



Facoltà di Giurisprudenza
Corso di dottorato in Diritto pubblico - XXVII ciclo
Coordinatore: Prof. Salvatore Alberto Romano

Tesi di dottorato

***Tutela della concorrenza, autorganizzazione ed accordi
di cooperazione tra pubbliche amministrazioni***

DOTTORANDA

Flaminia D'Angelo

TUTOR:
Prof. Giuseppe Di Gaspare

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO I: PRINCIPIO DI CONCORRENZA E AUTONOMIA ORGANIZZATIVA DELL'AMMINISTRAZIONE NEL MERCATO DEI CONTRATTI PUBBLICI.

SEZ. I – L'apertura concorrenziale del settore dei contratti pubblici a seguito dell'integrazione comunitaria.

1. La nozione comunitaria di concorrenza.
2. La concorrenza nel settore degli appalti pubblici: l'evoluzione della normativa comunitaria e nazionale.
 - 2.1. Dal trattato di Roma alle Direttive appalti cd. di “prima generazione”.
 - 2.2. Dal Trattato di Maastricht alle direttive Appalti cd. di “seconda generazione”.
 - 2.3. Le direttive 17 e 18 del 2004
 - 2.4. Le ricadute nell'ordinamento italiano.
3. La concorrenza nei servizi pubblici.
 - 3.1 I servizi di interesse generale in Europa (SIEG).
 - 3.2 Le forme di gestione
4. Le attività amministrative a regime concorrenziale (concessioni beni e servizi, attività amministrativa vincolata, servizi strumentali).
5. I principi a tutela della concorrenza.
 - 5.1 Divieto di discriminazione basata sulla nazionalità, parità di trattamento e proporzionalità.
 - 5.2. Trasparenza, imparzialità e buon andamento.
6. L'ambito applicativo del principio di concorrenza.

6.1 La nozione di contratto pubblico e l'interpretazione estensiva delle nozioni di "amministrazione aggiudicatrice" e di "operatore economico".

6.2 Il principio di legalità e l'interpretazione restrittiva delle deroghe all'evidenza pubblica.

6.3. L'applicabilità delle direttive comunitarie in materia di contratti pubblici agli accordi stipulati tra pubbliche amministrazioni.

SEZ. II – L'autonomia organizzativa dei pubblici poteri.

1. Il principio di autonomia organizzativa alla luce del diritto comunitario.

1.1. L'evoluzione dopo Lisbona: il riconoscimento dell'autoorganizzazione delle autonomie locali e regionali.

2. Il principio autoorganizzazione amministrativa nel diritto italiano.

2.1 Il fondamento giuridico della nozione.

2.2. L'applicazione del principio.

3. Il rapporto tra l'apertura concorrenziale del mercato ed il principio di autoorganizzazione nello svolgimento dell'attività amministrativa contrattuale.

3.1 La cd. libertà di autoproduzione.

3.2 (segue) e i suoi limiti.

CAPITOLO II – AUTOPRODUZIONE DI BENI E SERVIZI E COOPERAZIONE ISTITUZIONALE TRA PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI.

1. L'autoproduzione di beni e servizi nella pubblica amministrazione: il cd. *in house providing*.

1.1. Premessa.

1.2 I requisiti elaborati dalla giurisprudenza comunitaria.

1.2.a. Il requisito dell'"attività prevalente".

1.2.b. Il requisito del "controllo analogo"

2. La valorizzazione della cooperazione intercomunale: il cd. *in house* pluripartecipato.

2.1 I precedenti giurisprudenziali.

2.2. La cooperazione intercomunale pura.

2.3 Il controllo analogo congiunto: novità giurisprudenziali e direttive Appalti 2014.

3. L'emersione del concetto di cooperazione interamministrativa contrattuale.

3.1 La sentenza della Corte di Giustizia, Grande sezione, 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione c. Repubblica federale di Germania Amburgo*.

4. Primi rilievi sul partenariato pubblico-pubblico.

CAPITOLO III – LA COOPERAZIONE CONTRATTUALE TRA PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI.

Sez. I – La cooperazione contrattuale in Italia.

1. Premesse storiche e giuridiche.

2. La classificazione degli accordi amministrativi tra pubblici poteri.

2.1 Gli accordi di concerto, gli atti politici e gli atti obbligatori.

2.2 Gli accordi di coordinamento e cooperazione nelle leggi speciali.

2.2.a Gli accordi di programma *ex art. 34 TUEL*

2.2.b Le intese istituzionali di programma *ex art. 2 co 203 lett. b) L. 662/1996*

2.2.c Gli accordi *ex art. 4 co. 1 e 8 DLgs 281/1997* e le intese regionali *ex art. 8 D.P.R. 616/77*.

2.2.d Le convenzioni *ex art. 30 TUEL*.

3. Gli accordi di cooperazione nella legge sul procedimento amministrativo.

3.1 La funzione

3.2 La natura giuridica degli accordi *ex art. 15 L. 241/90*

3.3 I requisiti essenziali

3.3.1 I soggetti.

3.3.2. Il consenso e la capacità giuridica.

3.3.3 L'interesse pubblico e la natura delle attività.

3.3.4 La disciplina normativa applicabile.

4. I criteri differenziali tra accordi e contratti pubblici nel diritto italiano.

4.1 La valorizzazione del criterio dell'assenza di onerosità.

4.2 La valorizzazione del criterio della mancata connotazione imprenditoriale dell'amministrazione.

Sez. II – Il cd. “partenariato pubblico-pubblico” nel diritto dell’Unione Europea.

1. La definizione della nozione da parte delle istituzioni europee.

1.1 La Risoluzione del Parlamento Europeo del 2010 «*sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici*».

1.2 Il Libro Verde della Commissione Europea sulla «*modernizzazione della politica dell’UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*» del 2011.

1.3 Il documento di Lavoro dei servizi della Commissione Europea del 2011 «*concernente l’applicazione del diritto europeo in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici (cooperazione pubblico-pubblico)*».

1.4 Il partenariato pubblico-pubblico contrattuale nella proposta per una nuova direttiva in materia di appalti COM(2011)896.

2. Il contributo della Corte di Giustizia.

2.1 La sentenza CGUE, 19 dicembre 2012, C-159/11 *Asl Lecce e altri c. Ordine degli ingegneri della Provincia di Lecce e altri*.

2.2 I principi affermati dalla sentenza.

2.3 La giurisprudenza successiva.

3. Il recepimento del partenariato pubblico-pubblico nuove direttive Appalti e Concessioni.

3.1 L’analisi dell’articolo dedicato agli «*Appalti pubblici tra enti nell’ambito del settore pubblico*».

3.2 Profili innovativi e problematiche irrisolte.

CAPITOLO IV: PROFILI TEORICI DELLA COOPERAZIONE CONTRATTUALE AMMINISTRATIVA ALLA LUCE DEL DIRITTO EUROPEO.

1. La cooperazione contrattuale come modello organizzativo delle funzioni pubbliche.

2. L'applicazione in materia di approvvigionamento di beni e servizi o opere e lavori: gli accordi come contratti sinallagmatici con causa cooperativa.

2.1. L'onerosità degli accordi di cooperazione.

2.2. (Segue) La sottoscrizione di accordi anche da parte di amministrazioni pubbliche a vocazione commerciale limitata.

2.3. La valorizzazione del contenuto del contratto sottoscritto.

2.4 (segue) L'estensione del *public group* e le prestazioni deducibili nell'accordo interamministrativo.

2.5. (segue) L'accordo di cooperazione come contratto associativo a struttura "debole.

2.6 Il rapporto con la tutela della concorrenza.

2.7 Prospettive interpretative dei contratti di cooperazione.

3. L'applicazione in materia di servizi pubblici locali: gli accordi come nuova modalità di gestione del servizio.

4. Riflessioni conclusive: il concetto di autoorganizzazione conformata.

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

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 organiz-

zativi 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 Europea 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 eco-

nomica 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). Rispetto 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 autorganizzazione 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 delineerà 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 pub-*

blico». 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 essere 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.

CAPITOLO I: PRINCIPIO DI CONCORRENZA E AUTONOMIA ORGANIZZATIVA DELL'AMMINISTRAZIONE NEL MERCATO DEI CONTRATTI PUBBLICI.

SEZ. I – L’apertura concorrenziale del settore dei contratti pubblici a seguito dell’integrazione comunitaria.

1. Il concetto di concorrenza.

Per definire la nozione di concorrenza nel diritto amministrativo occorre muovere anzitutto dalla notazione per cui non esiste una correlativa definizione di concorrenza in ambito economico¹. Sia le teorie economiche classiche, sia gli studi più recenti hanno infatti posto in rilievo il fatto che la scienza economica non concorda sulla nozione di concorrenza². L’interrogativo che si è posto la maggior parte degli studi di teoria economica è se effettivamente esista un ordine naturale del mercato che trovi nella concorrenza (più o meno perfetta) un legge suscettibile di essere tutelata in modo neutrale dall’ordinamento e dalle istituzioni pubbliche che di esso sono espressione³. La risposta a tale interrogativo, pur nella varietà delle soluzioni prospettate in sede interpretativa, è stata sostanzialmente negativa: la pura concorrenza, quale ordine naturale del mercato, è una condizione di per sé non realizzabile ed essa non può essere «elevata a modello di efficienza ideale»⁴.

¹ Sui profili pubblicistici della concorrenza si vedano in generale M.S. GIANNINI, *Sull’azione dei pubblici poteri nel campo dell’economia*, in *Riv. dir. comm.*, LVIII, 1959, 313; E. CHELI, *Libertà e limiti dell’iniziativa economica privata*, in *Rass. dir. pubbl.*, I, 1960, 300; U. POTOTSCHNIG, *Poteri pubblici ed attività produttive*, in *Dir. ec.*, 1990, 49; G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 17; M. D’ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 347. Sul piano monografico si rinvia a V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Pompei, 1962; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983.

² Secondo una definizione economica classica (per tutti A. SMITH, *An Inquiry onto the Nature and Causes of the Wealth of the Nations* (1776), *La ricchezza delle nazioni* (trad. it.), Torino, 1987) per «concorrenza» si intende un processo dinamico in cui si sviluppa il confronto tra gli operatori commerciali che agiscono in mercati aperti e privi di barriere all’ingresso. In tale contesto l’equilibrio concorrenziale può essere alterato solo se un operatore economico acquisisce una posizione di vantaggio istituzionalizzata, cioè sottratta alle normali dinamiche concorrenziali. Di recente su questi temi F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 2001.

³ Intuizione che risale ad A. MARSHALL, *Principles of Economics* (1890), *Principi di economia* (trad. it.), Torino, 1905.

⁴ Così J.A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy* (1948), *Capitalismo, socialismo e democrazia* (trad. it.), Milano, 1955, 98. Ma si veda anche J.K. GALBRAITH, *American Capitalism* (1952), *Il capitalismo americano: il concetto di potere di equilibrio* (trad. it.), Milano, 1955.

Più convincente è parsa allora l'interpretazione che ha legato strettamente il concetto di concorrenza a quello di mercato. Secondo la teoria in esame tale connessione non implica che in un mercato libero si realizzino necessariamente i presupposti per consentire l'iniziativa economica privata: se è infatti vero che una condizione per la concorrenza è l'esistenza del mercato, non altrettanto vero è il contrario e cioè che il mercato presupponga sempre l'esistenza della concorrenza⁵. Ciò ha permesso allora di evidenziare come la nozione di concorrenza includa almeno due significati fondamentali⁶. Il primo di carattere statico: la concorrenza si può realizzare solo se il mercato vede la presenza di un numero elevato di operatori economici che non sono in grado di influenzarne le dinamiche col loro comportamento individuale. Il secondo di tipo dinamico: la concorrenza implica la rivalità tra le imprese che agiscono in modo da assumere la miglior posizione nel mercato a scapito delle rivali⁷.

Da questa premessa occorre muovere per ricostruire la nozione pubblicistica di concorrenza. Essa è composta di due specifici ambiti d'intervento: quello della promozione e quello della tutela. Il primo consiste nella produzione di regole dirette alla conservazione, all'introduzione o all'incremento della concorrenza. Il secondo è invece volto alla verifica del rispetto delle regole concorrenziali da parte degli operatori di mercato. Se la prima fase è quindi espressione di una scelta politica caratterizzata dalla valutazione della situazione economica e di mercato, nella seconda le istituzioni pubbliche provvedono a vigilare sulla conservazione delle condizioni concorrenziali e, in caso di comportamenti devianti, ad applicare sanzioni con finalità correttive⁸.

