

ACCORDO DI COOPERAZIONE TRA AMMINISTRAZIONI PER LA GESTIONE DI UN SERVIZIO PUBBLICO (TERMOVALORIZZAZIONE DEI RIFIUTI): NON SI APPLICANO LE DIRETTIVE SUGLI APPALTI PUBBLICI

Nota del dott. M. Cozzio

[estratto da *Informator*, 3, 2009]



CORTE GIUSTIZIA, 9 giugno 2009, C-480/06, Grande Sez., pres. V. Skouris, Avv. gen. J. Mazak

La Corte di giustizia respinge il ricorso promosso dalla Commissione europea contro la Repubblica federale di Germania a seguito del reclamo sollevato da un cittadino che riteneva di versare canoni troppo elevati per lo smaltimento dei rifiuti. La sentenza stabilisce che la scelta di quattro *Landkreise* tedeschi (circoscrizioni amministrative) di stipulare un appalto di servizi per lo smaltimento dei rifiuti con la città di Amburgo senza applicare le procedure di gara previste dalla direttiva 92/50/CE (oggi trasposta nella direttiva 2004/18/CE) è compatibile con l'ordinamento comunitario.

I giudici di Lussemburgo non confermano le conclusioni presentate dall'Avv. generale Jan Mazak¹, e dichiarano che le modalità con le quali è stato instaurato il rapporto contrattuale tra le amministrazioni tedesche non pregiudica l'obiettivo delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, vale a dire *“la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri”*, poiché: (a) *“è retto unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico”* e (b) non viola il principio della parità di trattamento degli interessati, dal momento che *“nessun impresa privata viene posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti”*.

Secondo la Corte, che accoglie la tesi difensiva proposta dallo Stato tedesco, il rapporto contrattuale attivato tra le amministrazioni configura un *“accordo di cooperazione regionale”* finalizzato alla gestione in comune del servizio di smaltimento rifiuti. *“Detto rapporto”*, precisano i giudici, *“non*

¹ Nelle proprie Conclusioni del 19 febbraio 2009 l'avv. generale J. Mazack suggeriva alla Corte di dichiarare che la Repubblica Federale di Germania è venuta meno agli obblighi stabiliti dalla direttiva 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, avendo i *Landkreise Harburg, Rotenburg (Wümme), Soltau-Fallingb. e Stade* stipulato un contratto relativo allo smaltimento dei rifiuti direttamente con i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, senza seguire le procedure previste a livello comunitario (v. pt. 64).

prevede né pregiudica l'aggiudicazione degli appalti eventualmente necessari" al perseguimento degli obiettivi concordati (pt. 44).

La sentenza interviene su uno degli argomenti (le modalità di gestione del servizio di smaltimento rifiuti) causa di maggiori violazioni al diritto comunitario e offre importanti precisazioni sulle modalità con le quali attivare forme di cooperazione fra le amministrazioni pubbliche (cd. partenariato pubblico - pubblico) per lo svolgimento di servizi di interesse generale.

Natura del rapporto di cooperazione stipulato dalle amministrazioni tedesche

La decisione della Corte si fonda sulla corretta qualificazione del rapporto contrattuale sottoscritto fra la città di Amburgo e quattro circoscrizioni amministrative limitrofe.

I giudici basano il proprio ragionamento sul contenuto e sugli obiettivi del contratto che, viene detto, fuoriescono dalle prestazioni tipiche di un appalto di servizi e configurano, piuttosto, *“una cooperazione tra enti locali finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune”* (pt. 37). Più precisamente, l'accordo risponde allo scopo di *“consentire alla città di Amburgo di costruire e di far gestire un impianto di trattamento di rifiuti alle condizioni più economiche”* (pt. 38) utilizzando i rifiuti messi a disposizione dalle circoscrizioni limitrofe. Tali apporti, infatti, garantiscono un flusso minimo costante di rifiuti da trattare e sono necessari per far funzionare il termovalorizzatore con modalità economicamente sostenibili.

“Per questo motivo”, aggiungono i giudici *“la costruzione dell'impianto di termovalorizzazione è stata decisa e realizzata soltanto dopo l'accordo dei quattro Landkreise interessati ad utilizzare la centrale”*.

