e modificazioni introdotte con la direttiva n. 98/4/CEE, recepita con decreto legislativo 25 novembre 1999, n. 525), che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, né della direttiva 92/50 del 18 giugno 1992, (recepita con decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 157, e modificazioni introdotte dalla direttiva n. 97/52/CE, recepita con decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 65) (3), che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

La Commissione ha tuttavia chiarito che anche quando le concessioni (definite come gli atti riconducibili allo Stato per mezzo dei quali un'autorità pubblica affida a un soggetto la gestione totale o parziale di servizi che di norma ricadono nell'ambito di prerogative dello Stato, e per i quali il soggetto in questione assume il rischio di gestione) non sono disciplinate da specifiche direttive sono comunque sottoposte ai principi e alle norme del trattato, ed in particolare alle norme che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (art. 12 par. 1, ex art. 6 par. 1), alle norme relative alla libera circolazione delle merci (artt. 28 e ss.), alla libertà di stabilimento (artt. 43), alla libera prestazione di servizi (artt. 49) nonché alle eccezioni a tali norme previste dagli artt. 30, 45 e 46, e alle disposizioni dell'art. 86.

Nell'affidamento dei servizi pubblici vanno dunque applicati i principi riguardanti (4):

1. la parità di trattamento (5). L'applicazione di tale principio lascia il concedente libero di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata e di stabilire i requisiti che i candidati debbono soddisfare. Tuttavia la scelta del candidato deve essere operata in base a criteri obiettivi, e la procedura deve svolgersi nel rispetto delle regole procedurali e requisiti fondamentali: già sotto quest'aspetto ad esempio sarebbero contrarie al Trattato CE disposizioni che riservino determinati contratti pubblici alle società a prevalente / totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta;
2. la trasparenza (6);
3. la proporzionalità. Tale principio (enunciato al punto 3.1.3 della comunicazione interpretativa della commissione) assume una valenza generale ed esige, conformemente alla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, che "ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi

perseguiti. Uno stato membro, infatti, nella scelta dei provvedimenti da adottare deve ricorrere a quelli che comportino le minori turbative per l'esercizio di una attività economica". In questo senso, afferma la commissione, devono ritenersi contrarie al principio di proporzionalità, fra l'altro, le determinazioni con cui l'amministrazione esige, "per la selezione dei candidati, capacità tecniche e finanziarie eccessive rispetto all'oggetto dell'appalto" (7).

Applicando questi principi, nella procedura d'infrazione la Commissione ritiene che ogniqualvolta ci si trova in presenza di contratti qualificabili come appalti relativi a servizi che figurano nell'Allegato I A della direttiva 92/50 - ovvero in tutti i casi in cui l'ente locale affida un servizio dietro il pagamento di un prezzo ad una società che si configura come terzo rispetto ad esso - questi debbono essere aggiudicati nel rispetto delle disposizioni di tale direttiva. Per quanto riguarda invece quei contratti riconducibili alla nozione di "concessione di servizi", la Commissione ritiene che l'art. 22 della L. 142 del 1990 si pone in contrasto appunto con i principi di trasparenza e parità di trattamento, nonché con le norme che stabiliscono la libera prestazione di servizi.

Alla lettera della Commissione, il Dipartimento per le politiche comunitarie della Presidenza del Consiglio ha reagito, in attesa dell'approvazione della proposta di riforma legislativa contenuta nel disegno di legge finanziaria 2002, con la circolare 19 ottobre 2001 n. 12727 (8). Si tratta di una comunicazione informativa che individua quella che è la normativa applicabile agli enti locali in tema di affidamento a società miste della gestione di servizi pubblici locali. La Circolare rimanda alle direttive del 18 giugno 1992 n. 92/50/CEE e alla direttiva del Consiglio 1993 n. 93/38/CEE, precisando che la normativa europea in tema di appalti pubblici non trova applicazione (e pertanto l'affidamento diretto della gestione del servizio è consentito anche senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica) solo quando manchi un vero e proprio rapporto giuridico tra l'ente pubblico e il soggetto gestore, come nel caso, secondo la terminologia della Corte di giustizia, di delegazione interorganica o di servizio affidato in via eccezionale in house (C. di G. sent. 18 novembre 1999 Causa C-107/98). Ove non ricorra un siffatto controllo dell'ente pubblico sul soggetto gestore ma l'affidamento riguardi un servizio in cambio della gestione dello stesso come corrispettivo (e dunque configuri una concessione di servizi) l'aggiudicazione del servizio deve avvenire nel rispetto dei principi comunitari di trasparenza e parità di trattamento che impongono di seguire procedure di evidenza pubblica. La Circolare in merito all'affidamento della gestione del servizio ad una società per azioni mista – come disciplinata dall'art. 113 e ss. del DL. 267/2000 – afferma l'applicazione dei principi di derivazione comunitaria in tema di appalti di servizi e concessioni di servizi, con particolare riguardo alle condizioni volte a circoscrivere il novero delle ipotesi di attribuzione diretta. Alla luce di tale considerazione, la circolare ribadisce che :

- la società che consegua, nel rispetto dei predetti principi, l'affidamento della gestione dei servizi pubblici è tenuta ad osservare la procedura ad evidenza pubblica qualora decida di subappaltare a terzi i servizi affidati;

- in termini più generale, e come puntualizzato dalla giurisprudenza amministrativa, sul piano dell'ordinamento nazionale, l'art. 2 comma 2 lett. b) della legge n. 109/1994 prevede espressamente l'assoggettamento alle regole di evidenza pubblica degli appalti di lavori affidati dalle società per azioni miste deputate alla gestione dei servizi pubblici locali, potendo essere dette società qualificate quali organismi di diritto pubblico;

- la procedura concorsuale è necessaria per la scelta dei soci privati ai fini della costituzione di società con partecipazione di capitale di capitale pubblico per l'affidamento di un pubblico servizio.

L'argomento è stato successivamente ripreso, ancor più di recente, dalla Presidenza del

Consiglio dei Ministri, con la circolare n. 3944/2002 del 1 marzo 2002. Con essa la Presidenza persegue esplicitamente la finalità di fornire elementi interpretativi che chiariscano la normativa comunitaria applicabile nella materia alla luce della comunicazione interpretativa della Commissione europea sulle concessioni del 12 aprile 2000 e della più recente giurisprudenza comunitaria. Nella circolare viene innanzitutto definito il concetto di concessione sia con riferimento alle concessioni di lavori, sia con riferimento alle concessioni di servizi, in rapporto alla contigua nozione della figura dell'appalto di servizi pubblici.

La concessione di servizi è desumibile per relationem da quella di concessione di lavori, poiché la direttiva n. 92/50/CEE non ne fornisce la definizione.

