

# **PPP e PPPI NEL DIRITTO COMUNITARIO**

*a cura di Claudio Rangone*

## **INDICE**

- I. PPP e PPPI nel diritto comunitario: inquadramento e cronologia**
- II. Gestazione e nascita del PPP (dal Libro Verde alla Decisione Eurostat ed alla Risoluzione del Parlamento Europeo per arrivare alla Comunicazione interpretativa)**
- III. Il PPP istituzionalizzato, ovvero le società miste**
- IV. La disciplina PPP degli Stati membri:**
  - 1) Regno Unito*
  - 2) Germania*
  - 3) Francia*
- V. La disciplina del PPPI negli Stati membri: cenni**
- VI. Il PPPI alla luce della giurisprudenza della Corte**
- VII. Conclusioni**

**Ottobre 2009**

## **PPP e PPPI**

### **I. Il diritto comunitario**

#### *Inquadramento e cronologia*

Il tema delle varie forme di cooperazione con i privati fa capolino per la prima volta nella bozza di Comunicazione interpretativa della Commissione Europea sulle concessioni nel diritto comunitario dell'aprile 1999, sospinta da un crescente utilizzo di formule di partnership di origine soprattutto anglosassone che rischiano di sfuggire alla disciplina comunitaria.

Infatti, in quegli anni, nel Regno Unito ed in Irlanda (e, pur se con minore diffusione, anche in Olanda e nei Paesi nordici) si diffonde il c.d. PFI, *Private finance initiative*, formula contrattuale complessa in cui il privato progetta, costruisce anticipando il finanziamento e gestisce per anni interventi (quasi esclusivamente) di edilizia (carceri, scuole, caserme ecc.) mentre la P.A. paga il tutto in rate annuali su 10 anni, comprensive di rimborso del capitale anticipato, degli interessi maturati e del servizio reso.

La Commissione europea, molto in difficoltà, si vede costretta ad aprire sempre più procedure di infrazione per riportare il fenomeno entro i confini del diritto comunitario.

Tuttavia, dopo la fugace apparizione nella citata bozza di Comunicazione, il tema PPP scompare dal testo finale della Comunicazione interpretativa pubblicata un anno dopo, il 29 aprile 2000, con questa esplicita motivazione

(Introduzione: punto 5)

«Nella versione provvisoria della comunicazione interpretativa, la Commissione aveva manifestato l'intenzione di trattare anche le altre forme di cooperazione usate per ricorrere al finanziamento e alle competenze privati. La Commissione, confortata dai contributi pervenuti, favorevoli a un tale approccio, ha rinunciato a 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, quali si evincono dalle risposte ricevute al progetto di comunicazione interpretativa, impongono un'approfondita riflessione sulle caratteristiche comuni di questi

fenomeni. Il dibattito su questa questione, avviato dalla pubblicazione del progetto di comunicazione interpretativa, deve dunque proseguire».

In realtà, pubblicata la Comunicazione sulle concessioni, il dibattito sul PPP è proseguito in forma organica soltanto 4 anni dopo, con il lancio, il 30 aprile 2004, del Libro Verde relativo ai *Partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* [COM(2004) 327 definitivo].

Da notare che, nell'arco di tempo di 4 anni esatti tra la Comunicazione interpretativa sulle concessioni e la pubblicazione del Libro Verde, si sviluppano l'elaborazione e l'approvazione delle nuove direttive (la D.17/2004/CE e la D.18/2004/CE, appunto, del 31 marzo 2004): nell'ambito dell'ampia discussione che ne ha accompagnato il lungo iter, il tema del partenariato è emerso, ma si è concentrato quasi esclusivamente sull'istituto del dialogo competitivo e di altri 2 nuovi istituti – accordi quadro e centrali di committenza – per due ragioni essenziali.

Da un lato, il forte interesse ad introdurre nel diritto UE i nuovi istituti adatti agli interventi complessi. Dall'altro lato, la dichiarata volontà di approfondire il tema del PPP con un apposito, ampio percorso partecipativo.

Così, incassata l'approvazione dei nuovi istituti e soprattutto del dialogo competitivo che neutralizzava la pericolosa autosottrazione del PFI inglese alle regole comunitarie, la Commissione UE – le date sono importanti da notare! – un mese dopo l'approvazione delle direttive appalti, pubblica il Libro Verde ed avvia un vasto dibattito che proseguirà poi, anche se in modo alterno, fino al 2008, incanalandosi nel percorso di definizione dell'ultima delle Comunicazioni sul partenariato, quella sul PPP istituzionalizzato.