⁵ Come hanno chiarito gli studi della scuola di Chicago: per tutti R. POSNER, *The Chicago school of antitrust*, in *Univ. Penn. Law Review*, n. 127, 1979, 925.

⁶ Tale impostazione è condivisa anche dalla giurisprudenza nazionale; sul punto si legga Corte Cost. 27 luglio 2004 n. 272 secondo cui «la tutela della concorrenza non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali».

⁷ Ancora F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, cit. 13.

⁸ Così A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 8. Di recente si è, ad esempio, ritenuto che «l'esistenza di una posizione dominante non si riferisce alla sola situazione di monopolio o di quasi monopolio, perché essa può essere propria anche dei mercati dove pur si registra un'esplicazione di gioco concorrenziale. Ciò che rileva come elemento di base su cui si innesta la condotta abusiva è piuttosto il fatto della possibilità, da parte dell'impresa che vi versa, di influire, grazie alla superiorità e al potere di mercato che ne deriva, in modo notevole sulle modalità di esplicazione della concorrenza e dell'offerta. In altri termini il soggetto in posizione dominante è in grado di tenere, pur operando in un mercato concorrenziale, comportamenti significativamente indipendenti da quelli

Il modello di concorrenza appena descritto caratterizza attualmente sia il diritto pubblico italiano⁹ sia il diritto pubblico comunitario¹⁰.

Di recente si è al riguardo rilevato che la nozione italiana di concorrenza «riflette quella operante in ambito comunitario e comprende: a) sia gli interventi regolatori che a titolo principale incidono sulla concorrenza, quali le misure legislative di tutela in senso proprio, che contrastano gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e che ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione; b) sia le misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, rimuovendo, cioè, in generale, i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche. In questa seconda accezione, attraverso la «tutela della concorrenza», vengono perseguite finalità di ampliamento dell'area di libera scelta dei cittadini e delle imprese, queste ultime anche quali fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi»¹¹.

Da ciò emerge complessivamente un duplice concetto di concorrenza.

Esso comprende: sia le misure legislative di tutela in senso proprio, intese a contrastare gli atti e i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati (misure antitrust); sia le misure legislative di promozione volte a eliminare limiti e vincoli alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese (concorrenza “nel mercato”), ovvero a prefigurare procedure concorsuali di garanzia che assicurino la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici (concorrenza “per il mercato”)¹².

È a questa ultima nozione di concorrenza in particolar che si farà riferimento nel corso della presente indagine.

2. La concorrenza nel settore degli appalti pubblici: l'evoluzione della normativa comunitaria e nazionale.

dei concorrenti, dei clienti e, in ultimo, dei consumatori» (Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2014, n. 1673).

⁹ Si vedano sul punto M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamento, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. soc.*, 2003, 439; A. PERA, *Concorrenza e antitrust*, Bologna, 2005, 112.

¹⁰ Sulla disciplina comunitaria della concorrenza si vedano M. WAELBROECK – A. FRIGNANI, *Le droit de la CEE*, in *Commentaire J. Megret*, IV, Bruxelles, 1997; E. FRENI, *La tutela della concorrenza*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, IV, in S. CASSESE (a cura di), Milano, 2010, 2823.

¹¹ In questi termini Corte Cost., 15 maggio 2014, n. 125, che ha ricordato che la tutela della concorrenza svolge una funzione essenziale, ossia favorire la crescita economica e assicurare una più razionale allocazione delle risorse.

¹² Così ancora Corte Cost., 16 aprile 2014, n. 97.

Uno dei primi settori su cui ha inciso la normativa europea a tutela della concorrenza “nel” e “per” il mercato è senz’altro quello dei contratti di approvigionamento di beni, servizi, forniture e lavori, il cd. mercato delle commesse pubbliche.

Tale settore, com’è noto, riveste da sempre una particolare importanza tanto nell’ambito dell’economia nazionale quanto nell’ambito di quella sovra-nazionale¹³: tale assunto si comprende pienamente solo che si consideri che nel mercato delle commesse pubbliche vengono impiegate ingenti risorse finanziarie e che il suo funzionamento è in grado di esercitare un significativo impatto tanto sullo sviluppo economico che sulle scelte politiche degli Stati¹⁴.

Sorprende quindi constatare che gli interventi europei siano in realtà abbastanza recenti e che per molto tempo non si sia percepita la necessità di dare vita ad una disciplina compiuta della materia delle commesse pubbliche indicando le regole necessarie al corretto funzionamento del relativo mercato.

In effetti, l’intervento di “riavvicinamento¹⁵” e “armonizzazione¹⁶” da parte delle istituzioni europee è cominciato lentamente solo agli inizi degli

¹³ Sul punto si vedano tra i tanti A. MATTERA, *Les marchés publics: dernier rempart du protectionnisme des Etats*, *Revue du marché unique européen*, 3/1993, 5; F. GARRI e F. GARRI, *Il mercato dei contratti pubblici; il ruolo dell’Autorità di vigilanza di settore e dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS - R. GAROFOLI, Milano, 2008.

Per un’esauriente ricostruzione dell’evoluzione normativa in materia di pubbliche commesse si veda A. POLICE – G. GRÜNER, *Le fonti*, in *I contratti di appalto pubblico*, C. FRANCHINI (a cura di), in *Trattato dei contratti*, P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da), Torino, 2010, 109 ss.

¹⁴ Riporta A. MATTERA, *Le marché unique européen: ses règles, son fonctionnement, La libéralisation des marchés publics*, Paris, 1988, 362 il mercato degli appalti pubblici già costituiva circa l’8-9 % del PIL all’interno della sola area comunitaria (Comunicazione della Commissione del 19 giugno 1986 COM(86)375); tale dato, come ben si comprende, era chiaramente destinato ad un aumento progressivo. In particolare, si stima che il mercato dei pubblici appalti all’inizio del nuovo secolo abbia costituito circa il 16% del PIL Europeo ed oggi rappresenti invece il 18/19% del PIL Europeo. I dati sono forniti dal dossier del Servizio Affari internazionali intitolato “*Le nuove direttive europee sugli appalti*”, 2012, www.senato.it.

¹⁵ G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2009 evidenzia come nel processo di creazione di un mercato unico le discipline degli Stati membri debbano essere dapprima “ravvicinate” gradualmente per poi essere “armonizzate”.

¹⁶ Con il termine “armonizzazione” si fa riferimento al progressivo ma costante processo europeo teso all’eliminazione degli ostacoli giuridici originati dalle differenti legislazioni nazionali degli Stati membri. In realtà, si usa distinguere tra “armonizzazione totale” ed “armonizzazione parziale” per fare

anni settanta – con le primissime direttive Appalti¹⁷ – e si è fatto più incisivo poi negli anni novanta e duemila.

La ragione di un tale ritardo può essere forse ravvisata nell'endemica paura manifestata dalle amministrazioni degli Stati membri ad una apertura – parziale o totale – dei propri mercati nazionali al cd. “mercato transnazionale¹⁸” e al conseguente abbandono dell'intervento dirigitico del mercato delle commesse pubbliche¹⁹.

riferimento a due modalità di azione dell'Unione Europea adottate prima e dopo gli anni ottanta: inizialmente, il legislatore comunitario riteneva infatti che il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri dovesse avvenire in modo pervasivo, imponendone la completa uniformità. Strumenti privilegiati a quel tempo erano ad esempio il regolamento nonché le direttive dettagliate.

È solo a seguito della sentenza CGCE, 22 febbraio 1979, C-120/78, *Cassis de Dijon* e della Comunicazione della Commissione “*Sulle conseguenze della sentenza emessa dalla corte di giustizia delle Comunità Europee, il 20 febbraio 1979, nella causa 120/78 («Cassis de Dijon»)*”, pubblicata sul GUCE 3 ottobre 1980 C-256 che si fa spazio l'idea di dovere privilegiare un diverso metodo di armonizzazione delle legislazioni, più leggero e limitato ai soli aspetti essenziali per assicurare l'equivalenza e l'effettività delle legislazioni nazionali (armonizzazione minima o parziale). Di recente il processo di armonizzazione si è evoluto ancora andando a privilegiare sempre più forme sempre meno intrusive: in particolare il legislatore comunitario in alcune materie si limiterebbe a dettare degli obiettivi lasciando la loro totale attuazione ad organismi locali, siano essi autorità governative che operatori privati. In tale modo l'Unione stimolerebbe una regolamentazione decentrata. Gli strumenti che generalmente vengono ricondotti al processo di armonizzazione minima sono le direttive nonché l'applicazione delle procedure previste agli artt. 94 – 95 TCE (oggi artt. 114 e 115 TFUE). Sulla sentenza *Cassis de Dijon* e sulla sua portata anche con riferimento al principio del mutuo riconoscimento si veda il commento di A. MATTERA, *L'arrêt “Cassis de Dijon”: une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché interne*, *Revue du marché commun*, 1980, 505-514

Sull'armonizzazione si veda tra i tanti R. KOVAR, Art. 100 in *Traité instituant la CEE*, V. CONSTANTINESCO - J.-P. JACQUÉ - R. KOVAR - D. SIMON (a cura di), Parigi, 1992, 549; in particolare sul concetto di “armonizzazione riflessiva” si veda S. DEAKIN, *Two types of regulatory competition: Competitive federalism versus reflexive harmonization. A law and economics perspectives on centros* in A. DASHWOOD (a cura di), *The Cambridge Yearbook of European studies*, Oxford-Portland, 1999.

¹⁷ D. 70/32/CE del 17 dicembre 1969 e D. 77/62/CE del 21 dicembre 1976 per gli appalti di forniture; D. 71/304/CE e D. 71/305/CE del 26 luglio 1971 per gli appalti di lavori.

¹⁸ Con il termine mercato “transnazionale” si vuole fare riferimento alla creazione di uno spazio economico comune a una serie di Stati, nel quale gli scambi avvengono con le stesse modalità del mercato interno (nazionale): in sostanza si tratta di uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurato la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali in

A questo approccio alla concorrenza che è stato definito di “tipo soggettivo”²⁰, si aggiungeva inoltre una situazione di estrema povertà e di crisi economica di tutti gli Stati mondiali – tra cui quindi anche gli Stati membri della Comunità – che ha caratterizzato il periodo immediatamente successivo al secondo conflitto mondiale: è evidente quindi che gli Stati membri fossero occupati, in quegli anni, più che altro a risollevarle le proprie economie nazionali ormai disastrose, se non propriamente assenti²¹.

conformità alle disposizioni dei trattati. Prima del Trattato di Lisbona, tale spazio si definiva “mercato comune”; dal 2009, si privilegia l’espressione di “mercato interno” (art. 26 TFUE, ex art 14 TCE) in quanto più idonea ad evidenziare che non si tratta di un mero coordinamento tra mercati nazionali ma si tratta dell’integrazione in un unico mercato di tutti i mercati degli Stati membri. Sull’uso dei termini mercato interno e mercato comune si v. M. WAELBROECK – A. FRIGNANI, *Le droit de la CEE*, in *Commentaire J. Megret*, 4, Bruxelles, 1997; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2009; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006. In giurisprudenza si veda CGCE, 5 maggio 1982, C-15/81, *Schul*; CGCE, 9 agosto 1994, C-359/92, *Germania c. Consiglio*.

¹⁹ Sul punto si veda E. FRENI, *La tutela della concorrenza*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, IV, CASSESE S. (a cura di), Milano, 2010, 2824; F. GARRI – F. GARRI, *Il mercato dei contratti pubblici: il ruolo dell’Autorità di vigilanza di settore e dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., 672.