La dottrina tradizionale ha individuato la distinzione fra l'appalto di servizi e la concessione di servizi pubblici, facendo riferimento a molteplici criteri: la natura unilaterale del titolo concessorio di affidamento del servizio pubblico, contrapposta al carattere negoziale dell'appalto; il carattere surrogatorio dell'attività svolta dal concessionario di pubblico servizio, chiamato a realizzare i compiti istituzionali dell'ente pubblico concedente, mentre l'appaltatore compie attività di mera rilevanza economica nell'interesse del committente pubblico; l'effetto accrescitivo della concessione, che attribuisce al privato concessionario una capacità estranea alla sua originaria sfera giuridica; il trasferimento di potestà pubbliche (autoritative o certificative) in capo al concessionario, che opererebbe quale organo indiretto dell'amministrazione, mentre l'appaltatore eserciterebbe solo prerogative proprie di qualsiasi soggetto economico.

La dottrina più recente ha rilevato, in senso critico, che, nell'evoluzione concreta della disciplina dei servizi pubblici, il modulo concessorio è frequentemente sostituito da altri titoli (anche convenzionali) di affidamento del servizio. Pertanto, in termini più convincenti, si è posto l'accento sulla diversità dell'oggetto dei due contrapposti istituti, che si riflette anche sulla fisionomia dei rapporti considerati. L'appalto di servizi concerne prestazioni rese in favore dell'amministrazione, mentre la concessione di servizi riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale, che interessa l'amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio. Ciò comporta, di regola, ulteriori conseguenze sulla individuazione dei soggetti tenuti a pagare il corrispettivo dell'attività svolta. Normalmente, nella concessione di pubblici servizi il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato. Le modalità di remunerazione dell'operatore rappresentano dunque un elemento che permette di stabilire l'assunzione del rischio di gestione (9).

Il tratto distintivo delle concessioni (10) rispetto agli appalti consiste dunque nel conferimento di un diritto di gestione dell'opera che permette al concessionario di percepire proventi dall'utente a titolo di controprestazione della costruzione dell'opera (ad esempio, in forma di pedaggio o di canone) per un determinato periodo di tempo. Il diritto di gestione implica anche il trasferimento della responsabilità di gestione e dell'assunzione di responsabilità da parte dell'operatore di tutti i rischi di gestione del servizio (11), che investe gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'opera. Il concessionario si assume anche il "rischio economico", nel senso che la sua remunerazione dipende strettamente dai proventi che può trarre dalla fruizione dell'opera o dalla riscossione di qualsiasi canone. Si è, invece, in presenza di un appalto pubblico quando il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice e quando il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti.

Infine, la concessione di servizi riguarda di solito attività che, per la loro natura, l'oggetto e le norme che le disciplinano, possono rientrare nella sfera di responsabilità dello Stato ed essere oggetto di diritti esclusivi o speciali (12).

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

La circolare non si preoccupa tuttavia soltanto di definire le concessioni di servizi, ma anche di verificare quale possa essere in concreto la disciplina applicabile. In primo luogo, viene affermata l'applicabilità a tale materia della disciplina comunitaria, essendo ciò riconosciuto anche nel diritto interno.

Per quanto riguarda la specifica disciplina applicabile alle concessioni, la circolare chiarisce che la direttiva lavori (93/37/CEE) trova applicazione solo per le concessioni di lavori, ma non per le concessioni di servizi. Nonostante questo, però, è indispensabile rispettare sempre i principi del diritto comunitario, che possono essere desunti dal Trattato e dalle pronunce della Corte di Giustizia. Il ricorso all'istituto concessorio da parte degli Stati, perciò, seppur non incontra limiti puntuali, non rende libera la scelta del soggetto a cui affidare la concessione. A prescindere infatti dall'applicabilità di specifici regimi, tutte le concessioni ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli articoli da 28 a 30 (ex articoli da 30 a 36), da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66) del trattato o dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte (di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento e proporzionalità così come risultano dalla costante tradizione giurisprudenziale della Corte europea).

Le amministrazioni aggiudicatrici risultano, quindi, vincolate al rispetto di detti principi. Conseguentemente, anche nell'eventualità di concessioni non assoggettate alle prescrizioni dettate da specifiche direttive o norme interne, la scelta del concessionario deve di regola essere conseguente a una procedura competitiva e concorrenziale ispirata ai principi dettati dal trattato istitutivo, in modo da consentire, anche attraverso idonee forme di pubblicità, la possibilità da parte delle imprese interessate di esplicitare le proprie chances partecipative. Nel sistema comunitario, infatti, il ricorso alla scelta diretta del concessionario, in deroga ai summenzionati principi, costituisce evenienza eccezionale, giustificabile solo in caso di specifiche ragioni tecniche ed economiche che rendano impossibile in termini di razionalità l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto. Le stesse considerazioni sono estensibili all'ipotesi di proroga delle concessioni già rese, essendo sancita dal diritto comunitario l'equiparazione tra il rilascio di nuova concessione e proroga della concessione in scadenza.

La necessità del rispetto delle prescrizioni comunitarie in materia di evidenza pubblica è stata altresì sottolineata ancor più di recente dal decreto 22 novembre 2001 dal Ministero dell'Ambiente e dalla connessa circolare applicativa 17 ottobre 2001, n. GAB/2001/11559/B01 (13), concernenti le modalità di affidamento in concessione a terzi della gestione del servizio idrico integrato, a norma dell'art. 20, comma 1, legge 5 gennaio 1994, n. 36.

Nemmeno le nuove circolari emanate né la nuova disciplina di cui all'articolo 35 della legge 448/2001 hanno tuttavia soddisfatto le richieste della Commissione, la quale in data 26.06.02 ha inviato al Governo italiano, dopo una serie di richieste di informazioni e varie discussioni tenutisi nell'arco del 2001 ed in risposta ad una nota del Ministero dell'economia con cui era stata trasmessa alla Commissione la nuova disciplina in materia di servizi pubblici locali, una lettera di costituzione in mora (199972184 C(2002) 2329) relativa alla "non compatibilità di alcune disposizioni dell'articolo 35 con le direttive 92/50/Cee e 93/38/Cee".

La Commissione sottolinea innanzitutto che l'affidamento dei servizi pubblici locali ai sensi dell'art. 35 della legge 448/2001 può configurare un appalto pubblico di servizi ovvero una concessione di servizi. Secondo la Commissione, l'affidamento diretto, senza il ricorso ad alcuna forma di messa in concorrenza, di un appalto di servizi o di una concessione di servizi può essere consentito dall'ordinamento comunitario esclusivamente laddove tale affidamento rientri in una delle ipotesi derogatorie previste dagli artt. 45 e 46 del Trattato ovvero in una delle condizioni di cui all'articolo 6 e 11 paragrafo 3 della direttiva 92/50/ce o di cui all'articolo 11 e 20 paragrafo 2 della direttiva 93/38.

La Commissione constata che il quadro normativo introdotto dall'articolo 35 continua a consentire numerose ipotesi di affidamento diretto dei servizi, senza il rispetto dei principi di pubblicità e di messa in concorrenza. L'espletamento di gare non è stato introdotto dall'art. 35 per quanto concerne l'affidamento della gestione di reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali in caso di separazione fra le due attività. In secondo luogo, la legge fa salvi gli affidamenti diretti per la durata del regime transitorio, che potrebbe raggiungere un termine di oltre dieci anni. Inoltre, gli affidamenti diretti costituiscono la regola generale in materia di gestione dei servizi pubblici definiti "privi di rilevanza industriale", mentre la qualificazione di alcune categorie di servizi come "privi di rilevanza industriale" non può avere l'effetto di sottrarre l'affidamento di tali servizi alle regole in materia di diritto comunitario degli appalti e delle concessioni. Per ultimo, ma non certo per importanza, la Commissione attira l'attenzione sulle modalità di affidamento del servizio idrico integrato.