Va, peraltro, ricordato che il dibattito del Libro Verde risulta fin dall'origine orientato dalla fondamentale Decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004 – Decisione Eurostat n.18/2004 – che rappresenta la pietra miliare per i criteri contabili, dai rilevanti effetti pure di merito finanziario delle varie forme di partenariato.

Infine, bisogna anche notare che lo stesso Parlamento europeo, con una Risoluzione del 26 ottobre 2006 [2006/2043 (INI)] si inserisce autorevolmente nel dibattito, contribuendo a rafforzare gli indirizzi politici definitivi della Commissione nella materia, con queste indicazioni:

«ritiene prematura una valutazione degli effetti delle direttive sugli appalti pubblici e pertanto si dichiara contrario alla creazione di un regime giuridico specifico per i PPP, ma ritiene necessaria un’iniziativa legislativa nel settore delle concessioni che rispetti i principi del mercato interno e i valori soglia e prevede regole semplici per le procedure di appalto nonché un chiarimento nell’ambito dei partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)».

## **II. La Comunicazione interpretativa sul PPP**

A rileggere oggi la Comunicazione a distanza di ormai 4 anni dalla sua pubblicazione (15-11-2005), si resta assai perplessi per il suo esclusivo carattere programmatico e per l’assenza di concrete indicazioni normative.

Vediamo di capire meglio le ragioni di tale perplessità, entrando più a fondo nel merito.

Nell’Introduzione, la Commissione dichiara che

«La presente comunicazione illustra le opzioni politiche che si presentano a seguito della consultazione, al fine di assicurare una effettiva concorrenza nel settore dei PPP senza limitare indebitamente la flessibilità necessaria per realizzare progetti innovativi e spesso complessi. Indicando le sue preferenze politiche in questa fase, la Commissione onora l’impegno a rendere pubblicamente conto del modo in cui esercita il suo diritto d’iniziativa, in linea con il principio fondamentale di trasparenza di cui alla comunicazione “Una migliore regolamentazione per la crescita e l’occupazione nell’Unione europea”».

La conclusione è assai “diplomatica”, per non dire generica:

«La consultazione, pur avendo consentito di raccogliere informazioni concrete su esperienze pratiche di PPP e di sapere quali sono le opzioni politiche preferite dai soggetti interessati, non può sostituirsi ad un’analisi approfondita degli effetti di tali politiche. Di conseguenza, la decisione definitiva su eventuali iniziative legislative dirette a chiarire, completare o migliorare il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni

sarà oggetto della valutazione d'impatto richiesta dai principi di cui alla comunicazione "Una migliore interpretazione"».

Nel merito del PPP, la Comunicazione chiarisce - punto 2.3.1-

In quanto rientrano nell'ambito di applicazione del trattato CE, tutte le forme di PPP sono qualificabili come appalti pubblici o concessioni. Tuttavia, poiché all'aggiudicazione degli appalti pubblici e delle concessioni si applicano regole diverse, nel diritto comunitario non esiste una procedura di aggiudicazione uniforme specificamente pensata per i PPP»

e conclude in aderenza a quanto emerge dalla consultazione del Libro Verde

«La consultazione ha rivelato che i soggetti interessati sono sostanzialmente contrari ad un nuovo regime riguardante tutti i PPP contrattuali, siano essi qualificati come appalti pubblici o come concessioni. Di conseguenza, la Commissione non intende sottoporli a procedure di aggiudicazione identiche».

Prosegue poi la Commissione UE, dichiarando al punto 2.3.2 che non vi sarà nessuna iniziativa comunitaria su altri aspetti specifici dei PPP

“Per quanto riguarda i PPP costituiti su iniziativa del settore privato (domanda 9 del Libro verde), dalle risposte non risulta che attualmente ci sia alcuna esigenza di adottare provvedimenti a livello CE per stimolare tali forme di associazione.

Si è parimenti rilevata la mancanza di interesse per iniziative comunitarie che chiariscano il quadro contrattuale dei PPP a livello comunitario (domanda 14 del Libro verde) o che chiariscano o adattino le norme sui subappalti (domanda 17 del Libro verde)».

Al contrario, è confermata la volontà politica di proseguire nel dibattito sul PPP. Dello stesso tenore esclusivamente programmatico e dal forte taglio “diplomatico” anche la parte relativa alle concessioni, con l’annuncio di una direttiva “light” che ancora attendiamo, come quella sul PPPI, che però ha visto quanto promesso e, cioè, una Comunicazione che più avanti commenteremo.