²⁰ L’approccio di tipo “soggettivo” alla concorrenza si sviluppa, all’indomani dell’entrata in vigore del codice civile: la concorrenza veniva intesa come lo spazio di libertà del singolo imprenditore nei confronti degli altri imprenditori; uno spazio tuttavia che doveva essere contemporaneamente sottoposto a programmi, controlli e indirizzi da parte dei pubblici poteri. In questo modo si permetteva di giustificare una politica protezionistica e dirigista dell’economia privata che conduceva ad una “cartellizzazione spesso forzata” dell’economia nonché all’instaurazione di barriere di accesso al mercato, alla diffusione di consorzi nonché alla fissazione di prezzi amministrati. Con l’avvento degli anni settanta, l’approccio soggettivo muta per lasciare spazio all’idea di una concorrenza intesa come valore e quindi come principio da perseguire mediante la più ampia apertura del mercato a nuovi imprenditori.

Sul tema si veda più ampiamente E. FRENI, *La tutela della concorrenza*, cit, 2010, 2824; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., 7 ss. In particolare, sul passaggio dall’approccio soggettivo ad uno oggettivo si veda S. NICCOLAI, *Mercato come valore o mercato come regola? Osservazione minime su un tema importante*, *Giur. cost.* 1991, 3680 ss.

²¹ M.S. SABBATINI, *La direttiva 2007/66/CE sulle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici: la trasparenza è anche una questione di termini*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 131/2008, definisce tale periodo caratterizzato da interventi di tipo protezionistici con il termine di «funzionalismo economico».

2.1. Dal trattato di Roma alle Direttive appalti di prima generazione.

Su questa scia si inseriva anche il Trattato di Roma del 25 marzo 1957.

Ed infatti, il testo, pur introducendo molte norme a tutela della libera concorrenza (cd. “*workable competition*”²²) volta alla realizzazione di un “mercato unico”²³ nel quale garantire le libertà di circolazione delle merci,

²² Nel Trattato di Roma vengono inserite tre sezioni di norme sulla concorrenza: le regole applicabili alle imprese [artt. 105 a 106 TFUE (ex 85 e 86 TCE)]; le pratiche di dumping [art 102 TFUE (ex 82 TCE)]; gli aiuti concessi dagli Stati alle imprese [da art 107 a 109 TFUE (ex artt. da 87 a 89 TCE)].

L’Unione Europea si ispira ad un’idea di “*workable competition*” ovvero di “concorrenza efficace”. La teoria della concorrenza efficace venne sviluppata negli Stati Uniti da J.M. CLARK, *Towards a Concept of Workable Competition*, *American Economic Review*, XXX, 1940 come risposta all'articolo di J. ROBINSON, *The economics of imperfect competition*, London, 1934 che dimostra l'inesistenza della concorrenza perfetta. Secondo tale teoria la perdita di indipendenza di un imprenditore non pregiudica sempre il funzionamento del mercato, anzi può contribuire a rafforzare la concorrenza quando permetta a più imprese di piccole o medie dimensioni di unire le loro forze per resistere alla concorrenza che viene loro fatta dalle imprese più grandi. Il pregio di tale teorizzazione è quello di definire un modello tipologico di concorrenza che si caratterizza per la sua maggiore aderenza alla realtà. Riprendendo le parole di alcuni autori (C. CASTRONOVO- S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, III, Milano, 2007, 165 ss), «*workable competition* è un’espressione riassuntiva di un certo modo di funzionamento dei mercati che si caratterizza per un elevato grado di efficienza dinamica». Con riferimento all’Unione Europea il richiamo alla concorrenza efficace venne elaborata per la prima volta nella sentenza CGCE, 25 ottobre 1977, C-26/76, *Metro SB c. Commissione* in cui si legge «la concorrenza non falsata di cui agli artt. 3 e 85 del Trattato CEE implica l’esistenza sul mercato di una concorrenza efficace (*workable competition*) cioè di un’attività concorrenziale sufficiente a fare ritenere che siano rispettate le esigenze fondamentali e conseguite le finalità del Trattato ed – in particolare – la creazione di un mercato unico che offra condizioni analoghe a quelle di un mercato interno. Detta esistenza consente che la natura ed intensità della concorrenza varino a seconda dei prodotti o dei servizi e della struttura economica dei relativi mercati di settore». Tale principio è stato ribadito nuovamente CGCE, 22 ottobre 1986, C-75/84, *Metro c. Commissione II*; CGCE, 18 maggio 1962, C-13/60, *Uffici di vendita del carbone della Ruhr c. l’Alta Autorità della CECA*.

²³ Il mercato unico/comune europeo si caratterizza per un regime di tipo liberista teso a favorire «la libera iniziativa privata e basato su regole volte a tutelare la concorrenzialità fra imprese, senza alcuna discriminazione fra settore pubblico e settore privato», sul punto M.R. ALLEGRI, *La politica della concorrenza*, in *Il diritto dell’Unione Europea*, G.P. ORSELLO (a cura di) in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, XXXII, Torino, 2002, 420.

delle persone, dei servizi e dei capitali²⁴ era, in realtà, la dimostrazione di un'impostazione protezionistica da parte dei pubblici poteri: il Trattato non prevedeva infatti nessuna disposizione che si riferisse in particolare modo ai contratti pubblici, né sotto un profilo attinente alle procedure di aggiudicazione né sotto un profilo prettamente contrattuale e nemmeno sotto un profilo di liberalizzazione del settore²⁵.

Appare quindi evidente che il mercato degli appalti pubblici, così privo di una qualsivoglia normativa di valore sovra-nazionale – e spesso anche nazionale – continuasse ad essere adoperato dai governi degli Stati membri quale strumento attraverso cui controllare e dirigere i settori chiave dell'economia e della politica nazionali. In sostanza, giustificati dall'assenza di una disciplina compiuta di stampo europeo, gli Stati dell'Unione si dimostravano per lo più reticenti ed ostili alle mutazioni profonde che invece il processo di integrazione economica allora in atto imponeva, tanto che, riferendosi propriamente al comparto degli appalti pubblici, autorevole dottrina lo definì come «*le dernier rempart du protectionnisme des états*²⁶».

Successivamente, con la ripresa economica dell'area comunitaria, le istituzioni europee iniziarono a percepire «l'importanza economica dei contratti pubblici di lavori, forniture e servizi destinati al settore pubblico o parapubblico e l'impatto che questi possano esercitare sulla Comunità²⁷» evidenziando come il settore rappresenti «una frazione sempre crescente della consumazione globale della comunità e occupi una posizione strategica di promozione di una politica industriale e tecnologica integralmente comunitaria²⁸».

Vennero quindi adottate le primissime direttive Appalti²⁹ le quali, tuttavia, per la loro lacunosità ed incompletezza, non permisero il raggiungi-

²⁴ CGCE, 13 dicembre 1989, C-49/89 *Corsica Ferries France c. Direction générale des douanes*; CGCE, 15 febbraio 2000, C-169/98, *Commissione c. France*.

²⁵ La liberalizzazione consiste nella rimozione dei vincoli che rappresentano restrizioni alla concorrenza e, soprattutto, nel garantire le condizioni favorevoli affinché le dinamiche concorrenziali si sviluppino.

²⁶ A. MATTERA, *Les marchés publics: dernier rempart du protectionnisme des Etats*, cit. 5.

²⁷ Così A. MATTERA, *Le marché unique européen: ses règles, son fonctionnement*, cit. 362.

²⁸ Sempre A. MATTERA, *Le marché unique européen. cit.*, 362 ss.

²⁹ D. 70/32/CE del 17 dicembre 1969 e D. 77/62/CE del 21 dicembre 1976 per gli appalti di forniture; D. 71/304/CE e D. 71/305/CE del 26 luglio 1971 per gli appalti di lavori. Per un commento alle direttive di prima generazione si vedano L. CANALE, G. LAIOLO, E. MACCHIAVELLI, V. PUGLISI, *Recepimento della direttiva CEE in materia di appalti di lavori pubblici*, in *Il Corriere Giuridico*, 3/1992, 242; M.A. SANDULLI, *L'oggetto* in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, Milano, 2008, 8; A. MATTERA, *Le*

mento dei risultati sperati: in linea con la politica di integrazione cd. “negativa”³⁰ – prima fase del processo di armonizzazione comunitaria – le direttive degli anni settanta prevedevano, per lo più, disposizioni volte a garantire le libertà fondamentali dell’Unione dalle limitazioni che potevano discendere dalle normative nazionali³¹ e, pur imponendo la messa in concorrenza delle imprese interessate al contratto d’appalto nonché le basilari regole di pubblicità dei bandi, in concreto però avevano un carattere poco vincolante e soprattutto facilmente eludibile³²: mancavano del tutto i controlli giurisdizionali post-aggiudicazione³³.

Il fallimento delle direttive cd. di prima generazione fu evidenziato nel 1988 dal Rapporto Cecchini: in questo testo veniva rilevato come il «*costo delle non-Europa*» – dovuto alla chiusura del mercato degli appalti pubblici – avesse già determinato una perdita di circa 21.5 miliardi di ECU per l’intera Comunità³⁴.

I drammatici risultati presentati nel Rapporto oggi possono tuttavia considerarsi come il punto di svolta della politica comunitaria in materia di commesse pubbliche in quanto, per la prima volta, si percepì l’essenzialità

marché unique européen: ses règles, son fonctionnement, cit. 365 ss nonché G. PITTALIS, *Appalto pubblico, Dig. disc. pub.*, agg. I, Torino, 1995.

³⁰ G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, 394. L’Autore distingue due fasi nel processo di integrazione: una prima fase di stampo “negativo” volta all’eliminazione della barriera e alla realizzazione delle libertà fondamentali della Comunità ed una seconda fase “positiva” che ha portato alla pubblicazione del Libro Bianco e alla stipulazione dell’Atto Unico europeo. Tale seconda fase era diretta a rilanciare il processo di creazione del mercato comune mediante politiche volte tanto alla eliminazione delle frontiere tecniche, fisiche e fiscali tra i mercati quanto all’armonizzazione della fiscalità indiretta.

³¹ M.A. SANDULLI, *L’oggetto*, cit. 8.

³² Evidenza con chiarezza l’inadeguatezza delle direttive Appalti di prima generazione A. MATTERA, *Les marchés publics: dernier rempart du protectionnisme des Etats*, cit. 8.

³³ Le prime direttive Ricorsi furono adottate negli anni ‘80 e precisamente D. 89/665/CE del 24 dicembre 1989 relativa alle procedure di ricorso avverso contratti di appalto pubblici illegittimamente aggiudicati nei settori ordinari e D. 92/13/CE per i settori ex esclusi.

³⁴ È il rapporto intitolato “1992: La sfida europea”, presentato nel 1988 su richiesta della Commissione da una comitato di esperti presieduto da P. Cecchini. Nel 1986, infatti, il Presidente della Commissione J. Delors aveva affidato a tale gruppo di lavoro uno studio comparato sui vantaggi che si sarebbero ottenuti a seguito della liberalizzazione dei mercati e sui benefici persi (Costi della non-Europa) a causa del persistere delle barriere alla libera circolazione intracomunitaria dei fattori produttivi. Secondo il rapporto che analizzò gli effetti statici e dinamici legati alla rimozione delle barriere non tariffarie in termini di aumento della concorrenza, delle economie di scala e della varietà dei prodotti, il completamento del mercato interno avrebbe determinato un incremento pari a più del 5% del PIL della Comunità.

di liberalizzare il settore al fine di integrare i mercati nazionali e dare effettivamente vita al mercato comune.

2.2. Dal Trattato di Maastricht alle direttive appalti di seconda generazione.

Riprendendo gli obiettivi già espressi nel Libro Bianco sul «*completamento del mercato interno*» del 1985³⁵, l'ormai necessaria «apertura degli appalti pubblici nazionali» – seppur limitatamente alla materia della ricerca e dello sviluppo tecnologico – veniva espressamente prevista dall'art. 130 F dell'Atto Unico europeo³⁶ (poi art. 163, par. II TCE). Tale disposizione dava prova del mutato atteggiamento della Comunità nei confronti del settore delle commesse pubbliche: un atteggiamento non più “negativo” ma “positivo/attivo” in quanto volto promuovere il libero gioco del mercato e, di conseguenza, a tutelare la libera concorrenza³⁷.

Sebbene la materia delle commesse pubbliche fosse contemplata da una sola disposizione del Trattato, questa andava comunque ad incidere profondamente su alcune delle principali politiche ed azioni comuni della Comunità previste agli artt. 3 e 4 del TCE³⁸: d'altra parte, questi articoli erano considerati come le disposizioni di principio sulla base delle quali si individuava il fondamento giuridico della disciplina comunitaria in punto di pubbliche commesse³⁹.