In conclusione, secondo la Commissione il soggetto partecipato si deve configurare come un'entità distinta solo formalmente dall'amministrazione, ma che in concreto continua a costituire parte della stessa. Ne deriva che la società costituita potrà solo svolgere l'attività prevalente del servizio per cui è affidataria diretta, e non potrà partecipare a gare per la gestione di altri servizi.

3. L'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.

Le pronunce della Corte trattano del tema in oggetto solo obiter dictum, con argomentazioni cioè di passaggio al di fuori della specifica questione sub iudice.

Tuttavia, si cercherà di individuare un filo conduttore nella giurisprudenza della Corte.

1) Nella sentenza Arge (14), La Corte ha stabilito per la prima volta che le prestazioni in house - termine con cui si definiscono le prestazioni fornite ad un'autorità pubblica dai propri servizi o da servizi dipendenti - esulano dalla sfera di applicazione della direttiva. L'Avv. generale Leger ha preso in esame il destinatario dell'attività economica esercitata da tali enti: se l'attività economica è svolta a vantaggio dell'autorità controllante si sarà in presenza di un servizio in house, se invece l'amministrazione aggiudicatrice che partecipa all'appalto è distinta rispetto all'ente pubblico che lo bandisce sono validi i motivi di tutela della concorrenza che giustificano le norme comunitarie di aggiudicazione degli appalti pubblici. "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" (15). Affinché un contratto esuli dal regime della direttiva, occorre dimostrare che l'ente locale esercita sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi.

Dato che l'amministrazione aggiudicatrice gode, nei confronti di un operatore, di un potere di controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, i compiti che può affidargli saranno trattati come se essi fossero stati semplicemente delegati al suo interno. La capacità dell'ente territoriale di influire sul funzionamento del prestatore e l'assenza di

autonomia che ne deriva per quest'ultimo negano qualsiasi concretezza al contratto stipulato tra l'ente ed il prestatore di servizi. Nel caso di specie, gli enti di ricerca di cui trattasi sono di proprietà prevalentemente dello Stato austriaco o di un Land e i loro organi direttivi vengono designati dagli enti locali cui fanno capo di volta in volta oppure sono sottoposti al controllo di uno di questi enti locali. L'Avvocato conclude che spetterà al giudice nazionale esaminare attentamente gli elementi di prova di cui dispone.

2) La Corte di Giustizia ha precisato più nitidamente i contorni della fattispecie esentata (cd. gestione in house) nella sentenza Arnhem (16), in cui gli Avvocati Generali hanno dimostrato la dipendenza finanziaria, organizzativa e gestionale di una S.p.A. all'amministrazione, confermando l'esistenza di un nesso interorganico, ed escludendo così la fattispecie dall'ambito di applicazione della direttiva servizi.

3) Nella sentenza RiSAN (17) la Corte di Giustizia ha stabilito che gli affidamenti di pubblici servizi non ricadono nell'ambito precettivo del Trattato, sul presupposto che esso non trova applicazione in vicende che, come il caso di specie, sono circoscritte all'interno di un medesimo Stato membro.

Osservando il giudice a quo che le pertinenti disposizioni di diritto interno (18) consentono agli enti locali la scelta diretta della GEPI SpA quale partner per la gestione di servizi pubblici locali, prescindendo da ogni forma di procedura selettiva, a condizione che ricorra il fine di favorire l'occupazione o la rioccupazione di lavoratori, il giudice a quo desiderava in sostanza sapere se l'asserita violazione delle regole di libera prestazione dei servizi e di effettiva concorrenzialità, "che si esprimerebbe nel fatto che il Comune di Ischia possa scegliere direttamente la GEPI SpA come partner (...), sia giustificabile in base alle ipotesi di deroga previste e consentite dal Trattato (artt. 55, 66 e 90, n. 2)". Tale violazione potrebbe consistere nel fatto che "nella fase iniziale di costituzione della società mista di gestione del servizio locale, e per i primi cinque anni di attività di tale soggetto, viene escluso il normale ricorso a procedure selettive concorsuali non discriminatorie per la scelta dell'affidatario del servizio pubblico". Secondo le norme ed i principi fondamentali del Trattato richiamati dal giudice a quo si dovrebbe invece di regola effettuare un'asta pubblica ovvero mettere in atto una procedura selettiva ristretta ad evidenza pubblica, idonea a garantire una concorrenzialità effettiva e trasparente nella scelta del partner.

Per il giudice a quo si trattava quindi non soltanto dell'applicabilità della direttiva 92/50, ma anche dell'applicabilità, in generale, degli artt. 55, 66 e 90, n. 2, del Trattato (19). Esso nega d'altra parte l'applicabilità della direttiva in quanto non si tratterebbe di prestazione di servizi dietro corrispettivo a favore di un committente sulla base di contratti d'appalto.

La RI.SAN riteneva che la direttiva 92/50 si applicasse al presente caso, in quanto la Ischia Ambiente SpA., come risulterebbe dalla sua struttura di società per azioni di diritto privato, non sarebbe un'amministrazione aggiudicatrice. L'art. 6 escluderebbe infatti dal campo d'applicazione della direttiva soltanto il caso specifico in cui l'appalto sia aggiudicato ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice e che quindi non operi a fini di lucro. Inoltre, ancor meno, si potrebbe parlare di una concessione: dal momento che la Ischia Ambiente SpA non fa parte della pubblica amministrazione, non si potrebbe parlare di un cosiddetto servizio "in-house" ovvero di una prestazione di servizi in economia. Di conseguenza, per l'appalto del servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani nel Comune di Ischia si sarebbe dovuto procedere ad un'aggiudicazione pubblica in conformità alla direttiva 92/50.

La GEPI SpA, la Ischia Ambiente SpA e la Commissione ritenevano che non si applichino al presente caso le norme del Trattato, cioè il diritto comunitario primario, perché si tratterebbe di una fattispecie puramente interna (riguardante solo l'Italia). Con riferimento alla direttiva

92/50, entrambe le parti testé menzionate hanno sostenuto che l'affidamento del servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani nel Comune di Ischia alla Ischia Ambiente SpA costituirebbe una cosiddetta prestazione di servizi "in-house": tanto la GEPI SpA quanto la Ischia Ambiente SpA farebbero direttamente parte dell'amministrazione e l'esecuzione di determinati compiti si sarebbe svolta nell'ambito di una delega fra organi amministrativi. La direttiva 92/50, però, si applicherebbe soltanto nel caso di aggiudicazione di un appalto ad un'impresa che non faccia parte dell'amministrazione. Entrambe le società disporrebbero di un capitale detenuto - almeno in prevalenza - dalla mano pubblica e, per quanto riguarda la Ischia Ambiente SpA, ci sarebbe per di più da osservare che la maggioranza dei membri del Consiglio d'amministrazione sono rappresentanti del comune; ciò proverebbe che entrambe le società interessate sono amministrazioni aggiudicatrici.