In via conclusiva, a livello comunitario, il tanto conclamato fenomeno del PPP non presenta una propria base normativa e pare più facile definirlo in negativo: infatti, il PPP

- 1) non è un'istituto giuridico distinto dall'appalto e dalla concessione e,
- 2) come tale, non è autonomamente disciplinato a livello normativo,
- 3) mentre i contenuti del PPP (appalto e concessione) trovano indicazione nelle due citate Comunicazioni interpretative della Commissione europea essenzialmente basate sugli indirizzi giurisprudenziali della Corte di giustizia.

Una conclusione francamente un po' deludente che non supera completamente neppure l'obiezione di confusione che sul PPP è stata sollevata da alcuni Stati: allo stesso tempo però occorre riconoscerne l'efficacia, dal punto di vista della Commissione europea, che è riuscita nell'intento (non facile) di imbrigliare il PPP all'interno della disciplina del diritto comunitario, governando al meglio una tendenza, apertamente manifestata soprattutto dal mondo anglosassone, all'elusione delle regole comunitarie tramite il PPP contrattuale, fenomeno che oggi è presente nella totalità dei mercati nazionali dell'Unione, con percentuali stimabili che oscillano, a seconda dei paesi, dal 5 al 20% circa della spesa totale in opere.

### **III. Il PPP istituzionalizzato, ovvero le società miste**

Ultima nata della serie delle Comunicazioni interpretative sul PPP, la Comunicazione sui partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) è pubblicata soltanto il 12 aprile 2008, dopo una gestazione lunga e travagliata. Per la verità, questa Comunicazione contiene rispetto a quella sul PPP indicazioni procedurali e di merito più corpose e precise, pur riconfermando – e non potrebbe essere altrimenti – che la Comunicazione “non introduce alcuna nuova normativa” ma solo criteri interpretativi dei Trattati, delle direttive e della giurisprudenza della Corte e che “a livello comunitario non esiste una normativa specifica sulla costituzione dei PPPI” ma trovano applicazione i principi del

Trattato (artt. 43 e 49) e, più precisamente, “non soltanto la non discriminazione e la parità di trattamento ma anche la trasparenza, il mutuo riconoscimento e la proporzionalità”.

Quanto all’ambito oggettivo della Comunicazione, la Commissione europea chiarisce che

«Per partenariato pubblico-privato istituzionalizzato la Commissione intende la cooperazione tra partner pubblici e privati che costituiscono un’entità a capitale misto per l’esecuzione di appalti pubblici o di concessioni. L’apporto privato alle attività PPPI consiste, a parte il conferimento di capitali o altri beni, nella partecipazione attiva all’esecuzione dei compiti assegnati all’entità a capitale misto e/o nella gestione di tale entità. Al contrario, il semplice conferimento di fondi da parte di un investitore privato ad un’impresa pubblica non costituisce un PPPI. Di conseguenza, la presente comunicazione non contempla quest’ultima situazione».

Nel merito del processo di costituzione dei partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, la Comunicazione affronta il tema delle modalità di costituzione (nuova società o società esistente) e della contestuale attribuzione al partner privato dei compiti di esecuzione di lavori e/o servizi, sostenendo il principio della gara unica.

«Al riguardo, la Commissione ritiene che una doppia procedura (la prima per la selezione del partner privato del PPPI e la seconda per l’aggiudicazione dell’appalto pubblico o della concessione all’entità a capitale misto) sia difficilmente praticabile.

Per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura si può procedere nel modo seguente: il partner privato è selezionato nell’ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l’appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all’entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all’esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell’entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall’aggiudicazione dell’appalto pubblico o della concessione all’entità a capitale misto».

Altro aspetto rilevante è quello della selezione dei partner privati, che può avvenire anche mediante la procedura del dialogo competitivo, nonché della possibile variazione dei contenuti della prestazione

«A parere della Commissione, il principio di trasparenza impone di indicare chiaramente nella documentazione di gara le possibilità di rinnovo o di modifica dell'appalto pubblico o della concessione aggiudicati all'entità a capitale misto e di specificare le possibilità di assegnazione di nuovi compiti. La documentazione di gara dovrebbe precisare quantomeno il numero di opzioni e le loro condizioni di applicazione. Le informazioni così fornite devono essere sufficientemente dettagliate da garantire una procedura di gara equa ed efficace».

Quanto, poi, alla fase posteriore alla costituzione di un PPPI, oltre alle note indicazioni desunte dalla giurisprudenza della Corte, la Commissione si dilunga sulle possibili variazioni nel tempo delle prestazioni, affermando che

«i PPPI devono continuare ad operare nel loro ambito di attività iniziale e non possono, in linea di principio, ottenere nuovi appalti pubblici o nuove concessioni senza una procedura di gara che rispetti il diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni.