³⁵ Libro bianco della Commissione sul “*Completamento del mercato interno*” COM(1985)310 del 14 giugno 1985. I Libri Bianchi sono atti atipici che contengono proposte di azione comunitaria in un settore specifico.

³⁶ L'art. 130 F del dell'Atto Unico Europeo, firmato il 7 febbraio 1986 e pubblicato in GUCE del 29 giugno 1987, poneva espressamente l'attenzione sull'esigenza di garantire alle imprese la possibilità di «sfruttare appieno la potenzialità del mercato interno alla Comunità grazie, in particolare, all'apertura degli appalti pubblici nazionali». Tale articolo è stato poi sostituito dall'art. 163, par. II, TCE dal Trattato di Nizza firmato il 26 febbraio 2001 ed entrato in vigore il 1° febbraio 2003. Oggi è l'art. 179 TFUE.

³⁷ Si veda M.A. SANDULLI, *L'oggetto*, cit., 10; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit. che richiama M. WAELBROECK – A. FRIGNANI, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, 5 secondo i quali «il principio della tutela della concorrenza deve quindi intendersi come uno dei mezzi per il perseguimento degli obiettivi d'integrazione, di costituzione di un mercato unico europeo».

³⁸ L'art. 3 par. 1 TCE è stato abrogato e al suo posto sono stati inseriti gli art. da 2 a 6 del TFUE; l'art. 3 co. 2 TCE è stato sostituito dall'art. 8 TFUE; l'art. 4 TCE è oggi sostituito dall'art. 119 TFUE.

³⁹ Come viene fatto notare da A. POLICE – G. GRÜNER, *Le fonti*, in C. FRANCHINI (a cura di) *I contratti di appalto pubblico* in P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2010, 114.

Su questa scia venivano quindi adottate le prime direttive di cd. “seconda generazione⁴⁰” che si caratterizzavano per l’accentuata attenzione posta nella garanzia del principio concorrenziale mediante la tutela dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione in base alla nazionalità e del principio di trasparenza⁴¹.

La cd. “*global revolution*”⁴² del settore, iniziata con l’AUE, aveva quindi portato alla creazione di un nuovo diritto comunitario volto anche al perseguimento dell’uguaglianza tra le imprese, mediante l’agevolazione nell’ingresso al mercato nazionale degli Stati membri di operatori economici provenienti da un Stato terzo rispetto a quello nel quale il contratto pubblico doveva eseguirsi. Inoltre le disposizioni contenute nelle direttive tendevano a proteggere le società trans-nazionali da un possibile e sospettato atteggiamento protezionistico che potesse esser posto in essere dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori che potevano rivelare un atteggiamento ancora “più conservatore e protezionistico che lo Stato stesso⁴³”.

La Comunità, in sostanza, s’impegnava a garantire – nell’ambito di un mercato unico comunitario – una concorrenza libera dove, con l’aggettivo libera, non si voleva intendere solo scevra da ostacoli di entrata ma anche libera da qualunque tipo di discriminazione in base alla nazionalità⁴⁴.

⁴⁰ D. 89/440/CE del 18 luglio 1989 sugli appalti di lavori; D. 92/50/CE del 18 giugno 1992 sugli appalti pubblici di servizi. Per un commento sulle direttive in questione si v. A. MATTERA, *Les marchés publics: dernier rempart du protectionnisme des Etats*, cit., 8.

Al fine di recepire gli obiettivi ed i principi dell’accordo di Marrakesh del 15 aprile 1994 sugli appalti pubblici (cd. *GPA- Agreement on public procurement*), le direttive suindicate sono state modificate da D. 93/96/CE del 14 giugno 1993 sugli appalti pubblici di forniture; D. 93/37/CE del 14 giugno 1993 sugli appalti pubblici di lavori e D. 93/38/CE del 14 giugno 1993 sugli appalti pubblici nei settori speciali (acqua, energia, trasporti e telecomunicazione) a loro volta modificate dalla D. 97/52/CE del 13 ottobre 1997. Cfr. G. PALELLA, *La Direttiva UE 97/52 e le modifiche sugli appalti di servizi, lavori e forniture*, *Urb. e Ap.*, 3/1998, 237; M. PROTTO, *La nuova disciplina comunitaria per gli appalti nei settori speciali*, *Urbanistica e appalti*, 1998, 701 ss.

⁴¹ G. CORSO, *Gli appalti pubblici nel diritto europeo*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, 336.

⁴² D. WALLACE JR, *The changing world of national procurement systems: global reformation*, *Public Procurement Law Review*, 1995, 4, 57.

⁴³ A. MATTERA, *Le marché unique européen*, cit., 364.

⁴⁴ P. PESCATORE, *La notion du marché commun dans les traités instituant l’Union économique belgo-luxembourgeoise, le Benelux et les Communautés européennes*, *En hommage à Victor Gontho*, Liège, 1962 secondo cui il diritto comunitario non punta solo a «la création d’un espace économique libéré des entraves qui empêchent et freinent le communications et les échanges entre les économies nationales» ma tende inoltre a rendere tale spazio «aussi homogène que

2.3. Le direttive del 2004.

Le direttive cd. di seconda generazione si dimostrarono ben presto inadeguate al perseguimento dello scopo di liberalizzazione e regolazione del settore degli appalti a causa di un'impostazione troppo settoriale e di una diffusa laconicità ed oscurità delle disposizioni in esse contenute: non infrequenti erano infatti i problemi di coordinamento normativo nonché le incertezze interpretative ed applicative delle disposizioni⁴⁵.

La Commissione, quindi nel fissare le linee direttrici della sua azione futura nel Libro Bianco del 1998⁴⁶ sulla base delle osservazioni già svolte nel Libro Verde del 1996⁴⁷, preannunciava la futura codificazione di un testo unico delle tre direttive classiche oltre alla modifica della direttiva settori speciali.

Le nuove direttive vennero quindi adottate nel marzo del 2004⁴⁸.

possible par l'égalisation des facteurs qui, dans chaque pays participant, influent sur le fonctionnement du marché».

⁴⁵ R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 154.

⁴⁶ Nel Libro Bianco “*Gli appalti pubblici nell’Unione Europea*”, COM(98)143 def. pubblicato l’11 marzo 1998, la Commissione individuava tutta una serie di iniziative volte ad incentivare la competitività tanto nel settore degli appalti pubblici quanto in quello delle concessioni, entrambi considerati settori strategici l’ottimizzazione del funzionamento del mercato unico.

⁴⁷ Nel Libro Verde «*Gli appalti pubblici nell’Unione europea – Spunti di riflessione per il futuro*» COM(96)583 def., pubblicato il 27 novembre 1996, la Commissione rilevava non poche incoerenze tra le tre direttive cd. «classiche» (D. 92/50/CE; D. 93/36/CE; D. 93/37/CE) e evidenziava la necessità di interventi volti alla semplificazione e alla razionalizzazione del contesto giuridico in materia.

⁴⁸ D. 18/04/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi pubblicata nella G.U. L. n. 134 del 30 aprile 2004 e D. 17/04/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali pubblicata nella G.U., L. 134 del 30 aprile 2004. Per commenti alle direttive tra i tanti C. FRANCHINI, *L’appalto di lavori servizi e forniture*, cit., 13 ss; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012; A. MASSERA, *I contratti in Diritto amministrativo applicato*, A. SANDULLI (a cura di), in *Corso di diritto amministrativo II*, CASSESE S. (diretto da), Milano, 2005, 219 ss; M.A. SANDULLI, *L’oggetto*, cit., 11 ss; A. POLICE – G. GRÜNER, *Le fonti*, in *I contratti di appalto pubblico*, cit., 120; M. PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti, Urbanistica e appalti*, 7/2004, 755; A. TESSIER, *La refonte des directives communautaires sur la coordination des procédures de passation des marchés publics*, in *Bulletin Juridique des Contrats Publics*, 27, 100; L. RICHER, *L’Europe des marchés publics*, Parigi, 2009; S. BRACONNIER, *Droit des marchés publics*, Parigi, 2008.

Per contributi specifici sulla direttiva settori cd. speciali si veda *ex multis*, J.-P. KOVAR, *La nouvelle définition des droits exclusifs ou spéciaux au sens de la*

I due testi legislativi, pur prevedendo importanti modifiche la cui necessità s'era evidenziata nella prassi, avevano come scopo solo quello di apportare alcune migliorie senza tuttavia sconvolgere la struttura del mercato delle commesse pubbliche: da un lato quindi si tese alla semplificazione ed all'aggiornamento della struttura giuridica dei testi al fine di garantire una certa coerenza ed una facilità di trasposizione negli ordinamenti degli Stati membri e, dall'altro, si provvide all'integrazione della disciplina vigente mediante l'introduzione di procedure concorsuali alternative utilizzabili in particolari condizioni di mercato⁴⁹.

Da ultimo, le due Direttive del 2004 sono state sostituite dalle nuove direttive Appalti e Concessioni adottate il 16 aprile 2014⁵⁰.

2.5. Le ricadute nell'ordinamento italiano.

Ancor prima che il legislatore dell'Unione incominciasse ad armonizzare il mercato delle commesse pubbliche, in Italia tale materia era stata già oggetto di disciplina normativa: da una parte, con il R.D. n. 2440/1923⁵¹ e

directive "secteurs", in Contrats et marchés publics, 3, 2008, 6 ss; B. RAGANELLI, L'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici in L'appalto pubblico, C. FRANCHINI (a cura di), in Trattato dei contratti P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da), Torino, 2010.

⁴⁹ In particolare, accanto alle tradizionali procedure di selezione (aperte, ristrette, negoziate ed il dialogo competitivo per appalti "particolarmente complessi"), il legislatore comunitario introduceva l'accordo quadro, il sistema dinamico di acquisizione, la contrattazione mediante centrali di committenza e l'appalto integrato di lavori.

⁵⁰ Nello specifico, si tratta della D. 2014/24/UE per l'aggiudicazione di contratti di appalto nei settori ordinari; della D. 2014/25/UE per l'aggiudicazione di contratti di appalto nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e servizi postali adottate il 26 febbraio 2014 e pubblicate nella G.U. dell'Unione Europea del 28 marzo 2014. I due testi delle direttive Appalti hanno una struttura simile, ancorché quella che riguarda i settori speciali contenga delle disposizioni sostanzialmente differenti per tenere conto della specificità degli appalti nei settori speciali. Entrambe le direttive Appalti si caratterizzano, rispetto a quelle del 2004, per un forte contenuto innovativo volto al perseguimento di tre finalità: a) semplificazione e modernizzazione degli appalti; b) crescita e c) innovazione. Tra i più importanti aspetti innovativi si segnala il miglioramento dell'accesso al mercato delle PMI alle procedure di gara mediante la semplificazione delle procedure di gara ed il pagamento diretto dei subappaltatori; la predisposizione in favore degli Stati membri strumenti cd. *toolbox approach* per rendere flessibile ed adeguare le procedure alla situazione particolare di ognuno; il maggiore ricorso all'autocertificazione nonché la promozione degli appalti elettronici. Importanti novità sono introdotte anche a livello di governance tramite gli organi nazionali di vigilanza e le strutture di sostegno per gli operatori economici intenzionati a partecipare alle gare.

⁵¹ R.D. n. 2240 sulle «Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato» del 18 novembre 1923, emanato in virtù

con il suo regolamento attuativo R.D. n. 827/1924 e dall'altra – con riferimento specifico ai contratti di appalto delle opere pubbliche – con l'all. F. L. 2248/1865 e col relativo regolamento R.D. 350/1895⁵².

Si trattava di un insieme di norme volte a disciplinare le differenti fasi della procedura di scelta del contraente nei contratti cd. evidenza pubblica⁵³ – dalla fase di programmazione del contratto quindi, fino a quella dei controlli successivi alla sua esecuzione – mediante le quali il legislatore si prefiggeva di assicurare, in via immediata e diretta, la massimizzazione delle finalità di interesse pubblico alle condizioni economicamente più vantaggiose per l'amministrazione aggiudicatrice mediante il rispetto del criterio del «*best value for money*»⁵⁴. In sostanza, questo pacchetto normativo in materia di appalti mirava essenzialmente a tutelare l'amministrazione dagli atteggiamenti «infedeli»⁵⁵ dei funzionari preposti alla scelta dei contraenti privati, impedendo abusi ed illeciti da parte di quest'ultimi, mediante l'esperimento di una procedura di gara ispirata ai principi di legalità e trasparenza. La gara inoltre rendeva l'attività della P.A. contestabile e quindi ricorribile a tutela degli interessi legittimi delle parti e dei terzi.