‘A valle’ di questo accordo generale, sono definite nell'ambito dello stesso contratto una serie di condizioni, impegni e obbligazioni reciproche. In particolare, la città di Amburgo: (i) mette a disposizione dei *Landkreise* una capacità di trattamento di 120mila tonnellate di rifiuti all'anno ai fini della termovalorizzazione; (ii) non è responsabile per il funzionamento dell'impianto, salvo la messa a disposizione di soluzioni alternative in caso di malfunzionamento; (iii) si impegna a difendere gli interessi dei *Landkreise* nei confronti del gestore dell'impianto, anche mediante ricorso giurisdizionale. A loro volta i quattro *Landkreise* limitrofi: (i) forniscono settimanalmente ai gestori dell'impianto una quota predeterminata di rifiuti; (ii) versano alla città di Amburgo un compenso annuo calcolato sulla base di modalità concordate quale corrispettivo per lo smaltimento dei rifiuti; (iii)

mettono a disposizione le capacità ricettive delle proprie discariche a favore di Amburgo e accettano di smaltire in dette discariche determinati quantitativi di scorie derivanti dall'incenerimento (in proporzione alla quantità di rifiuti consegnati).

Gli elementi così indicati inducono la Corte a qualificare il rapporto come “fondamento” e “quadro giuridico di riferimento” “per la costruzione e la gestione di un impianto destinato all'espletamento di un servizio pubblico, ossia la termovalorizzazione dei rifiuti”, senza che da ciò derivi pregiudizio alla predisposizione degli appalti necessari per la costruzione e la gestione dell'impianto. Si tratta, in altri termini, di una convenzione sottoscritta soltanto tra amministrazioni pubbliche con la quale si concordano rapporti finanziari e reciproci obblighi e garanzie.

Sul riparto di competenze fra Stati membri e Unione europea

Nella sentenza in esame i giudici comunitari richiamano il tema della ripartizione delle competenze fra Stati e Unione europea con riferimento all'organizzazione delle pubbliche amministrazioni per la gestione di servizi pubblici², tema che ha sempre rappresentato, nella tradizione dei Paesi europei, una prerogativa primaria degli Stati, costituendo un settore (economico) spesso protetto dalle logiche del mercato e da ogni effettiva dinamica concorrenziale.

I giudici della Corte di giustizia ribadiscono che “il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico” (pt. 47). Il Trattato, infatti, non colloca il funzionamento di questi servizi fra gli obiettivi comunitari e non assegna alla Comunità specifici poteri. Spetta quindi alle autorità nazionali competenti definire secondo procedure trasparenti non solo quali debbano essere considerati servizi pubblici, ma anche stabilire le modalità di organizzazione, finanziamento e controllo³.

² Sul tema v. anche BENACCHIO G. A. - COZZIO M. (a cura di), *Appalti pubblici e concorrenza: al difficile ricerca di un equilibrio*, Atti dei seminari presso la Facoltà di giurisprudenza di Trento, maggio - giugno 2007, Collana del Dipartimento di Scienze giuridiche, Quaderno 74, 2008, 8 e ss.

³ La stessa Commissione, nel Libro Verde sui *Servizi di interesse generale* del 21 maggio 2003, precisa che il livello locale o regionale, essendo il più vicino ai cittadini interessati (cd. *principio di prossimità*), è quello che può meglio valutare la natura, le modalità di gestione e la qualità dei servizi da realizzare, tenuto conto anche delle caratteristiche delle popolazioni interessate, e raccomanda alle autorità pubbliche, in sede di definizione delle finalità e degli obblighi di servizio pubblico di considerare “*le nuove esigenze sociali e dei progressi tecnologici, specie quelli derivanti dalla società dell'informazione*”.

La competenza e la discrezionalità degli Stati membri incontrano però dei limiti. In particolare gli Stati: (i) sono comunque tenuti a rispettare le regole del mercato unico⁴, che costituiscono, secondo la giurisprudenza della Corte, norme fondamentali della Comunità e implicano il divieto di frapporre ostacoli al loro esercizio, (ii) sono soggetti a un potere di controllo della Commissione finalizzato a verificare che non vi siano errori manifesti⁵. Ne deriva che “*mentre in teoria continuano ad essere gli Stati a stabilire quali attività rispondano all’interesse generale dei propri cittadini e quali siano le deroghe ai regimi concorrenziali giustificati da tale funzione, di fatto la disciplina comunitaria ha stabilito i limiti di ammissibilità di norme nazionali derogatorie e, così facendo, ha finito per disciplinare interamente alcuni servizi*”⁶.