Tuttavia, essendo in genere costituito per la prestazione di un servizio nell'arco di un periodo di tempo abbastanza lungo, il PPPI deve essere in grado di adattarsi ad alcune variazioni intervenute nel contesto economico, giuridico o tecnico. Le disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni non impediscono di tener conto di queste variazioni, purché siano rispettati il principio di parità di trattamento e il principio di trasparenza. Di conseguenza, qualora l'autorità aggiudicatrice desideri, per ragioni precise, avere la possibilità di modificare determinate condizioni dell'appalto dopo la scelta dell'aggiudicatario, dovrà prevedere espressamente tale possibilità di adeguamento, così come le sue modalità di applicazione, nel bando di gara o nel capitolato d'onori e delimitare l'ambito all'interno del quale la procedura deve svolgersi, cosicché tutte le imprese interessate a partecipare all'appalto ne siano a conoscenza fin dall'inizio e si trovino pertanto su un piede di parità nel momento della formulazione dell'offerta.

Qualsiasi modifica delle condizioni essenziali dell'appalto non prevista nel capitolato d'onori impone di ricorrere a una nuova procedura di gara».



#### **IV. La disciplina del PPP negli Stati membri**

Nel periodo di gestazione delle Comunicazioni interpretative della Commissione europea sul PPP contrattuale (compreso grosso modo tra il 2000 ed il 2008) quasi tutti gli Stati membri hanno formalizzato disposizioni legislative sul PPP e la concessione (sia a pagamento reale che virtuale e sia con pagamento a carico di terzi che della P.A. concedente).

Può dunque dirsi che il fenomeno del PPP contrattuale è molto alla moda in Europa, e la crisi, pur creando ritardi in vari mercati nella conclusione dei montaggi finanziari in ragione delle note difficoltà del sistema bancario, non pare avere avuto un impatto negativo sulla formula in sé. Anzi, molti Governi hanno creato, negli ultimi anni, delle strutture ad hoc di supporto: da ultimo, la Germania ha costituito una società pubblica aperta ai privati con il compito di definire con tutti gli attori interessati (federali e statali) dei contratti tipo, con l'obiettivo del Governo federale di giungere entro il 2010 almeno al 15% del totale degli interventi realizzati in PPP. Lo stesso dicasi per l'Olanda, il Regno Unito, l'Austria ed i paesi nordici.

Le legislazioni dei vari paesi, pur relativamente differenziate, presentano un elemento abbastanza omogeneo: salvo il mondo anglosassone, tutte prevedono in prima istanza il ricorso alla procedura del dialogo competitivo.

Nell'impossibilità, in questa sede, di un'analisi di tutte le diverse legislazioni, ci si limiterà ad alcune indicazioni su discipline che sono rappresentative dei vari sistemi paese sottostanti.

**1) Regno Unito:** è il paese che ha generato tutte le maggiori novità contrattuali dell'ultimo quarto di secolo che hanno contagiato l'Europa, con un approccio estremamente pragmatico fondato sulla ottimizzazione delle formule contrattuali e l'equilibrata ripartizione dei rischi tra parte pubblica e privata.

Dal principio del *best value for money* nasce l'idea (all'inizio degli anni '90) della prima forma di partenariato, il PFI – *Private Finance Initiative* – che attribuisce al privato l'onere del progetto, del prefinanziamento della costruzione e della gestione nel lungo termine dell'opera con rimborso della P.A. in annualità (normalmente su 10 anni).

Da questo primo nucleo di semplici *instructions* contenute in apposite *Guide lines*, si sviluppano le forme recenti del c.d. *collaborative procurement* (sorta di appalto integrato con vari stadi di confronto collaborativo pre e post contrattuale tra impresa aggiudicataria e P.A. committente) fino ai c.d. *partenariati strutturali* fondati su programmi di lungo periodo in cui tramite selezione ab origine di un certo numero di imprese (da 9 a 12), queste vengono messe in gara negli anni per affidamenti di accordi-quadro basati sul principio sopra indicato del *collaborative procurement*.

Con queste modalità sono attualmente in attuazione gli interventi delle Olimpiadi 2012 di Londra e dei piani nazionali scolastici ed ospedalieri, vale a dire i maggiori interventi edilizi ed infrastrutturali degli ultimi 10 anni.