La Commissione invece, quanto all'applicabilità della direttiva 92/50, era d'avviso che ci si potrebbe trovare di fronte ad un rapporto di concessione oppure ad un servizio "in-house". Alla luce delle osservazioni del giudice a quo, la Commissione giudica possibili entrambe le ipotesi, osservando tuttavia che non erano stati illustrati con sufficiente chiarezza i singoli elementi necessari per un'esatta classificazione della fattispecie. Sulla base delle insufficienti informazioni di cui dispone la Commissione non si è ritenuta in grado di dare una risposta certa.

L'Avvocato generale Siegbert Alber afferma nelle sue conclusioni che, trattandosi di una situazione puramente interna ad uno Stato membro, in definitiva non sono qui applicabili le norme sulla libertà di circolazione, cosicché non occorre nemmeno accertare se possa entrare in gioco la deroga prevista dall'art. 55 del Trattato. Né reputa necessario affrontare la questione, implicitamente sollevata dal giudice a quo, se dai principi generali del Trattato si ricavi un obbligo *generale* di ricorrere ad una pubblica gara; tuttavia ritiene che non sia individuabile un tale obbligo (punto 38 Conclusioni). L'art. 90, n. 2, del Trattato CE non entra comunque in gioco perché la GEPI SpA non è una società per la prestazione di servizi ai sensi della suddetta norma.

L'Avvocato afferma che spetta al giudice nazionale accertare, nel presente caso, in modo definitivo, se esista una concessione ai sensi del diritto comunitario. Sebbene i beneficiari della raccolta dei rifiuti siano gli abitanti del comune, cioè persone estranee al contratto, e sebbene esista il necessario interesse generale alla raccolta dei rifiuti per ragioni di sanità pubblica e di pubblica sicurezza, i chiarimenti forniti dal giudice a quo non consentono di valutare con precisione come siano regolate fra il Comune di Ischia e la Ischia Ambiente SpA le modalità di pagamento e come siano ripartiti i rischi economici.

Anche la questione se il Comune di Ischia e la Ischia Ambiente Spa siano parti della stessa pubblica amministrazione - e se ci si trovi quindi in presenza di un servizio "in-house" - deve essere risolta in base alle circostanze di fatto, spettando al giudice nazionale esprimere un giudizio definitivo su questo aspetto. La qualità di società per azioni della Ischia Ambiente SpA non basta però, contrariamente all'opinione della RI.SAN, ad escludere che essa faccia parte della pubblica amministrazione. La classificazione della Ischia Ambiente SpA deve piuttosto essere effettuata da un punto di vista funzionale. E' perciò decisivo accertare in che misura la pubblica amministrazione controlla la società di cui trattasi. Risulta dalla sua esposizione dei fatti che il Comune di Ischia detiene il 51% del capitale sociale della Ischia Ambiente SpA, mentre il 49% si trova per cinque anni nelle mani della GEPI SpA. La GEPI SpA, a sua volta, è controllata al cento per cento dallo Stato italiano ed opera come società finanziaria, fra l'altro allo scopo di costituire insieme con i comuni società destinate a svolgere i compiti attribuiti a questi ultimi. Anche la natura della GEPI SpA va stabilita sulla base di un'analisi funzionale. Il pieno controllo da parte dello Stato italiano induce però a concludere, anche a prescindere da una completa conoscenza della struttura interna della GEPI SpA, che sotto questo aspetto tale società costituisce parte dello Stato italiano. Attraverso la GEPI SpA è dunque lo Stato italiano che detiene una partecipazione nella

Ischia Ambiente SpA, la quale risulta così controllata dalla mano pubblica. Sarebbe troppo formalistico distinguere fra gli enti pubblici "Comune di Ischia" e "Stato italiano". In definitiva, la situazione è identica a quella che si verificherebbe se lo Stato italiano avesse messo direttamente a disposizione del Comune di Ischia i fondi necessari perché quest'ultimo costituisse da solo una società. La scelta di questa forma di organizzazione da parte del Comune di Ischia non può, in ultima analisi, condurre ad alcuna diversa classificazione della Ischia Ambiente SpA.

Oltre all'intreccio finanziario è tuttavia necessario, per constatare l'esistenza di un servizio "in-house", accertare altresì la presenza di una attribuzione di compiti fra organi. Potrebbe inoltre essere eventualmente necessario ad es. che l'ulteriore attività della Ischia Ambiente SpA sia resa possibile dalla predisposizione di ulteriori finanziamenti comunali ed eventualmente dalla fissazione di una tassa per lo smaltimento dei rifiuti. Nel loro insieme, gli elementi forniti dal giudice a quo non consentono tuttavia di stabilire con assoluta sicurezza se vi sia una tale attribuzione di compiti. Se il giudice a quo dovesse nondimeno concludere che tanto la connessione finanziaria quanto quella amministrativa tra il Comune e la Ischia Ambiente SpA soddisfano queste condizioni, ci troveremmo effettivamente di fronte ad un servizio "in-house", con la conseguenza che neppure in questo caso si applicherebbe la direttiva 92/50.

4) Con sentenza Teckal 18.11. 1999 causa C-107/98 (20), al giudice nazionale che chiedeva in via pregiudiziale se le disposizioni di diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici siano applicabili qualora un ente locale affidi la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi ad un consorzio a cui esso partecipi, la Corte osserva che la direttiva 93/36, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice decida di stipulare per iscritto con un ente distinto da essa sul piano formale un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno. La normativa europea in tema di appalti pubblici, in particolare di servizi, non trova invece applicazione quando manchi un vero e proprio rapporto contrattuale tra due soggetti, come nel caso, secondo la terminologia della Corte, di delegazione interorganica o di servizio affidato in via eccezionale "in house". In altri termini, quando un contratto sia stipulato tra un ente locale ed una persona giuridica distinta, l'applicazione delle direttive comunitarie può essere esclusa nel caso in cui l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa persona (giuridica) realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano.

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

5) Un'altra sentenza ("teleaustria") (21) ha avuto modo di andare più avanti, precisando che "l'obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione". Tale obbligo, secondo le Conclusioni dell'Avvocato Generale, non si estende necessariamente fino ad imporre un regime di pubblicità comunitaria, ma consiste in una pubblicità tale da garantire che anche potenziali imprese interessate possano aspirare al relativo affidamento.

L'apertura alla concorrenza significa dunque concorsualità e dunque gara (22).