Grazie all'influenza comunitaria, tuttavia, la concezione formalistica della gara pubblica venne progressivamente sostituita dall'idea che tale procedura fosse, in primo luogo, posta a presidio e a garanzia degli operatori economici al fine di sviluppare il confronto in un contesto concorrenziale mediante la predisposizione di condizioni di accesso alle gare eque e me-

della legge delega n. 1601 del 1922. In realtà in materia sono intervenute moltissime altre normative speciali o di settore che hanno introdotto particolari discipline o per singole amministrazioni o per determinate categorie di enti pubblici, ma la legge di contabilità dello Stato del 1923 ha sempre rivestito un ruolo centrale come normativa «fondamentale» in materia. Si fa ad esempio riferimento alla L. 109/1994 cd. Legge Merloni.

⁵² R.D. n. 350 del 25 maggio 1985 «*Regolamento per la direzione, contabilità e collaudazione dei lavori dello Stato*».

⁵³ Il termine venne per la prima volta utilizzato da M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, 42. Vale appena il caso di ricordare che essendo le procedure ad evidenza pubblica considerate come procedimenti amministrativi particolari, trovavano comunque applicazione i principi propri dell'azione amministrativa e, specificatamente, le regole sulla discrezionalità amministrativa.

⁵⁴ Così A. MASSERA, *I contratti*, in *Diritto amministrativo applicato*, cit. 218. Ugualmente S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, 171 ss.

⁵⁵ A. POLICE – G. GRÜNER, *Le fonti*, cit., 111.

Sul punto si legga anche M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1993, 363 il quale rilevava proprio come il contratto ad evidenza pubblica «fosse [stato] introdotto dalla legislazione del secolo scorso per una ragione pratica – di porre freno agli abusi dei fornitori dello Stato, specie militari – e per una ragione di coerenza con il diritto amministrativo».

dianche un più corretto confronto tra i mezzi e le risorse strumentalmente offerte da parte degli operatori economici⁵⁶.

Il processo di liberalizzazione dei mercati degli appalti promosso nell'ambito dell'Unione (concorrenza "nel" mercato) esaltava la necessità di una maggiore tutela della posizione degli operatori economici e del consumatore (concorrenza "per" il mercato) e quindi, in sostanza, la procedura di evidenza pubblica si poneva come la garanzia della continuità tra la funzione amministrativa e l'autonomia negoziale nell'ambito del mercato interno⁵⁷.

Ad oggi, la normativa in materia di commesse pubbliche in Italia è contenuta nel Codice dei contratti pubblici⁵⁸, D.Lgs. 163/2006 che ha recepito le direttive Appalti del 2004: il fine primario perseguito mediante le procedure di scelta del contraente appare oggi il risultato della fusione del punto di vista dell'amministrazione, tesa al *best value for money*, con quello degli operatori economici sul mercato, tesi alla tutela della parità delle *chances*.

Dagli inizi del 2015, tuttavia, il Parlamento sta lavorando al testo di recepimento delle nuove direttive Appalti e Concessioni 2014⁵⁹.

3. La concorrenza nei servizi pubblici.

⁵⁶ Diversa è la *ratio* della gara nella disciplina comunitaria e in quella italiana: l'amministrazione comunitaria infatti non provvede direttamente alla cura degli interessi pubblici, quanto più che altro al reperimento delle risorse strumentali necessarie al suo funzionamento e al raggiungimento degli obiettivi che deve perseguire e alla ricerca della soluzione contrattuale più conveniente e meno dispendiosa. Sul punto, M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), Bologna, 2005, 333; L. FIORENTINO – C. LACAVA, *Il codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, *Giorn. Dir. amm.*, Quaderni, 15/2007, 1.

⁵⁷ Sul tema si leggano anche C. FRANCHINI, *L'appalto di lavori, servizi e forniture* cit. 9; S.S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, in *I contratti di appalto pubblico*, C. FRANCHINI (a cura di), in *Trattato dei contratti*, P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da), Torino, 2010, 294.

⁵⁸ Il D.Lgs n. 163 del 12 aprile 2006, pubblicato nella G.U. 2 maggio 2006 è stato adottato sulla base dell'art. 25 L. n. 62/2005 (legge comunitaria 2004).

⁵⁹ In particolare l'8 gennaio 2015 è iniziato l'esame del disegno di legge delega n. 1678 «*per l'attuazione della direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE e della direttiva 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE*» è stato presentato dal Senato della Repubblica il 18 novembre 2014.

3.1 La concorrenza nel mercato dei servizi pubblici locali a rilevanza economica.

La disciplina nazionale ed europea sulla concorrenza non ha avuto applicazione solo nell'ambito delle pubbliche commesse, ma si è estesa ad ogni attività svolta dall'amministrazione che presenti una rilievo economico: tra queste, in particolare, quella dei servizi pubblici locali a rilevanza economica è stata oggetto di un'intensa attività normativa e giurisprudenziale nell'ultimo decennio⁶⁰.

Come è stato rilevato, infatti, dalla Corte costituzionale la «disciplina delle modalità dell'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è da ricondurre alla materia della tutela della concorrenza, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi del comma secondo, lettera e), dell'art. 117 Cost., tenuto conto della sua diretta incidenza sul mercato e perché strettamente funzionale alla gestione unitaria del servizio»⁶¹.

Non occorre in questa sede ripercorrere la complessa nozione di servizio pubblico locale⁶². Basti solo ricordare che si tratta di attività di tipo pre-

⁶⁰ Se ne può ricostruire in breve lo sviluppo.

Per i servizi pubblici locali si parte dalla legge 29 marzo 1903, n. 103 istitutiva delle aziende municipalizzate. La legge è stata modificata dal r.d. 4 febbraio 1923, n. 253 poi confluito nel T.U. 15 ottobre 1925, n. 2578.

In tempi più recenti è intervenuto il d.lgs. n. 267/2000 che disciplinava la materia dei servizi pubblici locali agli artt. da 112 a 123. Queste norme hanno subito svariate modifiche e abrogazioni per effetto della l. 28 dicembre 2001, n. 448; del d.l. 30 settembre 2003, n. 269; della l. 15 dicembre 2004, n.308; del d.l. n. 223/2006; del d.l. n. 112/2008; del d.P.R. n. 168/2010.

Il d.l. n. 112/2008 è stato abrogato dall'art. 1, co. 1, del d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113. L'abrogazione della norma ha comportato anche l'abrogazione del d.P.R. n. 168/2010.

Il 13 agosto 2011 è stato allora emanato il d.l. n. 138/2011 che all'art. 4 ha ripreso alcune delle norme del d.l. n. 112/2008 e molte disposizioni del d.P.R. n. 168/2010. L'art. 4 del d.l. n. 138/2011 è stato in parte modificato dalla legge 12 novembre 2011, n. 183; dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1; dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83; dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 ha tuttavia dichiarato incostituzionale il citato art. 4 del d.l. n. 138/2011. Attualmente la materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è disciplinata dall'art. 34 del d.l. n. 179/2012.

⁶¹ Così Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 2.

In senso opposto Corte Cost. 27 luglio 2004 n. 272 nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 113 bis TUEL ha affermato come la materia dei servizi pubblici locali privi di rilievo economico non possa essere ricompresa nell'art. 117 co. 2 Cost né nella lett. m) in punto di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni né nella lett. e) in punto di tutela della concorrenza.

⁶² Si rinvia, attesa la vastità del tema, alle seguenti opere monografiche: O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*,

stazionale svolte dalla pubblica amministrazione o da un privato in favore della collettività. A differenza degli appalti pubblici l'attività non è diretta a favore della pubblica amministrazione, ma a favore degli utenti che ne beneficiano dietro pagamento di un corrispettivo. Si crea perciò un rapporto trilaterale tra il soggetto pubblico affidante, il soggetto affidatario e gli utenti del servizio: il soggetto pubblico affidante deve perseguire e realizzare l'interesse pubblico consistente nella soddisfazione dei bisogni degli utenti; il privato gestore persegue un interesse economico, ossia la massimizzazione del suo profitto; gli utenti sono interessati all'economicità e all'efficienza del servizio.

Ne consegue – come rilevato in sede interpretativa – che un'attività può essere qualificata come servizio pubblico quando ricorrono i seguenti indici rivelatori: l'imputabilità e la titolarità in capo all'ente pubblico; la sua destinazione a soddisfare interessi di carattere generale della collettività; la predisposizione di un programma di gestione, vincolante per il privato incaricato della gestione, con la previsione obblighi di condotta e l'imposizione di *standards* qualitativi; il mantenimento in capo all'amministrazione concedente di poteri di indirizzo, vigilanza ed intervento, affinché il programma sia rispettato⁶³.

Sul piano giuridico i servizi pubblici locali non sono disciplinati dalle D. 2004/17/CEE e 2004/18/CEE. Tuttavia, ai sensi dell'art. 30, co 3 del d.lgs. 12 aprile 2006, la «scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi».

La norma è di particolare rilievo perché conferma un principio di carattere generale desumibile dall'ordinamento comunitario e cioè che quando la materia dei servizi pubblici locali ha incidenza sul mercato in quanto con-

Torino, 1984; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; F. TRIMARCHI, *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, Milano, 1967; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative (aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni)*, Napoli, 1981; I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986; R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Padova, 1999; G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2001; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003.

⁶³ Cons. Stato, Sez. V, 2 maggio 2013, n. 2385.

siderati di rilevanza economica⁶⁴, essa è soggetta all'applicazione dei principi a presidio della concorrenza (come, ad esempio, i principi di parità di trattamento, libertà di stabilimento, divieto di discriminazioni)⁶⁵. Ciò implica che il settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica presuppone la creazione di un mercato, in linea di principio, liberalizzato; un mercato cioè aperto alla «tutela della concorrenza»⁶⁶.

3.2. La nozione comunitaria di «servizio di interesse economico generale»

L'esigenza di tutelare la libera concorrenza nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica proviene, come detto, dall'ordinamento comunitario. Il diritto dell'Unione Europea non utilizza tuttavia l'espressione «servizio pubblico locale di rilevanza economica», ma la diversa nozione di «servizio di interesse economico generale»⁶⁷.

⁶⁴ Sulla natura economica delle attività si rinvia a Cons. St., Sez. V, 23 ottobre 2012 n. 5409 che ribadisce come il carattere dinamico della distinzione tra attività economiche e non economiche non permette di fissare un elenco definitivo e chiaro dei servizi che rientrano nell'una o altra categoria. Sulla questione H. BONURA, *I servizi pubblici privi di rilevanza economica e la potestà organizzativa degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2013, 398 ss.

⁶⁵ Cons. Stato, Ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7.

⁶⁶ Secondo Corte Cost., 20 marzo 2013, n. 46 le modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, secondo consolidata giurisprudenza costituzionale, attengono alla materia «tutela della concorrenza», di competenza esclusiva statale, tenuto conto della sua diretta incidenza sul mercato e «perché strettamente funzionale alla gestione unitaria del servizio». Di recente si è aggiunto che la concessione di un servizio pubblico «non esime la P.A. dall'obbligo di dare corso ad una procedura competitiva per la scelta del concessionario, la quale si pone come un indiscusso strumento di garanzia dell'ingresso al mercato, della parità di trattamento, del principio di non discriminazione e della trasparenza tra gli operatori economici, nel rispetto dei principi di concorrenza e libertà di stabilimento. Ciò – del resto – trova conferma anche nel rilievo che, anche a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, non può che essere preso atto dell'indifferenza comunitaria alla qualificazione nominale della fattispecie, con consequenziale obbligo dall'attivazione di una procedura competitiva nel caso sia di affidamento di un appalto, che di concessione di servizio» (TAR Lazio, Roma, Sez. II-bis, 10 dicembre 2014, n. 12488).