**2) Germania:** con un sistema paese basato essenzialmente sull'aspetto ingegneristico e non giuridico-formale della disciplina delle opere pubbliche, la Germania ha fatto una vistosa eccezione nel caso del PPP. Partita con una idiosincrasia totale verso ogni tipo di formula non tradizionale di appalto e con una disciplina normativa minimale, ha prodotto un'intensa attività legislativa per le opere strategiche – 3 leggi federali di accelerazione e semplificazione in 15 anni! – ed ha recepito le direttive 17 e 18 prevedendo l'introduzione nell'ordinamento legislativo federale del dialogo competitivo mediante la legge sul Partenariato pubblico-privato – legge 7 settembre 2005 – con relativa modifica della legge quadro sulle aggiudicazioni – detta VOB/A.

Alla legge federale sul PPP hanno fatto seguito le leggi dei vari Länder, con il risultato che al momento, oltre a quella federale, sono vigenti in Germania ben 14 leggi su questo oggetto.

Negli ultimi anni la percentuale di interventi PPP sta crescendo rapidamente – attualmente copre circa il 6% degli interventi federali – soprattutto ad opera dei Länder, che hanno sviluppato una forte applicazione della formula con i c.d. *Einsparcontracting*, cioè gli accordi di riduzione del consumo energetico mediante rinnovo degli impianti ripagati dal risparmio di bolletta.

**3) Francia:** la Francia ha imboccato con il PPP una strada particolare, fortemente caratterizzata: ha, infatti, introdotto un terzo genere contrattuale (oltre all'appalto – *marché* – ed alla concessione – *délégation* –), appunto il partenariato pubblico-privato, così definito nell'art. 1, c 1 e 2 dell'*Ordonnance n° 2004/552 del 17 giugno 2004 istitutiva del PPP*.

«Il contratto di partenariato è un contratto amministrativo in base al quale lo Stato od un Ente pubblico conferisce a terzi, per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, una missione globale avente per oggetto il finanziamento, la costruzione o la trasformazione, la manutenzione, la gestione operativa e/o lo sfruttamento economico dell'opera, degli impianti e dei beni immateriali connessi al servizio pubblico. Può pure avere per oggetto la progettazione (totalmente e in parte) delle opere e/o dei servizi connessi: la direzione delle opere compete alla parte privata.

(...)

La remunerazione è oggetto di un pagamento dell'Ente pubblico durante l'intera durata del contratto ed è legata ad obiettivi di performance predefinite.

Il contratto di partenariato può prevedere il mandato dell'Ente alla parte privata per incassare (a nome e per conto dell'Ente) i pagamenti degli utilizzatori finali delle prestazioni».

Nel sito del Ministero dell'Economia, il contratto di partenariato è sintetizzato così:

... «consente di affidare ad una impresa la missione globale di finanziare, progettare – tutto o in parte –, costruire, mantenere e gestire l'opera in un contesto di lunga durata e per un pagamento effettuato dall'ente pubblico e scaglionato nel tempo. Può in tal modo ottimizzare le performances del settore pubblico e privato, consentendo di realizzare nel miglior tempo possibile opere urgenti e complesse come ospedali, scuole, sistemi infrastrutturali e informatici».

Aggiunge la nota di presentazione del Ministero che tale tipo contrattuale consente vari vantaggi: accelerazione, per via del prefinanziamento; innovazione, per via della progettazione privata; valutazione del costo globale dell'intervento (opere+servizi); garanzia di performance dei servizi resi nel tempo ecc.

Da notare, infine, che tale contratto di partenariato deve essere aggiudicato mediante dialogo competitivo e con valutazione del costo globale dell'intervento riferito all'intero ciclo di vita dell'opera.

Come dimostra l'impostazione del legislatore transalpino, basata sulla logica funzionale dei contratti, il PPP copre quello spazio tra appalto e concessione in cui si collocano funzioni tipiche sia dell'appalto che della concessione, senza coincidere né con l'uno né con l'altra: infatti, il PPP "alla francese" ha, in più rispetto all'appalto comunitario, la lunga durata, il prefinanziamento e il pagamento differito negli anni legato a performances di servizio nel tempo nonché la valutazione economica in termini di costo globale dell'opera.

Al contrario, il PPP francese ha, in meno rispetto alla concessione, il finanziamento privato ed il rischio di domanda.

Di fatto, il PPP francese è un contratto che presenta una tipologia di rischio per la parte privata decisamente più ampia dell'appalto (1. rischio finanziario, legato al prefinanziamento e alla remunerazione negli anni anche connessa alle performances di servizio nel tempo e 2. rischio di costo globale, nel senso che al costo contrattuale sono legati ab initio il costo realizzativo ed il costo manutentivo e gestionale di lungo periodo), anche se minore della concessione (che ha, in più del PPP, il rischio di domanda).