4. CONCLUSIONI: CONCORRENZA O SODDISFACIMENTO DEI BISOGNI ESSENZIALI?

Si è detto che la scelta della impresa in materia di servizi pubblici dovrebbe costituire oggetto di una procedura di gara pubblica non perché disposto dalla direttiva del Consiglio 1992 n. 92/50/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di servizi, ma in base ai principi della libera prestazione di servizi e libera concorrenza. E' indubbio infatti che un affidamento diretto è in grado di sottrarre spazi di mercato all'iniziativa privata di operatori nazionali o esteri, per il fatto di essere pre(ferenzialmente) destinato ad un soggetto che per il diritto comunitario potrebbe non avere titolo ad essere privilegiato rispetto agli altri.

Nella sentenza RI.SAN il giudice comunitario aveva già ribadito la sottoposizione della concessione di servizi pubblici alle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione, ma si era escluso che dai principi generali del Trattato potesse ricavarsi un obbligo generale di ricorrere ad una pubblica gara.

Nelle sentenze successive, la Corte arriva invece ad affermare che anche il principio dell'autorganizzazione amministrativa potrebbe finire per soccombere di fronte al principio di proporzionalità: pur potendo i gestori di servizi pubblici derogare alle norme del trattato, l'esecuzione è sottoposta a condizioni di proporzionalità. Il soggetto cui spetta statuire sull'osservanza del suddetto obbligo e sulla valutazione della pertinenza degli elementi probatori adottati a tal fine è individuato dalla Corte nel giudice nazionale.

Quali spazi rimangono allora nell'ordinamento comunitario per l'affidamento diretto di una concessione di pubblico servizio?

1. In primo luogo, la Corte di Giustizia ha escluso l'applicazione delle regole di concorrenza previste dal Trattato nei confronti di quelle "attività che, per la loro natura, per il loro oggetto e per la disciplina alla quale sono assoggettate, si ricolleghino all'esercizio di tipiche prerogative dei pubblici poteri e non presentino un carattere economico" (23). Pertanto, rientrano nell'ambito di operatività del diritto comunitario solo quelle attività, poste in essere da una pubblica amministrazione in senso lato, configurabili quali prestazioni di attività economiche ai sensi degli artt. da 43 a 55 (ex art. 52-66) del Trattato.

Ciò è confermato dall'art.86 del Trattato: "le imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale sono sottoposte alle norme del presente Trattato e, in particolare, alle regole di concorrenza nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, alla specifica funzione loro affidata". Le norme relative al mercato interno e alla concorrenza non si applicano generalmente alle attività economiche e non si applicano pertanto neppure ai servizi d'interesse generale nella misura in cui essi siano attività non economiche. In altre parole, le imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale non possono beneficiare, per il semplice fatto di gestire detti servizi, di leggi formulate per un assetto monopolistico perché sono sottoposte alle regole della concorrenza.

I tentativi di ancorare la nozione comunitaria di servizio d'interesse economico generale a parametri obiettivi sono stati numerosi: vi è stato chi ha fatto riferimento all'idoneità dell'attività ad essere condotta da privati e per uno scopo di lucro; altri hanno ritenuto che mentre nell'attività economica l'offerta delle prestazioni deve essere dimensionata in base a criteri di tipo efficientistico, nelle attività non economiche le prestazioni sono allocate in base a criteri di merito o politici. In realtà, rimane ineliminabile il momento politico e discrezionale

della scelta dei criteri allocativi a cui orientare l'offerta delle prestazioni. Servizi di natura sociale e solidaristica possono dunque definirsi quei servizi di interesse generale le cui funzioni sono principalmente sociali, che non realizzano profitti e non si prefiggono di svolgere un'attività industriale. Per tali servizi spetta agli stati membri stabilire liberamente il tipo di politica ed organizzazione da seguire.

2) Per i servizi di interesse economico invece, l'esigenza di garantire un servizio universale potrebbe inoltre consentire gli affidamenti diretti a determinate condizioni:

a) La realizzazione del fine specifico individuato in via generale, ovvero uno scopo pubblico. In altri termini, si deve trattare di attività ascrivibili al novero dei "servizi di interesse generale".

Il concetto di servizio di interesse generale è sconosciuto nel nostro ordinamento, imposto dalla dottrina francese del public service.

Nel caso Corbeau del 1993, la Corte di Giustizia, chiamata a valutare la compatibilità dell'assetto normativo belga con l'art.86 del Trattato, ha introdotto l'idea che il servizio postale abbia un "nocciolo duro" (la distribuzione della posta ordinaria), intorno al quale si vengono a costituire dei servizi "a valore aggiunto", uno dei quali è appunto il servizio di posta celere. Il servizio corrispondente al "nocciolo duro", chiamato dalla Corte di Giustizia "*servizio universale*", deve essere erogato a tutti ad un prezzo ragionevole a prescindere dalla collocazione territoriale dell'utente e, quindi, anche a favore di coloro che si trovano in zone così disagiate nelle quali la distribuzione della corrispondenza comporta inevitabilmente una perdita per il gestore. Il monopolio della Regie des postes è legittimato dal fatto che la stessa viene gravata del servizio universale della posta ordinaria. Ma il monopolio non può in nessun caso essere esteso al di là dell'area del servizio universale, dal momento che questa è aperta alla concorrenza così come lo sono, e lo devono essere, tutte le attività di produzione di servizi, siano o meno di interesse economico generale.

La nozione di servizio universale indicata dalla Corte di Giustizia penetra quindi nella normativa europea, che mira ad individuare un'area di servizio universale con riferimento ad ogni singola categoria di servizi. L'individuazione avviene anche sulla scorta di un'indicazione contenuta nello stesso Trattato a proposito dei trasporti. Si legge, infatti, nell'art.73 "sono compatibili con il presente Trattato gli aiuti richiesti dalle necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio". La nozione citata sembra apparentemente ermetica, ma in realtà la stessa può essere facilmente chiarita se letta nel generale contesto del diritto europeo. Questo, infatti, vieta gli aiuti di stato ovvero gli ausili finanziari di qualunque tipo che lo Stato eroghi ad alcune imprese, salvo alcuni casi particolari. Ebbene, a proposito dei trasporti, gli aiuti di stato non sono vietati quando corrispondono "al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio".

Nella Comunicazione del 20 settembre 2000, è la stessa Commissione Europea a fornire per la prima volta chiarimenti sulla nozione di pubblico servizio nel diritto comunitario. Il termine viene riferito espressamente agli obblighi di servizio pubblico, intesi come quelle prestazioni che il regolatore pubblico può imporre ai soggetti che svolgono l'attività corrispondente a pubblico servizio.

La nozione riguarda quindi la prestazione in sé, indipendentemente dalla natura del soggetto che la rende (concezione oggettiva del pubblico servizio).

La comunicazione collega strettamente l'idea di missione del servizio di interesse generale ai bisogni espressi dai cittadini. Per i criteri relativi all'organizzazione del servizio si applicano

i principi di neutralità (quanto alla natura pubblica o privata del prestatore dei servizi), di libertà di definizione (spetta agli Stati membri definire che cosa considerino servizi d'interesse economico generale), di sussidiarietà (lasciandosi agli stati membri la libertà di definire i servizi di interesse generale) e proporzionalità (tra limitazioni della libertà di concorrenza ed obiettivi di interesse pubblico che si intendono perseguire).

a. La clausola di sussidiarietà.