⁶⁷ La definizione compare in numerosi documenti della Commissione europea: Comunicazione su «*I servizi di interesse generale in Europa*» dell'11 settembre 1996; Comunicazione su «*I servizi di interesse generale in Europa*» del 19 gennaio 2001; Libro Verde su «*I servizi di interesse generale*» del 21 maggio 2003; Libro Bianco su «*I servizi di interesse generale*» del 12 maggio 2004; Comunicazione su «*I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*» del 20 novembre 2007; Comunicazione «*Un quadro di qualità per servizi di interesse generale*» del 20 novembre 2011.

Essa trova il proprio riferimento normativo negli artt. 14 e 106 Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (cd. TFUE)⁶⁸. Tali articoli stabiliscono rispettivamente che in «considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti»; e che le «imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, 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, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione».

Pur non fornendone una chiara definizione le due norme chiariscono che i servizi di interesse economico generale ricomprendono attività economiche i cui risultati contribuiscono alla cura dell'interesse pubblico generale⁶⁹. La loro gestione deve rispettare in via generale le regole del mercato, ma è prevista una deroga se il rispetto dei principi concorrenziali rischia di compromettere la missione affidata al gestore pubblico. In base alle interpretazioni della giurisprudenza comunitaria gli Stati membri possono infatti «conferire ad imprese, cui attribuiscono la gestione di servizi di interesse economico generale, diritti esclusivi che possono impedire l'applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza, nella misura in cui restrizioni della concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici, sono necessarie per garantire l'adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi»⁷⁰.

Da quanto precede emerge allora un'analogia tra la nozione di «servizio di interesse economico generale» di derivazione comunitaria e quella di

⁶⁸ Già artt. 14 e 86 TCE. Anche l'art 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea stabilisce che «al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati».

⁶⁹ In dottrina si vedano L.R. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla comunicazione della commissione europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 484; V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 747.

⁷⁰ CGUE, 19 maggio 1993, C-320/91, *Corbeau*.

«servizio pubblico locale di rilevanza economica» di stampo nazionale⁷¹: il riconoscimento di un'attività quale «servizio economico di interesse generale» non legittima infatti un regime derogatorio della concorrenza, il quale risulta condizionato dall'ulteriore verifica in ordine alla necessità dell'esenzione per un corretto e profittevole svolgimento dello specifico incarico (e sempre che lo sviluppo degli scambi non risulti compromesso in misura contraria agli interessi della comunità)⁷².

3.3. Le forme di gestione dei servizi pubblici locali

Come rilevato in sede interpretativa la tutela della concorrenza nel settore dei servizi pubblici locali trova immediata realizzazione anzitutto tramite il rispetto delle regole e dei principi sanciti dal diritto comunitario in tema di gare d'appalto ad evidenza pubblica. Lo ha confermato la sentenza n. 24/2011 della Corte costituzionale secondo cui nell'ordinamento italiano deve trovare applicazione la «normativa comunitaria relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica».

Dalla citata giurisprudenza costituzionale è dato evincere che la prima forma di gestione dei servizi pubblici locali a rilievo economico è il modello della cd. evidenza pubblica: ossia della scelta del soggetto affidatario tramite procedure competitive nel rispetto della libera concorrenza tra tutti gli operatori di settore. Gli affidamenti devono in particolare avvenire nel rispetto dei principi comunitari di parità di trattamento, di non discriminazione in base alla nazionalità, di trasparenza e di proporzionalità⁷³. Difatti la «circostanza che si tratti della concessione di beni o servizi pubblici non esime la P.A. dall'obbligo di dare corso ad una procedura competitiva per la scelta del concessionario, la quale si pone come un indiscusso strumento di garanzia dell'ingresso al mercato, della parità di trattamento, del principio di non discriminazione e della trasparenza tra gli operatori economici, nel rispetto dei principi di concorrenza e libertà di stabilimento»⁷⁴.

Ai sensi dell'art. 34, co. 20 del d.l. n. 179/2012 la gara d'appalto non rappresenta comunque l'unica forma di gestione dei servizi pubblici locali⁷⁵.

⁷¹ Si veda sul punto G. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 1994, 201.

⁷² Così S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, cit. 38.

⁷³ Artt. 5, 14, 43, 49 TFUE.

⁷⁴ TAR Lazio, Roma, Sez. II-bis, 10 dicembre 2014, n. 12488.

⁷⁵ Si ricorda che l'art. 34, commi 20-27, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221) ha introdotto la nuova disciplina in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica. La norma prevede ora che «per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet

Ad essa se ne affiancano altre due: il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato e l'affidamento cd. *in house*. La prima corrisponde al fenomeno delle società miste costituite per una specifica missione tra un soggetto privato e un'amministrazione pubblica (⁷⁶). In tal caso l'affidamento del servizio pubblico locale si realizza attraverso una gara che ha ad oggetto sia la scelta del socio privato, sia l'affidamento del medesimo servizio appaltato (cd. gara a doppio oggetto). La seconda è invece il cd. appalto *in house* che consente l'affidamento diretto senza previa gara a un soggetto solo formalmente, e non sostanzialmente, diverso dall'ente affidante. La Corte di Giustizia comunitaria ha chiarito che l'affidamento *in house* è ammissibile in presenza di tre condizioni: totale partecipazione pubblica; controllo sulla società affidataria analogo a quello che l'ente o gli enti affidanti esercitano sui propri servizi; realizzazione, da parte della società affidataria, della parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che la controllano⁷⁷.

dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste» (co. 20).

⁷⁶ A livello comunitario si utilizza il termine «*partenariato pubblico-privato istituzionalizzato*» che identifica la cooperazione tra partner pubblici e privati che costituiscono un'entità societaria a capitale misto per l'esecuzione di appalti pubblici o di concessioni (CGUE, 15 ottobre 2009, in causa C-196/08 *Acoset S.p.A.*). L'apporto privato 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 della società. Con la comunicazione del 5 febbraio 2008 «*Sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*» la Commissione europea ha ritenuto che, per costituire un PPPI conforme ai principi del diritto comunitario occorre che il partner privato sia selezionato mediante una procedura trasparente e concorrenziale che abbia 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 delle prestazioni e/o il suo contributo alla gestione della società a capitale misto.

⁷⁷ CGUE, 29 novembre 2012, in cause C-183/11 e C183/1. In proposito si è di recente sostenuto che «l'affidamento diretto (*in house*) di un servizio pubblico è da ritenere consentito tutte le volte in cui un ente pubblico decida di affidare la gestione del servizio, al di fuori del sistema della gara, avvalendosi di una società esterna (ossia, soggettivamente separata) che presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una “derivazione” o una “*longa manus*” dell'ente stesso. In particolare, il requisito del cd. controllo analogo necessario richiede la necessaria partecipazione pubblica totalitaria – posto che la partecipazione, pur minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'Amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla medesima un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi e la presenza di strumenti di controllo da parte dell'ente più incisivi

E difatti il Consiglio di Stato afferma che i servizi pubblici locali di rilevanza economica possono essere «gestiti indifferentemente mediante il mercato (ossia individuando all’esito di una gara ad evidenza pubblica il soggetto affidatario) ovvero attraverso il c.d. partenariato pubblico-privato (ossia per mezzo di una società mista e quindi con una ‘gara a doppio oggetto’ per la scelta del socio e poi per la gestione del servizio), ovvero attraverso l’affidamento diretto, in house, senza previa gara, ad un soggetto che solo formalmente è diverso dall’ente, ma ne che sostituisce sostanzialmente un diretto strumento operativo, ricorrendo in capo a quest’ultimo i requisiti della totale partecipazione pubblica, del controllo (sulla società affidataria) ‘analogo’ (a quello che l’ente affidante esercita sui propri servizi) e della realizzazione, da parte della società affidataria, della parte più importante della sua attività con l’ente o gli enti che la controllano»⁷⁸.

La scelta sulle modalità di affidamento e di gestione dei servizi pubblici locali di rilievo economico è, in definitiva, rimessa alle singole amministrazioni pubbliche che, nell’esercizio della propria discrezionalità organizzativa, possono adottare la forma di gestione più vantaggiosa e idonea a soddisfare gli interessi della comunità di riferimento⁷⁹. La scelta dev’essere rigorosamente motivata e deve rispettare i principi comunitari di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, nonché i principi interni di efficienza, efficacia ed economicità dell’azione amministrativa.

4. Le attività amministrative a regime concorrenziale

La digressione sin qui svolta conferma che un problema di tutela della concorrenza si pone a fronte di attività amministrative che abbiano un rilievo economico e siano potenzialmente contendibili sul mercato⁸⁰: la legislazione europea impone il rispetto di tutta una serie di cautele nel momento in cui l’amministrazione decide di rivolgersi al mercato libero per lo svolgimento di tali attività.

Il termine esternalizzazione (cd. “*outsourcing*”), riferito all’attività contrattuale delle amministrazioni, designa proprio lo svolgimento di un’attività, prima realizzata direttamente da un soggetto pubblico, da parte

rispetto a quelli previsti dal diritto civile»: così, TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 4 dicembre 2014, n. 629.

⁷⁸ Così Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599.

⁷⁹ Come del resto ha precisato l’art. 1 del Protocollo europeo sui «*servizi di interesse generale*» occorre rispettare, ai sensi dell’art. 14 TFUE, il «ruolo essenziale e l’ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti».

⁸⁰ In questo senso G. GRECO, *I contratti dell’amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, Milano, 1986, 1 ss.; S. CASSESE, *Teoria e pratica dell’uguaglianza*, in *Giorn. dir. amm.*, 11/2000, 1156.

di un terzo selezionato appositamente per tale scopo secondo un criterio di efficienza organizzativa⁸¹.

In questa prospettiva si deve ribadire che la capacità negoziale delle organizzazioni pubbliche non si esercita mai liberamente, cioè in piena applicazione del diritto comune, ma è continuamente sottoposta ai principi comunitari e nazionali della cd. «evidenza pubblica» che rendono conoscibili all'esterno le determinazioni contrattuali degli apparati pubblici⁸².

Nell'ordinamento italiano la regola è formalizzata nella legge di contabilità del 1923 secondo cui tutti i contratti attivi dello Stato da cui «derivi una entrata» (come le vendite) e anche quelli che comportano una «spesa per lo Stato» (i cd. contratti passivi come gli appalti) devono essere preceduti da «pubblici incanti»⁸³, cioè da procedure competitive⁸⁴.

Come detto, tale principio si applica agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture che sono senz'altro i più diffusi nella realtà quotidiana delle amministrazioni; ma trova applicazione anche per l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, per le concessioni di beni pubblici, per la scelta del socio privato delle società miste o di trasformazione urbana, per le concessioni di agevolazioni finanziarie, per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche, per l'erogazione di beni scarsi; senza poi dimenticare altre importanti figure contrattuali come le alienazioni e gli acquisti di beni, le locazioni, i mutui, i contratti di servizio, utenza e tesoreria, tutti soggetti ai principi dell'evidenza pubblica⁸⁵.

⁸¹ In questo senso G. DI GASPARE, *Esternalizzazione (tramite contratti e figure soggettive delle attività amministrative) societarizzazioni e privatizzazioni: un approccio teorico*, in *Amministrazione in cammino.it*, 2005;

⁸² Lo ha ricordato da ultimo V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 116, che ha posto in evidenza come la disciplina della cd. evidenza pubblica risalga alle antiche leggi di contabilità di stato (L. n. 2016/1884; L. *contab.* del 1923) e servisse a impedire il dispendio di risorse pubbliche da parte delle amministrazioni. Solo in seguito essa ha assunto un rilievo esterno a tutela dei terzi che contrattano con lo Stato e gli altri enti pubblici.

⁸³ Art. 6 L. *contab.* del 1923.

⁸⁴ Sul punto S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, Padova, 2002, 25, che ricorda che scopo di questi procedimenti è assicurare una selezione, secondo modalità imparziali e concorrenziali, fra più soggetti interessati a intrattenere con l'amministrazione rapporti giuridici contrattuali e durevoli.

⁸⁵ L'elencazione si trova ancora in V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 117.

