

SINTESI

La tematica degli accordi di cooperazione ha assunto rinnovato interesse a seguito della sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione c. Repubblica federale di Germania* in cui il giudice europeo, per la prima volta, ha riconosciuto la legittimità degli accordi di cooperazione tra pubbliche amministrazioni (cd. contratti di partenariato pubblico-pubblico) seppur in presenza di condizioni stringenti e cumulative.

Nella specie si trattava di un accordo di cooperazione tra enti comunali per la realizzazione e lo svolgimento del servizio pubblico di smaltimento dei rifiuti urbani; accordo sottoscritto direttamente tra pubbliche amministrazioni al di fuori dell'esperimento di una gara ad evidenza pubblica e pertanto potenzialmente idoneo ad eludere la normativa a tutela della concorrenza.

La decisione della Corte di Giustizia è stata subito accolta con favore dalla dottrina e dalle pubbliche amministrazioni (soprattutto dagli enti territoriali minori) in quanto idonea a valorizzare il principio di autonomia istituzionale di cui sono titolari gli Stati membri, spesso recessivo a fronte dei vincoli derivanti dall'applicazione dei principi e delle direttive del legislatore e del giudice comunitario volti al perseguimento delle finalità istitutive europee, in primis la creazione del mercato unico europeo e la tutela del libero gioco della concorrenza. È chiaro infatti che l'ammissibilità, al ricorrere di determinate condizioni, di accordi interamministrativi comporta inevitabilmente un limite ai sopra citati principi europei.

Tanto è stato il rilievo dell'intervento del giudice europeo, che il contratto di partenariato pubblico-pubblico è stato positivizzato all'interno delle nuove direttive Appalti e Concessioni (in particolare, si fa riferimento all'art. 12 della direttiva Appalti nei settori ordinari D. 2014/24/UE; all'art. 28 della direttiva Appalti nei settori speciali D. 2014/25/UE e all'art. 17 della direttiva *Utilities* D. 2014/23/UE) quale alternativa – assieme all'istituto dell'in house semplice e pluripartecipato – alle regole dell'evidenza pubblica.

L'intervento europeo ha tuttavia sin da subito sollevato diverse questioni di ordine interpretativo e applicativo.

In primo luogo, il riconoscimento dell'istituto a livello comunitario ha richiesto l'analisi preliminare degli elementi che lo legittimano al fine di individuare i criteri di discriminazione che permettano di individuare quando un accordo di cooperazione abbia una finalità puramente cooperativa e quando invece nasconda una finalità elusiva della normativa in tema di concorrenza. Tale indagine si è resa particolarmente importante anche per chiarire quale incidenza tali tipi di contratti abbiano – o avranno – sugli strumenti organizzativi negoziali nazionali (il rinvio è all'art. 15 L. 241/90 e all'art. 30 d.lgs. 267/00) che devono essere riletti alla luce del diritto comunitario.

L'intervento comunitario si inserisce in realtà nell'ambito di un dibattito ben più ampio avente ad oggetto l'analisi del rapporto che intercorre tra due diversi principi: tutela della concorrenza europea, da un lato, e potestà organizzativa pubblica, dall'altro, andando a chiarire fino a che punto l'Unione Euro-

pea può tutelare il libero gioco della concorrenza senza nel contempo sacrificare il principio di autonomia organizzativa dei propri Stati membri.

La questione non è di poco conto qualora si consideri che la tutela della concorrenza può giustificare l'intervento dell'Unione Europea anche in materie tradizionalmente escluse dalle competenze ad essa attribuite dall'art. 5 del Trattato sull'Unione Europea, come appunto l'organizzazione amministrativa: a riprova basti pensare, primo tra tutte, al rispetto delle procedure ad evidenza pubblica che le amministrazioni devono rispettare per l'aggiudicazione dei contratti d'appalto che hanno inciso sull'autonomia legislativa procedimentale degli Stati membri o alla direttiva Ricorsi 2007/66/CE che ha delineato un particolare modello processuale in materia di appalti pubblici così limitando l'autonomia legislativa processuale degli Stati membri.

In questo quadro di tutela delle opposte esigenze così delineate la decisione della Corte di Giustizia C-480/09 ha fissato i primi punti fermi in materia di accordi di cooperazione ma nel contempo ha dato nuovo impulso alla tematica del rapporto tutela della concorrenza e potere di autoorganizzazione amministrativa.

Nel Cap. I, si cercheranno di delineare i presupposti della questione; come detto, l'adesione all'Unione Europea ha imposto una politica di armonizzazione finalizzata alla creazione di un mercato unico europeo nel quale riconoscere le quattro libertà fondamentali (libera circolazione capitali, merci, persone e servizi): uno degli strumenti di attuazione di questa finalità è proprio, per l'Unione europea, la tutela della concorrenza "nel" e "per" il mercato. Questa politica ha di fatto portato alla liberalizzazione di ampi settori di mercato negli Stati membri e all'imposizione della procedura ad evidenza pubblica quale strumento di garanzia della concorrenza e della *par condicio* degli operatori economici che ivi partecipano.

Tuttavia, quando la tutela della concorrenza incide sull'organizzazione degli Stati membri di fatto si scontra col principio di autorganizzazione dei pubblici poteri, che trova tutela costituzionale nell'ordinamento nazionale nell'art. 97 della Carta Costituzionale così come in altri ordinamenti degli Stati membri (ad esempio in Francia dove vige il *principe de libre administration des autonomies locales* ai sensi dell'art. 2, co. 2 e 3 della Costituzione francese).