Si può intenderla in un senso forte: nessun terzo può raggiungere lo scopo, assicurando la qualità e continuità dei servizi offerti.

Ovvero in un senso debole: l'amministrazione è legittimata ad occupare spazi di mercato che altrimenti rimarrebbero aperti all'iniziativa privata solo se si dimostra che l'intervento che si attua nei moduli amministrativi sia più efficiente o efficace a realizzare gli obiettivi di interesse pubblico che ci si propongono. In questi casi non si può parlare di impresa, ma di amministrazione, e quindi si accede alla sfera della libertà di autorganizzazione (24). Si tratta del test di efficienza con cui la Corte è solita esaminare la legittimità delle occupazioni di mercato di matrice pubblicistica, ed all'esito del quale la Corte ha sancito l'illegittimità di talune occupazioni e la legittimità di altre (25). Occorre in conclusione valutare se l'elenco di affidamenti diretti sia in grado di superare questo test di efficienza di derivazione comunitaria.

b. un rapporto di delegazione interorganica intercorrente tra il Comune e la società, come soggetti di un unico plesso amministrativo (servizio "in-house"), rapporto che può infatti portare a configurare l'affidamento del servizio in parola come un'ordinaria ripartizione interna ad uno stesso sistema amministrativo, di funzioni e servizi, attraverso una delega formale.

Tale ipotesi eccezionale non può valere tuttavia ad escludere in maniera generale dal campo di applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici e di concessioni ogni affidamento di un servizio che venga effettuato da un ente locale in favore di una società a capitale maggioritariamente pubblico.

Il controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi fa riferimento ad un rapporto che determina da parte dell'amministrazione controllante un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, che non possiede alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione e che si configura come un'entità distinta solo formalmente dall'amministrazione, ma che in concreto continua a costituire parte della stessa. Tale rapporto è stato giudicato dalla Corte di Giustizia sia da un punto di vista funzionale che finanziario.

Dalla lettura delle sentenze si è visto tuttavia come i criteri elaborati dalla Corte non sono precisi. L'esistenza di un ente distinto è facile da concepire e da identificare, poiché basta accertare che l'operatore economico sia costituito sotto una forma giuridica diversa da quella dell'amministrazione aggiudicatrice. Per contro, non è semplice rendersi conto del grado di effettiva autonomia cui l'ente dispone. La natura del controllo esercitato da un ente territoriale su un organismo giuridicamente distinto o il livello a partire dal quale si ha il diritto di considerare che quest'ultimo svolga la parte essenziale della sua attività con l'autorità pubblica da cui dipende, in particolare, possono suscitare gravi incertezze.

c. l'esclusività dell'attività della società nell'ambito del servizio di cui è affidataria diretta. Ciò significa in primis che la società affidataria diretta sarà "fuori mercato" per gli altri servizi di cui non è affidataria, non potendo partecipare alle gare per la loro gestione.

In secondo luogo, la società mista non potrà trascendere i confini dell'ente locale fondatore.

In conclusione, per evitare all'interprete pericolosi voli pindarici, poiché la nozione di concessione di servizio nel diritto comunitario diverge da quella vigente nel nostro ordinamento, sarebbe forse auspicabile che il legislatore italiano recepisce espressamente la prima, riconducendo espressamente sotto un unico regime giuridico conforme alle direttive comunitarie in materia di servizi sia gli appalti sia le concessioni; e indipendentemente sia dal fatto che il servizio sia reso alla collettività o a favore dell'ente pubblico sia dal fatto che la controprestazione sia un corrispettivo o consista invece nel diritto di svolgere l'attività stessa.

* * * *



(1) Il decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 (*Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi*), all'articolo 1 definisce il proprio ambito di applicazione, qualificando gli appalti pubblici di servizi come "contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice", e rinviando alla elencazione degli appalti di servizi di cui agli allegati 1 e 2.

Dunque, la disciplina di derivazione comunitaria adotta una definizione di carattere enumerativo ed analitica, volta a ridurre i margini di incertezza interpretativa.

(2) In G.U.C.E. 121/5 del 29 aprile 2000. Sulla collocazione nel sistema delle fonti della comunicazione v. ampiamente C. Alberti: Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*-2001, pag. 507. Tale Comunicazione è stata preceduta dal Libro verde " Gli appalti pubblici nell'UE: spunti di riflessione"; e dal Libro bianco " Gli appalti pubblici nell'UE" COM (98) 1 marzo 1998. Sulla Comunicazione v. Carbone-Caringella-De Marzo, *L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, commentario, Ipsoa, 2000, p. 374-380; Spinelli-Quarta, *Appalti pubblici europei: I comunicazione interpretativa della commissione in tema di concessioni*, in *Riv. it. di dir. pubbl. com.* 2000, p. 585-590; Barone-Bassi, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi*, in *Foro it.* 2000, p. 390.

(3) La direttiva 92/50, fondata sull'art. 57, n.2, e sull'art. 66 del Trattato, contiene le disposizioni che disciplinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi. Essa definisce, fra l'altro, le nozioni di "appalti pubblici di servizi" e di "amministrazioni aggiudicatrici". Queste ultime sono obbligate ad aggiudicare in modo conforme alle disposizioni della direttiva - cioè mediante una procedura di selezione pubblica - gli appalti che abbiano per oggetto servizi di cui agli allegati IA e IB della direttiva stessa. A questo scopo la direttiva stabilisce anche le singole procedure di aggiudicazione.

16.

L'art. 1 della direttiva ne definisce la sfera d'applicazione come segue:

"Ai fini della presente direttiva si intendono per:

a) *appalti pubblici di servizi*, i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice (...)

(...)

b) *amministrazioni aggiudicatrici*, lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico.

Si intende per *organismo di diritto pubblico* qualsiasi organismo

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

- avente personalità giuridica, e

- la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. L'art. 6 della direttiva prevede, a titolo di deroga, quanto segue:

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

La Commissione, sia nella sua proposta 13 dicembre 1990 sia in quella di direttiva del Consiglio 28 agosto 1991, 91/C 250/05- proposte che hanno portato all'adozione della direttiva 92/50 relativa agli appalti pubblici di servizi in generale - aveva esplicitamente suggerito di includere la "concessione di pubblico servizio" nella sfera di applicazione di tale direttiva.

Essendo tale inclusione giustificata dall'intento di "garantire la coerenza delle procedure di aggiudicazione", la Commissione ha precisato, nel decimo considerando della proposta 13 dicembre 1990, che "le concessioni di pubblici servizi devono rientrare nel campo d'applicazione della presente direttiva". Tuttavia, nel corso della procedura legislativa, il Consiglio ha eliminato ogni riferimento alle concessioni di pubblici servizi, in particolare a causa delle differenze esistenti tra gli Stati membri per quanto riguarda la delega della gestione dei servizi pubblici nonché le modalità di tale delega, che avrebbero potuto creare una situazione di fortissimo squilibrio nell'accesso a detti appalti di concessione.