Secondo G. DI GASPARE, *op. ult. cit.*, 2005 le attività non esternabili sarebbero quelle «che rientrano nella mission essenziale dell'ente» e cioè attività di carattere autoritativo e discrezionale; diversamente sarebbero esternabili attività di prestazioni di servizi nonché attività autoritativa di discrezionalità tecnica (come la gestione del catasto, dell'anagrafe ed i servizi tecnici in generale).

Le esternalizzazioni così disposte dall'amministrazione si inseriscono entro un nuovo paradigma fondato sulla collaborazione tra la sfera pubblica e quella privata. Risulta in tal modo confermato il concetto, più volte richiamato, di concorrenza che in sé considerato possiede una duplice finalità: «da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi; la concorrenza costituisce un valore basilare della libertà di iniziativa economica funzionale alla protezione degli interessi dei consumatori. Emerge da questa lettura dell'art. 41 Cost., particolarmente del primo comma, lo stretto collegamento logico-sistematico con l'art. 3 della Costituzione»⁸⁶.

Non v'è dubbio che a tali principi sia sempre assoggettata anche l'amministrazione pubblica nello svolgimento della sua attività negoziale (o meglio nello svolgimento di quelle attività prevalentemente economiche ad alta rilevanza pubblicistica non direttamente accessibili sul mercato dai soggetti privati)⁸⁷.

5. I principi a tutela della concorrenza.

Quanto finora detto evidenzia come sia, ormai, principio comunemente accolto – non solo dalla giurisprudenza comunitaria ma anche dalla giurisprudenza nazionale delle Supreme Corti⁸⁸ – quello per cui la disciplina della contrattazione pubblica debba raccordarsi ad un mercato comune nel quale preservare le aspettative delle imprese.

Con l'abbandono della concezione contabilistica delle procedure ad evidenza pubblica si è venuto a rafforzare il suo «stretto collegamento funzionale⁸⁹» con la tutela del mercato: la procedura concorsuale, così minuziosamente procedimentalizzata, appare infatti l'unico strumento in grado di

⁸⁶ Così Corte cost., 22 luglio 2010, n. 270.

⁸⁷ Come nota A. MASSERA, *I contratti*, cit. 1387.

⁸⁸ Sul punto si veda l'importante sentenza della Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 401 nella quale la Corte riconosce che il settore degli appalti pubblici (che non costituisce «una vera e propria materia») debba essere ricompreso nella «tutela della concorrenza» ex art. 117, co. 2 lett. e). Conformi Corte. Cost. 10 dicembre 2007 n. 430 e 431. Da ultimo Corte Cost. 6 novembre 2009 n. 283. Si veda poi Corte Conti, 17 luglio 2006 n. 447 che ha ravvisato un «danno alla concorrenza» per la mancata applicazione delle norme sull'evidenza pubblica. Medesimo principio è affermato dal Cons. St. sin dalla sentenza del 6 ottobre 2004 n. 6941.

Per un approfondimento sul valore del principio della concorrenza negli appalti si legga A. POLICE – G. GRÜNER, *Le fonti*, cit., 134 ss.; S.S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, cit., 299; M. DI CARLO, *La concorrenza nelle procedure di gara degli appalti pubblici*, *Riv. trim. appalti*, 2008, 577.

⁸⁹ F. GARRI - F. GARRI, *Il mercato dei contratti pubblici. cit.*, 672.

garantire la cd. concorrenzialità “per” il mercato⁹⁰ e ciò perché questa permette di «assicurare il rispetto dei valori comunitari e costituzionali, quali, in particolare, i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza⁹¹»,⁹² connessi con le logiche del libero mercato, ma garantisce contestualmente la posizione delle amministrazioni, garantendo la migliore qualità al minore prezzo⁹³.

5.1 I principi di non discriminazione, parità di trattamento e libera concorrenza.

Tali le premesse, la necessità primaria affinché la concorrenza possa definirsi efficace è innanzitutto l'applicazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, e quindi di parità di trattamento, degli operatori economici che partecipano al mercato delle pubbliche commesse.

La matrice concettuale di questi principi si ravvisa nel canone di uguaglianza: questo principio è stato sin da subito valorizzato sia con riferimento al suo carattere formale – nel senso dell'eliminazione delle discriminazioni fondate su sesso, razza, nazionalità, opinioni politiche, religione etc – sia nella sua accezione sostanziale, come «principio generale [...] che esige che situazioni reali comparabili e cioè simili non siano trattate in maniera differente, a meno che una differenziazione non sia oggettivamente giustificata, ovvero che situazioni differenti non siano trattate in maniera simile⁹⁴». Particolare attenzione è stata poi dedicata dal legislatore europeo ad una «specifica espressione del principio di uguaglianza⁹⁵» che è quello di non discriminazione in base alla nazionalità, poi inserito all'art. 18 TFUE

⁹⁰ Si vedano sul punto R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 2004, 20

⁹¹ Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 401 richiama i medesimi principi contenuti nel considerando n. 2 della D. 18/04/CE

⁹² Su principi applicabili nella materia degli appalti si vedano in generale M.P. CHITI, *I principi in Trattato sui contratti pubblici*, I, M.A. SANDULLI- R. DE NICTOLIS- R. GAROFOLI (diretto da), Milano, 2008, 214 ss nonché ID., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 421; S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale*, cit. 2002; S.S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, cit, 323.

⁹³ E' d'altra parte opinione diffusa che «*competition is the best method of allocating resources in a free market recognizes that all elements of a bargain – quality, service, safety, and durability – and not just the immediate cost, are favourably affected by the free opportunity to select among alternative offers*» così Corte Suprema degli Stati Uniti d'America SCUS, 25 aprile 1978, 435 U.S. 679, *National society of professional engineers c. USA*

⁹⁴ In generale sul principio di non discriminazione CGCE, 19 ottobre 1977, C-117/76 e C-16/77, *Quellmehl*; CGCE, 8 ottobre 1980, C-810/79, *Uberschar*; CGCE, 13 luglio 1983, C-152/82, *Forcheri*; CGCE, 13 febbraio 1985, C-293/83, *Gravier*; CGCE, 2 febbraio 1989, C-186/87, *Cowan*; CGCE, 23 novembre 1995, C-29/95, *Pastor*; CGCE, 7 dicembre 2000, C-168/98, *Luxemburg c. Consiglio*.

⁹⁵ CGCE, *Uberschar*, cit.

(ex art. 12 TCE), che sanziona ogni disparità che gli Stati membri o le pubbliche amministrazioni possano porre in essere a cagione della cittadinanza di persone fisiche o giuridiche.

La Corte di Giustizia ha continuato ad indagare sul principio di non discriminazione in base alla nazionalità riadattandolo alle specificità proprie della materia degli appalti imponendo, in particolare, alle stazioni appaltanti di predisporre sistemi di aggiudicazione caratterizzati dalla massima obiettività: così facendo, il giudice comunitario ha riletto il principio di non discriminazione in base alla nazionalità in un'accezione positiva ricavandone un principio di portata più ampia e teso alla parità di trattamento ed uguaglianza degli operatori economici⁹⁶.

Da una parte, quindi, il principio di parità di trattamento obbliga i poteri pubblici a fissare e garantire agli operatori economici condizioni d'accesso non discriminatorie all'attività economica (principio di *favor participationis*)⁹⁷; dall'altra proibisce al potere aggiudicatore di commettere una qualsiasi discriminazione tra le imprese, le quali, all'interno di una procedura d'aggiudicazione, devono essere poste in uno stato di parità e di conseguenza trattate alla stessa maniera in modo da evitare "favoritismi"⁹⁸ (principio di *par condicio*). In sostanza, qualunque sia la fase della procedura di gara⁹⁹, le imprese devono trovarsi nella condizione di godere della medesima *chance* di vedersi attribuire il contratto così come, antecedentemente alla partecipazione alla procedura, devono essere messe in condizione di partecipare effettivamente al mercato. In tale modo, il principio assolve ad una duplice funzione in quanto tutela, in modo diretto, le condizioni di concorrenza del mercato e ne garantisce, in modo indiretto, il potenziamento mediante l'incremento delle possibilità di accesso.

⁹⁶ Il principio di parità di trattamento costituisce applicazione del principio di non discriminazione ed uguaglianza. In giurisprudenza si veda CGCE, 8 aprile 1976, C-43/75, *Defrenne c. Sabena*; CGCE, 22 giugno 1993, C-243/89, *Storebaelt*; CGCE, 25 aprile 1996, C-87/94, *Bus Wallons*; CGCE, 7 dicembre 2000, C-94/99, *ARGE*; CGCE, 17 settembre 2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland*; CGCE, 14 giugno 2002, C-407/99, *Universale-Bau*; CGCE, 14 giugno 2007, C-6/05 *Medipac*.

In dottrina P. CASSIA, *Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement*, RTD EUR 2002, 413; S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale*, cit; S.S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, cit., 323; M.P. CHITI, *I principi* cit, 214 ss.

⁹⁷ CGCE, 7 luglio 1992, C-295/90, *Parlamento c. Consiglio*.

⁹⁸ Così S. VINTI, *cit.*, 122.

⁹⁹ Come è stato più volte ribadito dalla Corte di Giustizia, il principio della parità di trattamento deve essere garantito in ogni stadio della procedura: CGCE, 27 novembre 2001, C-285/99 e C-286/99, *Impresa Lombardini e Impresa Mantovani*; CGCE, 5 ottobre 2000, C-16/98, *Francia c. Commissione*; CGCE, 18 ottobre 2001 C-19/00, *SIAC Costruction*; CGCE, 24 novembre 2005, C-331/04, *Ati Eac Srl*; CGCE, 24 gennaio 2008, C-532/06 *Emm. G. Lianakis AE*;

D'altronde, come ha sostenuto la Corte di Giustizia, «un sistema di concorrenza non falsato come quello previsto dal Trattato non può essere garantito che se l'uguaglianza delle *chances* tra i differenti operatori è assicurata¹⁰⁰».

5.2. I principi di trasparenza e di proporzionalità dell'attività amministrativa.

La Corte è però andata oltre a tale approdo, evidenziando la stretta correlazione tra i principi di non discriminazione e parità di trattamento¹⁰¹ ed quello di trasparenza, che impone alle Pubbliche amministrazioni di rispettare un adeguato livello pubblicitario tale da consentire l'apertura alla concorrenza nelle procedure di affidamento delle commesse nonché il controllo sull'imparzialità della procedura stessa.

In particolare, nell'ambito della materia delle pubbliche commesse, è opinione diffusa che solo il rispetto del corollario di trasparenza permetta la creazione effettiva di un «libero confronto¹⁰²» tra i gli operatori economici: la trasparenza infatti non solo è strumentale, ma costituisce proprio il «pre-supposto¹⁰³» dell'imparzialità dell'azione amministrativa.

Il principio di trasparenza acquista però un diverso valore giuridico se analizzato in un fase «che precede¹⁰⁴» la procedura ad evidenza pubblica ovvero in una fase ad essa successiva¹⁰⁵. Nel primo caso, infatti, l'obbligo di

¹⁰⁰ CGCE, 19 marzo 1991, C-202/88, *Francia c. Commissione*.

¹⁰¹ La Corte con le sentenze CGCE, 18 novembre 1999, C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S* pt. 31; CGCE, 7 dicembre 2000, C-324/98 *Telaustria e Telefonadress* pt. 62; CGCE, 18 ottobre 2001, C-19/00, *SIAC Construction*; CGCE, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen* pt. 49; CGCE, 21 luglio 2005 C-231/03, *Coname* pt. 16-19 ha da sempre sottolineato lo stretto rapporto intercorrente tra il principio di non discriminazione e quello di trasparenza. Da ultimo, Trib. I Grado Unione Europea Sez. V, 20 maggio 2010, C-258/06.

Sull'argomento si legga anche la Comunicazione della Commissione Europea del 1° agosto 2006, 2006/C176/02 pt. 2.1: «La CGCE ha definito un insieme di norme fondamentali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, che derivano direttamente dalle disposizioni e dai principi del trattato CE. I principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano un obbligo di trasparenza che, conformemente alla giurisprudenza della CGCE, «consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione»

¹⁰² Così F. GARRI e F. GARRI, *Il mercato dei contratti pubblici*, cit., 625.

¹⁰³ S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale*, cit, 124.