Com'è noto, tale principio attribuisce, ad ogni soggetto pubblico, il potere di scegliere la struttura organizzativa più efficiente, efficace ed economica rispetto al fine pubblico che esso è chiamato a perseguire, ammettendo anche forme di coordinamento o cooperazione tra pubbliche amministrazioni contrattualizzate (mediante la sottoscrizione di accordi interamministrativi di organizzazione) o istituzionalizzate (mediante la creazione di enti giuridici quali consorzi, SpA etc.)

La questione del rapporto tra mercato e autonomia organizzativa rileva soprattutto per quei settori che concernono attività in principio contendibili sul libero mercato e verso le quali le pubbliche amministrazioni hanno una concreta scelta tra il *make* (autoproduzione) e il *buy* (esternalizzazione a terzi). Ri-

spetto a questi settori, la giurisprudenza europea si è trovata, soprattutto in un primo tempo, a privilegiare una lettura pro concorrenziale, interpretando in maniera restrittiva ogni deroga al principio dell'evidenza pubblica; in quest'ottica la stessa Corte di Giustizia ha chiarito che un accordo tra più amministrazioni terze ed autonome debba essere considerato come un contratto di scambio economicamente valutabile e quindi rientrante nell'ambito di applicazione della normativa a tutela della concorrenza.

Nel prosieguo del lavoro si evidenzierà come la Corte di Giustizia sembri avere mutato orientamento nel senso di favorire la lenta emersione e valorizzazione del principio di autorganizzazione degli Stati membri anche nell'ambito dell'ordinamento europeo. Nel Cap. II, si analizzeranno, infatti, le due particolari figure create dalla Corte di Giustizia come alternativa alla gara ad evidenza pubblica: *in house providing* semplice e pluripartecipato.

Tali istituti sono il risultato della valorizzazione del principio di autoorganizzazione che riconosce in capo ai soggetti pubblici il potere di privilegiare strumenti di delegazione interorganica o anche strumenti di cooperazione istituzionale tra pubbliche amministrazioni per l'assolvimento dei propri compiti di pubblico interesse. È proprio in questa prospettiva che la Corte di Giustizia giunge ad ammettere forme contrattuali di cooperazione creando la figura del contratto di partenariato pubblico-pubblico con la sentenza *Amburgo* del 2009.

Al fine di analizzare in che modo le novità introdotte a livello comunitario abbiano inciso negli ordinamenti nazionali, si delinea nella Sez. I del Cap. III il quadro degli strumenti negoziali inter-amministrativi già esistenti nell'ordinamento nazionale delimitando, tra questi, la categoria degli accordi di cooperazione amministrativa (art. 15 L. 241/90 e art. 30 d.lgs. 267/00), analizzandone le condizioni di legittimità nonché quelli di discriminazione con i contratti di scambio.

Nella Sez. II del Cap. III si darà dato atto dell'evoluzione giurisprudenziale e normativa che ha interessato la categoria contrattuale del partenariato pubblico-pubblico a livello europeo: dalle indicazioni della Corte di Giustizia, nonché da quelle fornite da altre istituzioni europee nei loro atti istituzionali, fino all'adozione delle nuove direttive europee Appalti e Concessioni in cui è presente la disposizione che contiene la disciplina positiva dell'istituto, rubricata «*Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico*». Si tenterà dunque chiarire, sulla base del testo della disposizione, l'attuale fisionomia del contratto di partenariato pubblico-pubblico europeo.

Alla luce di tali considerazioni, nel capitolo conclusivo, si cercherà di dare risposta ai quesiti posti in apertura del presente lavoro.

Attraverso l'analisi della recente giurisprudenza e della più attenta dottrina, si cercherà di evidenziare come la rilettura degli accordi di cooperazione nazionale alla luce degli stringenti requisiti di ammissibilità posti dal diritto europeo ha, di fatto, avuto effetti restrittivi del mercato di approvvigionamento di beni, servizi, opere e lavori nel senso che l'applicazione di tali principi sembra avere determinato un'estensione del principio di evidenza pubblica laddove prima le attività si ritenevano deducibili in accordo. Diversamente sembra esse-

re avvenuto invece per la materia dei servizi pubblici ove si è assistito ad un'estensione dell'area auto-organizzativa laddove prima si riteneva operasse necessariamente il mercato.

Si rileverà che, nonostante in alcuni settori l'applicazione dei requisiti di legittimità in punto di partenariato pubblico-pubblico abbia paradossalmente condotto ad un allargamento del mercato concorrenziale, l'intervento europeo dovrebbe in realtà essere guardato con favore giacché ha il pregio di ricondurre gli accordi di cooperazione nazionale entro i confini di legittimità originariamente delineati dal legislatore, evitandone un'estensione ingiustificata e spesso elusiva della concorrenza: e ciò è permesso proprio sulla base delle stringenti indicazioni fornite dal legislatore europeo.

In definitiva, alla luce delle considerazioni svolte sembrerà corretto affermare che l'intervento europeo è volto a confermare che i principi di concorrenza e quello di autorganizzazione sono tra loro alternativi e che trovino parimenti tutela nell'ordinamento europeo: la regola sembrerebbe essere quella per la quale l'Unione europea non interviene in modo diretto nell'organizzazione degli Stati membri se non vi sono effettive possibilità di eludere le regole del libero mercato ma è comunque legittimata a dettare condizioni e limiti entro cui le amministrazioni pubbliche possano esercitare liberamente il loro potere di autorganizzazione.

Se così è si comprende quindi l'emersione del concetto di "autoorganizzazione conformata" quale potere di autoorganizzazione non del tutto libero perché condizionato dall'esistenza di limiti interni ed esterni idonei a circoscrivere un'area all'interno della quale la scelta amministrativa organizzativa non incide affatto sul mercato con la conseguenza che può dunque essere ritenuta sempre legittima.