## **V. La disciplina del PPPI negli Stati membri**

### Premessa

Così come la disciplina del PPP è divenuta sempre più organica e propagandata in tutti gli Stati, quella del PPPI, al contrario, continua ad essere

carente ed anche confusa in molti Stati membri, dispersa come è in molteplici disposizioni sull'attività degli enti pubblici, soprattutto locali.

La materia pare cioè ricadere sul piano normativo in una zona d'ombra pressoché generalizzata, tanto che la semplice Comunicazione interpretativa della Commissione europea rappresenta un contributo di forte chiarezza per tutti.

L'aspetto paradossale di questa situazione è dovuto al fatto che in tutta Europa il fenomeno delle società miste è diffusissimo (dell'ordine cioè di svariate migliaia di società pubbliche e/o miste) e, pur in assenza di dati ufficiali europei, indicato in crescita, interessando settori decisivi dell'economia di tutti i paesi.

Questa situazione si spiega sul piano storico con la pressoché generale gestione diretta dei servizi pubblici locali e non ovvero in attribuzione diretta di concessioni a soggetti pubblici, ereditata dall'800, e perdurata, in una logica di monopolio (locale e nazionale), fino alla costituzione della Comunità europea che, come noto, con i Trattati afferma principi antitetici, quali la concorrenza, la libertà di prestazione e la gestione secondo principi di efficienza anche nell'ambito dei servizi pubblici.

Nell'ultimo decennio si è assistito ad una progressiva modificazione di indirizzi negli Stati membri con l'affermarsi di vasti processi di privatizzazione (separazione contabile, costituzione in forma di azienda speciale e/o di società di capitali) e di messa in concorrenza formale sia delle concessioni che della costituzione di società miste.

Nella impossibilità in questa sede di dar conto in modo dettagliato delle discipline dei vari paesi UE, ci si limiterà ad indicare alcune tendenze di fondo presenti nei principali mercati dell'Unione. Così, ad esempio, l'apertura maggiore all'attribuzione a privati con gara comunitaria delle varie prestazioni ovvero alla costituzione di società con scelta concorrenziale del socio privato, la troviamo abbastanza accentuata nel mondo anglosassone, cui fa da contrappeso una tradizionale, forte resistenza ad affidamenti con gara a privati in concessione e/o mediante società miste in Germania ed Austria, dove

prevalgono le logiche della gestione pubblica diretta, con difficoltà a passare da affidamenti a privati di carattere fiduciario a scelte fondate sulla gara.

In posizione intermedia Francia, Spagna, Portogallo e molti paesi dell'est di nuovo ingresso, dove, pur con significative differenze tra loro, permangono restrizioni alla logica della piena messa in concorrenza delle prestazioni: così, ad esempio, la Francia è il paese che forse più di tutti ha fatto ricorso da sempre alla *gestion délégué* dei servizi pubblici, soprattutto locali, in forma di affidamenti in concessioni mediante la procedura del *gré à gré*, cioè della trattativa privata senza pubblicità ed a chiamata diretta od al massimo, con pubblicità mirata.

Allo stesso modo, la Spagna ha modificato la propria legislazione sulle società pubbliche e miste solo con il recepimento delle D. 17 e 18 nel 2007, inserendo tra gli enti aggiudicatori anche gli organismi di diritto pubblico e piegandosi alla logica della gara a seguito di numerosi ricorsi della Commissione UE e di puntuali condanne della Corte.

Infine, la Germania ha anch'essa inserito, ma solo con il recepimento delle D. 17 e 18, la norma circa l'obbligatoria messa in gara delle prestazioni riconducibili ad appalti e/o concessioni attribuite tra enti pubblici: e ciò solo dopo varie condanne della Corte.

Da questi esempi si evince che l'analisi della giurisprudenza della Corte costituisce il modo migliore per comprendere l'evoluzione delle regole in materia di affidamenti c.d. *in house*, cui è dedicato il capitolo seguente.

## **VI. Il PPPI alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia**

La storica vicinanza al potere politico delle società pubbliche e/o miste (che spesso le ha considerate una propria *longa manus* sottratta perciò stesso ai principi di concorrenzialità e di trasparenza), ha prima determinato una forte resistenza alle regole UE, per poi avviare, anche a seguito delle tante condanne della Corte di giustizia, un processo di privatizzazione e di progressiva applicazione dei principi di concorrenza di scala comunitaria.

Si tratta di un processo di lento adeguamento ai principi dei Trattati ancora in corso, operato dalla Corte con una ricca giurisprudenza che ha visto sull'*in house* alcune fasi significative.

Infatti, nell'ambito della giurisprudenza della Corte è possibile distinguere, per una migliore comprensione, due principali fasi: la prima, che chiamerei *costituente*, con fissazione dei principi essenziali e la seconda, attualmente in atto, che chiamerei *interpretativa* di tali principi.