Ecco allora che le considerazioni svolte dalla Grande sezione della Corte sembrano riequilibrare il rapporto fra Stati e Unione Europea ponendo un freno alla deriva comunitaria della materia⁷.

⁴ Vale a dire le regole comunitarie sulla libera circolazione delle merci e dei lavoratori, sulla libertà di stabilimento, nonché sulla libera circolazione dei servizi e dei capitali, in questi termini CAPUTI G., *Servizi pubblici e monopoli nella giurisprudenza comunitaria*, Milano, 2002, 20 e ss. .

⁵ Nell’esercizio di questa funzione gli obiettivi della Commissione mirano: ad assicurare un funzionamento efficiente dei servizi di interesse generale; a garantire che non vengano qualificati come servizi di interesse economico generale servizi che si collocano di fatto nella sfera concorrenziale e che non perseguono un obiettivo di interesse generale; a garantire che non si verifichino interferenze negative sui mercati aperti alla concorrenza fuori della sfera del servizio pubblico. V. il documento di lavoro della D.G. Concorrenza presso la Commissione europea sui *Servizi di interesse generale e aiuti di Stato*, laddove viene evidenziato che possono insorgere difficoltà se la qualifica di servizi di interesse economico generale, ed i vantaggi che ne derivano, sono attribuiti ad attività che non sono definibili come tali, o perché sono già prestate in maniera soddisfacente da imprese operanti in un contesto di concorrenza, o perché non perseguono l’interesse generale. Simili pratiche, in particolare nei settori economici recentemente liberalizzati, possono comportare effetti negativi al livello delle imprese operanti su mercati concorrenziali non soggetti ad obblighi di servizio pubblico. Le stesse difficoltà possono presentarsi se i vantaggi accordati alle imprese incaricate dei servizi di interesse economico generale (diritti esclusivi o compensazioni finanziarie), vanno al di là di quanto necessario per il funzionamento del servizio pubblico. In una simile ipotesi, esiste il rischio che i vantaggi vengano, interamente o in parte, sviati a beneficio di attività che esulano dal servizio pubblico.

⁶ RADICATI DI BROZOLO L. (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Milano, 2001; ma vedi anche DE FALCO V., *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, 2003.

⁷ Non a caso la Commissione ha precisato, durante l’udienza nella causa C 480/06, che se la cooperazione fra la città di Amburgo e i quattro *Landkreise* si fosse tradotta “*nella creazione di un organismo di diritto pubblico che i vari enti interessati avrebbero incaricato di svolgere la funzione di interesse generale di smaltimento dei rifiuti, essa avrebbe ammesso che l’uso della centrale da parte dei Landkreise interessati esulava dalla normativa sugli appalti pubblici. Essa ritiene, tuttavia, che in mancanza di un siffatto organismo di cooperazione intercomunale, l’appalto di servizi concluso tra i servizi per la*

Sul tema dell'in house e dei motivi di capacità tecnica

La sentenza non approfondisce gli altri argomenti sollevati dallo Stato tedesco a difesa dell'operato delle proprie amministrazioni, vale a dire (i) la configurazione dell'operazione come rapporto *in house* fra amministrazioni per lo svolgimento di funzioni pubbliche, e (ii) la circostanza che i *Landkreise* avrebbero potuto concludere il contratto “*per motivi di natura tecnica*” soltanto con la città di Amburgo, che disponeva di un'area sicura per la costruzione di un impianto di valorizzazione dei rifiuti (circostanza che giustifica forme di negoziazione diretta).

I giudici comunitari non ritengono necessario pronunciarsi e lasciano perciò senza soluzione anche i dubbi e le questioni sollevate dall'avv. generale J. Mazak nelle proprie conclusioni; per le risposte occorrerà attendere altre decisioni della Corte.

nettezza urbana della città di Amburgo e i Landkreise interessati avrebbe dovuto essere oggetto di una gara d'appalto” (pt. 46).