Una sorte analoga era stata del pari riservata alla posizione della Commissione espressa nella sua proposta di direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, 89/C 264/02, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua, di energia e fornitrici di servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, sfociata nell'adozione della direttiva 90/531, che è stata la prima direttiva in tali settori in materia di aggiudicazione di appalti pubblici ed ha preceduto la direttiva 93/38, nella quale la Commissione aveva parimenti proposto per i suddetti settori talune disposizioni destinate a disciplinare le concessioni di pubblici servizi.

Tuttavia, come risulta dal punto 10 del documento 5250/90 ADD 1 22 marzo 1990, intitolato "Motivazione del Consiglio", il Consiglio medesimo non ha accolto detta proposta della Commissione di includere nella direttiva 90/531 le norme relative alle concessioni di servizi pubblici, in quanto siffatte concessioni esistevano in un solo Stato membro e, in mancanza di uno studio approfondito sulle diverse forme di concessione di servizi pubblici accordate negli Stati membri nei detti settori, non si doveva procedere alla regolamentazione di questi ultimi.

Alla luce di tali elementi, va constatato che la Commissione stessa non ha proposto di includere le concessioni di servizi pubblici nella sua proposta di direttiva del Consiglio 27 settembre 1991, 91/C 337/01, che modifica la direttiva 90/531 (in GU C 337, pag. 1), che è sfociata, in seguito, nell'adozione della direttiva 93/38

(4) Sui singoli principi v. esaurientemente B. Mameli, *Concessioni e pubblici servizi*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2001, pag. 64 e ss.

(5) v. sentenza Raulin del 26 febbraio 1992, c-357/89

(6) Sentenza del 18 novembre 1999 nella causa c-275/98, Unitron Scandinavia A/S, punto 31.

(7) Per un'applicazione pratica del principio vedi la decisione n. 2294 del 30/02/2002 della quinta Sezione del Consiglio di Stato. Il problema di fondo era sempre quello di stabilire se alle concessioni di servizi sia applicabile la normativa prevista in tema di appalti, e se, quindi, nella scelta dell'affidatario del servizio pubblico, l'amministrazione sia tenuta ad applicare una procedura di evidenza pubblica. La decisione n. 2294/02 del Consiglio di Stato segue in effetti un percorso logico e interpretativo del tutto conforme a quello delineato dalla circolare, e ciò è chiaramente comprensibile se si tiene conto che essa fa esplicito riferimento alla citata Comunicazione interpretativa della Commissione.

Essendo necessario, in ogni caso, rispettare i principi del diritto comunitario, il collegio conclude circa la

possibilità di risolvere la questione posta dinanzi al suo giudizio prescindendo dal profilo relativo all'applicazione diretta, o in via analogica, della disciplina contenuta nel decreto legislativo n. 157/1995, disponendo che la clausola del bando di gara che impone a ciascuna delle partecipanti al raggruppamento di imprese di dimostrare lo stesso fatturato richiesto alla impresa singola appare irragionevole e contrastante con il principio di proporzionalità.

La questione posta al vaglio del Consiglio di Stato concerneva la legittimità del bando di gara nella parte in cui dispone che ogni impresa facente parte di un raggruppamento deve essere in possesso dei requisiti richiesti per le imprese singole (dimostrazione del fatturato richiesto per le imprese singole).

In via teorica sarebbe, in effetti, possibile giungere alla conclusione che nella scelta dell'affidatario del servizio pubblico, l'amministrazione non è tenuta ad applicare alcuna disciplina di evidenza pubblica, operando con maggiori possibilità di scelte discrezionali.

In realtà, è, però, opportuno considerare sia le norme di diritto interno, le quali affermano il principio di concorsualità anche per la concessione di servizi pubblici, sia, in generale, i principi comunitari.

Soprattutto con riferimento alla disciplina comunitaria, il collegio sostiene l'applicabilità dei principi desumibili dalle norme del Trattato, e, in particolare, tra questi, del principio di proporzionalità. Secondo il Consiglio di Stato, nel caso di specie, l'oggetto del rapporto, riguardante il trasporto e lo smaltimento dei rifiuti urbani, è riconducibile senz'altro alla figura dell'affidamento di un servizio pubblico: le prestazioni richieste al privato "appaltatore" sono rivolte non già a vantaggio dell'amministrazione, ma riguardano, in modo generalizzato, le collettività locali rappresentate dai due comuni.

Anche nell'ambito del diritto interno, intanto, esistono precise indicazioni dirette ad affermare l'applicabilità della regola concorsuale nell'affidamento dei servizi pubblici.

Secondo l'articolo 267 del regio decreto 14 settembre 1931, n. 1175 (Testo unico per la finanza locale), tuttora in vigore, "le concessioni di cui all'art. 265 devono, di regola, essere precedute da asta pubblica. Tuttavia, quando circostanze speciali in rapporto alla natura dei servizi lo consigliano, il Prefetto può consentire che i contratti seguano a licitazione o a trattativa privata".

La norma di diritto interno conferma il principio della concorsualità nell'affidamento del servizio pubblico. Si tratta, del resto, secondo il Consiglio, di una indicazione legislativa seguita anche dai più recenti progetti di riforma dei servizi pubblici locali, tutti rivolti a rendere ancora più chiara e precisa la regola del previo esperimento di gare aperte, accompagnata dalla definizione di ulteriori regole di dettaglio, riferite ai requisiti soggettivi di partecipazione.

Il Consiglio conclude che, anche prescindendo dal profilo riguardante l'applicazione diretta, o in via analogica, della disciplina contenuta nel decreto legislativo n. 157/1995, la clausola del bando di gara che impone a ciascuna delle partecipanti al raggruppamento di imprese di dimostrare lo stesso fatturato richiesto alla impresa singola appare irragionevole e contrastante con il richiamato principio di proporzionalità.

Infatti, l'articolo 14, comma 3, del decreto legislativo n. 157/1995, nella parte in cui prevede che "le informazioni di cui all'articolo 13 e quelle di cui al comma 1 non possono eccedere l'oggetto dell'appalto", specifica un concetto di portata più ampia e generale, sintetizzabile nelle regole comunitarie della *proporzionalità*, della adeguatezza e della ragionevolezza.

Nella presente vicenda, poi, l'operatività del principio comunitario di proporzionalità non può essere sterilizzata dalla disciplina contenuta nel decreto legislativo 1 dicembre 1997, n. 468 (Revisione della disciplina sui lavori socialmente utili, a norma dell'articolo 22 della L. 24 giugno 1997, n. 196).

Questo prevede, all'articolo 10, comma 3, che "per l'affidamento a terzi dello svolgimento di attività uguali, analoghe o connesse a quelle già oggetto dei progetti di lavori socialmente utili da essi promossi, gli enti interessati possono, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, stipulare convenzioni di durata non superiore a 60 mesi con società di capitale, cooperative di produzione e lavoro, consorzi di artigiani, a condizione che la forza lavoro in esse occupata sia costituita nella misura non inferiore al 40 per cento da lavoratori già impegnati nei progetti stessi, ovvero in progetti di contenuti analoghi ancorché promossi da altri enti e nella misura non superiore al 30 per cento da soggetti aventi titolo ad esservi impegnati, in qualità di dipendenti a tempo indeterminato, o di soci lavoratori, o di partecipanti al consorzio".