Dando ormai per acquisiti i principi essenziali dell'*in house* che costituiscono la giurisprudenza della Corte, si elencano le sentenze fondamentali – pur senza presunzione di completezza – che paiono riconducibili alla prima fase: Teckal (C-107/98), Teleaustria e Telefonaddress (C-321/98), Adolf Truley (C-373/00), University of Cambridge (C-380/98), Commissione/Spagna (C-84/03), Parking Brixen (C-458/03), Stadt Halle (C-26/03), Asemfo (C-295/05), ANAV (C-410/04), Carbotermo (C-340/04) e CONAME (C-231/09).

Questa vasta elaborazione giurisprudenziale (che si sviluppa essenzialmente nell'arco di circa un decennio, tra il 1998 ed il 2008) ha condotto la Corte ad enucleare principi assai coerenti e rigorosi che hanno però trovato difficoltà applicative ed anche talune critiche in determinati Stati membri.

A partire dal 2008 si ha come l'impressione dell'avviarsi di una nuova fase più riflessiva e cauta, con una giurisprudenza maggiormente dedicata all'interpretazione dei principi enunciati e con più evidente preoccupazione per la loro effettiva applicazione concreta.

Pare questa la lettura più corretta delle 3 ultime decisioni sul tema: ci si riferisce alla sentenza Coditel Brabant del 13 novembre 2008 (Causa C-324/07), alla sentenza Sea srl del 10 settembre 2009 (Causa C-573/07) ed alla sentenza Acoset spa del 15 ottobre 2009( Causa C-196/08).

Con la prima, la Corte chiarisce come il controllo analogo possa essere esercitato congiuntamente da più enti pubblici «deliberando, eventualmente, a maggioranza», dato che è necessario che «il controllo sia effettivo, pur non risultando indispensabile che sia individuale».

Inoltre, per valutare se vi è esercizio del controllo analogo, la Corte sviluppa l'analisi su quelle che ritiene le «circostanze pertinenti» e cioè, oltre al capitale totalmente in mano pubblica, alla composizione degli organi decisionali ed alla portata dei poteri riconosciuti al Consiglio di amministrazione, aspetti su cui si dilungherà anche la recente sentenza Sea srl.

Originata da una questione pregiudiziale del TAR Lombardia, la sentenza Sea srl contro Comune di Ponte Nossola del 10 settembre 2009 – Causa C-573/07 – riafferma, interpretando quanto indicato nella sentenza CONAME del 2005, la legittimità dell'affidamento diretto quando l'apertura del capitale della società pubblica ai privati non è né “attuale né immediato” e dunque costituisca solo una possibilità teorica e non «una prospettiva concreta e a breve termine».

Anche se subito dopo la Corte chiarisce:

«Va tuttavia precisato che, nell'ipotesi in cui un appalto fosse stato attribuito senza indizione di una gara ad una società a capitale pubblico alle condizioni stabilite nel punto 51 della presente sentenza, il fatto che, successivamente, ma sempre durante il periodo di validità di tale appalto, gli azionisti privati siano ammessi a partecipare al capitale di detta società costituirebbe un cambiamento di una condizione fondamentale dell'appalto che necessiterebbe di un'indizione di gara».

Analogamente, la Corte specifica che:

(punto 55) «La giurisprudenza non impone che il controllo esercitato in un siffatto caso sulla società aggiudicataria sia individuale (v., in tal senso già la sentenza del 2008 Coditel Brabant, punto 46)» potendo esplicitamente esplicitarsi in forma collettiva”.



La sentenza si palesa illuminante anche con riferimento agli aspetti specifici capaci di

«determinare se strutture decisionali come quelle previste dallo statuto siano atte a consentire ai Comuni azionisti di esercitare effettivamente sulle società che detengono un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi».

Nelle sentenze Carbotermo e Consorzio Alisei, punto 36, nonché Coditel Brabant, punto 28, la Corte affermava che

«Per valutare se l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla società aggiudicataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da questo esame deve risultare che la società aggiudicataria è soggetta a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità d'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società».

Nella recente sentenza Sea srl, la Corte approfondisce tali aspetti, chiarendo che

«Fra le circostanze pertinenti va considerata anzitutto la legislazione applicabile, in secondo luogo la questione se la società di cui trattasi abbia una vocazione commerciale e, infine, i meccanismi di controllo previsti dallo statuto».

Quanto ai due ultimi aspetti, la Corte sottolinea che

«Per quanto concerne la questione se la società di cui trattasi abbia una vocazione commerciale che rende precario il controllo di enti che ne sono gli azionisti, occorre esaminare la portata geografica e materiale delle attività di tale società nonché la possibilità per quest'ultima d'instaurare relazioni con imprese private.

L'art. 3 dello statuto prevede che la società gestisca i servizi pubblici locali riguardanti esclusivamente gli enti pubblici locali che affidano detti servizi.

Inoltre, l'art. 8 bis, secondo comma, di tale statuto enuncia che la società gestisca i servizi in via esclusiva a favore dei soci affidanti e nell'ambito dei territori di competenza di questi ultimi.

Disposizioni siffatte, da un lato indicano che l'ambito geografico delle attività della società aggiudicataria di cui trattasi nella causa principale non si estende oltre il territorio dei Comuni che ne sono gli azionisti e, dall'altro, che questa società mira a gestire i servizi pubblici soltanto riguardo a tali Comuni.

Tuttavia, l'art. 3, terzo comma, di detto statuto prevede che la società possa svolgere servizi anche a favore di soggetti privati quando ciò non contrasti con gli obiettivi sociali ovvero sia funzionale al miglior conseguimento degli stessi».

La Corte conclude affermando su quest'ultimo punto che

«Si deve considerare che, anche se il potere riconosciuto alla società aggiudicataria di fornire servizi ad operatori economici privati è meramente accessorio alla sua attività principale, l'esistenza di tale potere non impedisce che l'obiettivo principale di detta società rimanga la gestione di servizi pubblici. Pertanto, l'esistenza di un potere siffatto non è sufficiente per ritenere che detta società abbia una vocazione commerciale che rende precario il controllo di enti che la detengono».

Infine, per quanto concerne i meccanismi di controllo stabiliti dallo statuto, la Corte rileva la necessità di una volontà precisa di esercizio del controllo, osservando che

«risulta che i soci hanno inteso sovrapporre all'assemblea generale e al consiglio di amministrazione, quali previsti dal diritto societario italiano, strutture decisionali non esplicitamente prescritte da tale diritto, dirette a garantire sulla società un controllo analogo a quello che essi esercitano sui propri servizi. Si tratta, in particolare, di assicurare un controllo rafforzato, da un lato, tramite il Comitato unitario e, dall'altro, tramite un Comitato tecnico per ogni divisione responsabile delle diverse attività».

Nella recentissima sentenza Acoset spa/Conferenza Sindaci, la Corte, dopo aver proceduto alla identificazione sostanziale tra servizi pubblici locali ed appalti o concessioni di servizio disciplinate dalle direttive 17 e 18, afferma 1) il principio della gara unica per la scelta del socio privato e per l'affidamento delle prestazioni allo stesso attribuite nonché 2) la compatibilità dell'affidamento diretto alla società mista della concessione del servizio pubblico- nella fattispecie, servizio idrico integrato- qualora il socio privato sia scelto con gara.

Su questi presupposti, la Corte dichiara in via conclusiva: "Gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico.....ad una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente a tal fine e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il soggetto privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta....., a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato CE per le concessioni."

## **VII. Conclusioni**

In via conclusiva, non si possono non evidenziare alcuni aspetti paradossali.

Il primo è rappresentato dal fatto che un fenomeno capillarmente diffuso nell'intera Europa come il PPPI non trova un'organica precisa normazione secondaria a livello comunitario oltre alle D. 17 e 18 su appalti e concessioni, ma solo una semplice indicazione di indirizzo operativo quale è la Comunicazione interpretativa nonché discipline incomplete, frammentarie o disorganiche a livello della quasi totalità degli Stati membri.

La differenza con il fenomeno del PPP è rimarchevole, in quanto, oltre ad essere retto organicamente dalla disciplina sugli appalti pubblici e le concessioni e pur vedendo anch'esso a livello comunitario semplici Comunicazioni interpretative, trova una vastissima ed organica disciplina legislativa a livello degli Stati membri.

Per contro, la giurisprudenza della Corte di Giustizia risulta ancora relativamente scarsa quanto al PPP contrattuale ma molto vasta ed articolata sul PPPI, al punto da far concludere che legittimamente possa considerarsi la Corte il vero "regolatore" comunitario del fenomeno, complesso e vastissimo, delle società pubbliche e miste in Europa.

Un legislatore anomalo e, come più volte denunciato dal Forum Europeo dell'impresa generale, intrinsecamente insufficiente a garantire una disciplina adeguata all'effettiva apertura dei servizi pubblici alla concorrenza comunitaria, unico rimedio per superare evidenti carenze di efficienza e trasparenza in numerosi, decisivi settori economici e sociali.