L'eccezionale deroga prevista dalla normativa in esame riguarda l'obbligo di utilizzazione di lavoratori appartenenti a particolari categorie, ma non giustifica affatto la violazione di altre regole, di rango comunitario,

concernenti la definizione dei requisiti soggettivi dei raggruppamenti partecipanti alle selezioni.

(8) In GU n.264 del 13.11.2001.

(9) Anche nella giurisprudenza della Corte il criterio della gestione è una caratteristica essenziale per stabilire se si è in presenza di una concessione di servizi: v. Bfi Holding c. Gemente Arnherm e Gemente Rhedehn, causa C-360/96.

(10) Sulla nozione di concessioni come contratti ndi diritto pubblico, v. ampiamente G. Greco, *Le concessioni di lavori e servizi nel quadro dei contratto di diritto pubblico*, in *Riv ital. dir pubbl. com.*, 2000.

(11) Sentenza Teleaustria, cit.

(12) Così anche Conclusioni dell'avvocato generale Alber 18 marzo 1999 , in causa 108/98 RiSan. Questo aspetto è stato evidenziato dall' avv. gen La Pergola, 19 febbraio 1998, in causa 360/96, BFI Holding BV c. Gemente Arnhem e Gemente Rheden.

(13) Ministero dell'Ambiente del 22 novembre 2001, secondo cui gli enti pubblici e i loro amministratori che "continueranno a fare ricorso all'affidamento diretto, del servizio idrico integrato, sia nei confronti di una società pubblica e/o partecipata, non potranno ritenersi esenti dal dovere di reintegrare il danno arrecato all'Italia, sia sotto il profilo dell'immagine internazionale, che dei costi necessari ad adempiere alla condanna inflitta".

(14) Arge Gewasserschutz c. Bundesministerium fur Land und Forstwirtschaft, c. -. 94/99.

(15) V. C. Alberti, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. dir pubbl. com.* 2001., p. 496 e ss. secondo cui è richiesta per la delega interorganica la compresenza di più elementi, quali: la dipendenza formale, economica, amministrativa e del servizio.

(16) CG 10 novembre 1998, in causa 360/96, BFI Holding BV c. Gemente Arnhem e Gemente Rheden.

(17) CG 9 settembre 1999 in causa 108/98 RISAN contro Comune di Ischia. Ricorrente nella causa principale è la RI.SAN Srl, che ha proposto dinanzi al giudice a quo due ricorsi volti ad ottenere l'annullamento di due delibere del Consiglio comunale di Ischia , con cui si approva la costituzione di una società per azioni, la Ischia Ambiente SpA. per il servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani nel Comune di Ischia - in partecipazione con la GEPI SpA e con capitale in prevalenza pubblico. Con la medesima delibera venivano altresì approvati lo statuto della costituenda società ed il relativo piano tecnico-economico-finanziario. La RI.SAN Srl era stata incaricata fino al 4 gennaio 1997 del servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani nel Comune di Ischia. Con delibera 7 novembre 1996 il Consiglio comunale affidava - senza bandire alcuna gara d'appalto - tale servizio alla Ischia Ambiente SpA. La Ischia Ambiente SpA era stata costituita, con delibera del Consiglio comunale in data 6 luglio 1996, dal Comune di Ischia insieme con la GEPI Spa una società finanziaria statale.

(18) L'art. 4, sesto comma, della legge 29 marzo 1995, n. 95 che riguarda le società economiche miste dei servizi pubblici, riconosce ai comuni e alle province la facoltà di costituire società per azioni direttamente con la GEPI SpA anche per la gestione di servizi pubblici locali, al fine di favorire l'occupazione o la rioccupazione dei lavoratori, ai sensi del suo ottavo comma, le partecipazioni azionarie detenute dalla GEPI SpA nelle società così costituite sono di nuovo cedute entro il termine di cinque anni mediante gara pubblica.

(19) Il Tribunale amministrativo regionale della Campania (Napoli) ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se la previsione dell'art. 55 del Trattato (applicabile anche al settore dei servizi in virtù del richiamo operato dal successivo art. 66), in base alla quale sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro interessato, le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri, debba interpretarsi in senso sufficientemente ampio da ricomprendervi le attività della GEPI SpA (poi Itainvest SpA) di partecipazione a società miste degli enti locali per la gestione dei servizi pubblici locali, ai sensi dell'art. 4, comma 6, della legge 29 marzo 1995 n. 95 (di conversione, con modifiche, del decreto legge 31 gennaio 1995 n. 26), allorché tale partecipazione si connota del fine di favorire l'occupazione o la rioccupazione di lavoratori già adibiti al servizio della cui gestione si tratta, tenendo conto dell'art. 5 della legge 22 marzo 1971 n. 184, istitutivo della GEPI S.p.A., che assegna alla GEPI medesima il compito di concorrere al mantenimento e all'accrescimento dei livelli di occupazione compromessi da difficoltà transitorie, atti a comprovare la concreta possibilità del risanamento delle imprese interessate, nelle forme ivi specificate.

2) Se, alla stregua della surrichiamata normativa disciplinante la GEPI SpA (poi Itainvest SpA), possa ritenersi applicabile alla fattispecie in esame la deroga di cui all'art. 90, comma 2, del Trattato, ai sensi del quale le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (...) sono sottoposte alle norme del presente Trattato, e in particolare alle regole della concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata".

(20) Causa Teckal srl/Comune di Viano.

(21) Corte Giust. 7 dicembre 2000 (in causa C-324/98), Teleaustria Verlags Gmbh c. Post & Telekom Austria.

(22) G. Greco, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara* in *Riv. it. di dir. pubbl. com.*, 2001, p. 1461.

(23) C.G. 18 marzo 1997 (causa C-343/95), Diego Calì srl c. Servizi ecologici porto di Genova spa, in *Racc.*, 1997, I, 1547; 26 aprile 1994 (in causa 272/91), Commissione c. Repubblica italiana, in *Racc.*, 1994, I, 1409.

(24) V. sentenza Hofner e Job Centre.

(25) V. sentenza C G sezione IV, 8 giugno 2000 , causa C-258/98 secondo cui" lo stato membro che vieti qualunque attività di mediazione e interposizione tra domanda e offerta di lavoro che non sia svolta dai detti uffici trasgredisce l'art., 90 n. 1 del Trattato se dà origine ad una situazione in cui gli uffici pubblici di collocamento saranno necessariamente indotti a contravvenire alle disposizioni dell'art. 86 del Trattato; ciò si verifica in particolare quando ricorrano i seguenti presupposti: a) gli uffici pubblici di collocamento non sono in grado di soddisfare per tutti i tipi di attività la domanda esistente sul mercato; b) l'espletamento effettivo delle attività di collocamento da parte delle imprese private viene reso impossibile dal mantenimento in vigore di disposizioni di legge che vietano le dette attività".