¹⁰⁴ Cfr. S.S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, cit., 323.

¹⁰⁵ Si ritiene che trasparenza e pubblicità siano due principi differenti che si integrano tra loro. Da una parte, il principio di pubblicità si caratterizzerebbe per

trasparenza dell'attività amministrativa si traduce in un generico obbligo di pubblicità dell'azione amministrativa che garantisca il *favor participationis* e la *par condicio* dei concorrenti interessati¹⁰⁶. Se considerato invece in una fase successiva, l'obbligo di trasparenza delle procedure si traduce in un parametro di valutazione dell'attività amministrativa. Ed infatti lo svolgimento di una gara nelle sue diverse fasi, rendendo "trasparenti" i singoli passaggi che hanno portato progressivamente l'amministrazione aggiudicatrice ad assumere una certa decisione, permette di dare "forma"¹⁰⁷ all'estrinsecarsi del suo potere discrezionale.

In sostanza, la "forma" della procedura permette di verificare la bontà della scelta dell'amministrazione nella sua intrinseca coerenza e logicità rispetto alle fasi svolte¹⁰⁸ garantendo, da un lato, la continuità tra la funzione amministrativa e l'autonomia di negoziazione e, dall'altro, un più corretto confronto tra i mezzi e le risorse offerte alle capacità di scelta dell'amministrazione¹⁰⁹.

Un ulteriore principio utilizzato, soprattutto nella materia delle commesse pubbliche, come canone di legittimità dell'azione discrezionale dell'amministrazione è il principio di proporzionalità¹¹⁰ (ex. art. 5 TCE, oggi art. 5 TUE¹¹¹).

un contenuto statico in quanto con esso si comunica l'azione del pubblico potere, la trasparenza ha invece un valore dinamico perché tramite questo il privato può capire l'azione amministrativa.

¹⁰⁶ Così CGCE, *Commissione/Italia*; CGCE, *Telaustria e Telefonadress*; CGCE, *Parking Brixen*; CGCE, *Coname*. Tale obbligo è assolto generalmente mediante la pubblicazione di bandi di gara, della seduta pubblica degli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta etc.

¹⁰⁷ Necessario qui il richiamo a F. BENVENUTI, *Funzione, procedimento, processo*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 1952, 124.

¹⁰⁸ CGCE, 24 gennaio 2008, C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE*; CGCE, 25 aprile 1996 C-87/94, *Bus Wallons*; CGCE, 12 dicembre 2002, C-470/99, *Universale-Bau*; CGCE, 24 novembre 2005 C-331/04, *Ati Eac*.

¹⁰⁹ G. PERICU - M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, cit., 334.

¹¹⁰ Tra le prime pronunce che indicano il principio di proporzionalità come connaturato alle norme del Trattato, si vedano CGCE, 11 luglio 1989, C-265/87, *Schrader* e CGCE, 13 novembre 1990, C-331/88, *Fedesa*. Il principio di proporzionalità ha trovato le prime applicazioni pratiche nell'ordinamento tedesco di fine ottocento e successivamente ha ricevuto consacrazione anche nell'ordinamento comunitario.

¹¹¹ Al principio di proporzionalità è inoltre dedicato il Protocollo n. 2 del Trattato.

Questo principio, derivato dalla giurisprudenza dell'ordinamento tedesco¹¹², è stato recepito dapprima tra i principi generali dell'ordinamento europeo¹¹³ e poi anche tra i principi generali di molti ordinamenti nazionali.

In particolare, il principio in esame impone alla P.A. di adottare la soluzione più idonea ed adeguata al caso di specie (*suitability*) ma contestualmente necessaria, nel senso che nessun altro strumento potrebbe dimostrarsi egualmente efficace (*necessity*)¹¹⁴: in questo modo, esso porta le amministrazioni ad optare per la soluzione ugualmente soddisfacente dell'interesse pubblico e meno afflittiva per il privato¹¹⁵.

Utilizzato come canone di condotta dell'azione amministrativa, il principio di proporzionalità permette in particolare un controllo estrinseco sulla logicità e correttezza delle scelte amministrative, rafforzandone chia-

¹¹² Il riferimento è al caso *Kreuzberg*, 14 giugno 1882 PrOvGe 1882, in materia di diritto di polizia: il Tribunale amministrativo superiore prussiano evidenziava la necessità che la misura repressiva si coniugasse con le libertà individuali, sottolineando l'esigenza che il mezzo concreto adottato dall'autorità risultasse il meno invasivo possibile per il cittadino leso. Nel diritto tedesco il principio di proporzionalità viene considerato come un canone d'azione che risulta dall'unione di tre elementi: l'idoneità (*Geeignetheit*), la necessità (*Erforderlichkeit*) e la proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit in engeren Sinne*). In particolare l'azione amministrativa è idonea quando permette di raggiungere il risultato voluto, è necessaria quando non esistono altri strumenti ugualmente efficaci e che incidono in modo meno negativo sulla sfera del singolo ed infine è proporzionale quando il mezzo e il suo fine sono tra loro proporzionati.

Per una ricostruzione del principio di proporzionalità in Germania cfr. D.U. GALLETTA, *art. 1, Principio di proporzionalità, Codice dell'azione amministrativa* A.M. SANDULLI (a cura di), Milano, 2011, 111.

¹¹³ Si veda in giurisprudenza CGCE, 16 luglio 1956, C-8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique*; CGCE, 14 dicembre 1962, C-5-11/62 e C-13-15/11, *Acciaierie San Michele*; CGCE, 19 marzo 1964, C-18/63, *Schmitz*; CGCE, 24 settembre 1984, C-181/84, *Man Sugar*; CGCE, 23 settembre 2003, C-192/2001, *Commissione c. Danimarca*.

Si rinvia alle trattazioni di S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistemica*, Torino, 2011 nonché A.M. SANDULLI, *Proporzionalità*, S. CASSESE (diretto da) *Diz. Dir. pubbl.*, Milano, 2006.

¹¹⁴ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2005, 246 nonché M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 442.

In giurisprudenza si veda CGCE, 2 febbraio 1994, C-315/92, *Clinique e CGCE*, 5 ottobre 1994, C-55/93, *Van Schaik*; CGCE, 12 novembre 1996 C-84/94 *Regno Unito c. Consiglio*, pt. 57.

¹¹⁵ CGCE, 11 luglio 1989 C-265/87, *Schräder* pt 21; CGCE, 16 ottobre 1991, C-24/90 *Werner Faust* pt. 12; CGCE, 5 maggio 1998, C-157/96 e C-180/96 *The Queen c. Commissioners of Customs & Excise e National Farmers' Union* pt 96.

ramente la funzione di garanzia delle situazioni soggettive dei privati che sono i destinatari dell'azione pubblica¹¹⁶.

Enucleati i “superprincipi¹¹⁷” che informano i pubblici appalti, è chiaro che questi possano trovare un'effettiva tutela solo mediante l'esperimento di una procedura minuziosamente disciplinata che è, per l'appunto, la gara ad evidenza pubblica: il corretto ed efficace funzionamento del mercato degli appalti sta per l'appunto nel rispetto del principio di concorrenzialità e dei suoi corollari nei confronti dei quali il procedimento ad evidenza pubblica si pone essenzialmente come uno «strumento di garanzia¹¹⁸» perché permette la contemporanea valutazione tanto delle posizioni dei partecipanti ad un determinato mercato quanto delle posizioni dei pubblici poteri i quali possono pervenire ad una scelta ponderata ed oggettiva di tutte le offerte sul mercato¹¹⁹.

6. L'ambito di applicazione delle procedure ad evidenza pubblica.

Come si è evidenziato, la necessità che la disciplina della contrattazione pubblica si raccordi ad un mercato concorrenziale, nel quale siano preservate tanto le aspettative delle imprese che quelle delle amministrazioni aggiudicatrici¹²⁰, è garantita mediante l'esperimento di una procedura

¹¹⁶ Il principio di proporzionalità è considerato come canone dell'azione amministrativa; esso ha natura giuridica e valore vincolante come ribadito dalla Corte di Giustizia: CGCE, 26 novembre 1985, C-182/84, *Mirò*, pt. 14; CGCE, 10 dicembre 2002, C-491/01, *British American Tobacco*; CGCE, 12 marzo 2002, C-27/00 e C-122/00, *Omega Air*; CGCE, 14 dicembre 2004, C-210/03 *Swedish Match*; CGCE, 14 luglio 2005, C-180/00, *Paesi Bassi c. Commissione*; CGCE 3 marzo 2005 C-21/03 e C-34/03, *Fabricom*; CGCE, 16 dicembre 2008, C-213/07, *Michaniki AE*, CGCE, 23 dicembre 2009, C-213/07; CGCE, 23 dicembre 2009, C-376/08, *Soc. Serrantoni*. In materia di appalti il principio di proporzionalità trova applicazione soprattutto con riferimento alle previsioni dei bandi di gara.

¹¹⁷ S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, Padova, 2002, 122. Secondo l'autore i due principi, nella materia degli appalti, operano in “sinergia”.

¹¹⁸ Così Corte Cost. 23 novembre 2007 n. 401.

¹¹⁹ S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit., 236.

¹²⁰ La Corte di Giustizia ha più volte affermato che la normativa in materia di appalti pubblici è volta non solo all'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile garantendo la partecipazione più ampia possibile alle gare in un'ottica di liberalizzazione dei mercati dei prodotti e dei servizi, ma anche alla tutela dell'interesse delle amministrazioni la quale, in questo modo, avrà un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai suoi bisogni. Così, CGCE, 19 maggio 2009, C-538/07, *Assitur* pt. 26; CGCE, *Bayerischer Rundfunk*,

concorsuale che metta in concorrenza diversi operatori economici le cui offerte vengono valutate in una situazione di parità e trasparenza dal pubblico potere e permetta contemporaneamente all'amministrazione di giungere ad una scelta ottimale e meglio confacente alle proprie esigenze di ordine funzionale ma anche economico.

Da ciò discende una fondamentale considerazione e cioè che le eventuali deroghe all'uso delle procedure ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione dei contratti di appalto¹²¹ debbano potersi giustificare con riferimento alla sussistenza di particolari situazioni di interesse pubblico e, circostanza ancor più importante, devono sempre essere espressamente previste dalla legge in ossequio al principio di legalità¹²².

pt. 39; CGCE, 1 maggio 2008, cause riunite C-147/06 e C-148/06, *SECAP e Santorso* pt. 29.

¹²¹ Costituiscono deroghe all'uso delle procedure di evidenza pubblica: gli artt. da 11 a 18 per la D. 18/04/CE e gli artt. da 19 a 23 per la D. 17/04/CE. (ex artt. da 4 a 5 per la direttiva Appalti 37/93/CE e artt. da 4 a 6 per la D. 50/92/CE). Nel Codice degli Appalti nazionale si faccia riferimento al titolo II parte III del Codice ed in particolare all'art. 19, co. 2 che disciplina gli appalti tra amministrazioni aggiudicatrici sulla base di diritti esclusivi nonché all'art. 218 per gli appalti nei settori speciali affidati tra società comuni o collegate. Non sono invece considerate deroghe all'evidenza pubblica le procedure negoziate né il dialogo competitivo: esse sono comunque procedure obbligate qualora sussistano determinati requisiti dell'appalto.

Alle specifiche deroghe contenute nelle direttive Appalti si aggiungono anche le regole di tutela della concorrenza direttamente previste nel TFUE ed in particolare l'art. 51 che dispone che «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» nonché l'art. 106 co. 2 TFUE secondo cui «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, 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, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione» e art. 107 co. 1 TFUE sugli aiuti di stato che dispone che «salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza».

¹²² Sulla necessità che anche la procedura di evidenza pubblica sia sottoposta al principio di legalità si veda L. FIORENTINO – C. LACAVA, *Il codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, *Giorn. Dir. amm.*, *Quaderni* 15/2007, 1; C. LACAVA, *I contratti pubblici tra Stato e Regioni e la tutela della concorrenza*, in *Gior. Dir. amm.*, 6/2008, 624 ss.

In generale sul principio di legalità R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 24. Sul principio di legalità si veda S. FOIS, *Legalità (principio di)*,

6.1. Il principio di legalità e l'interpretazione restrittiva delle deroghe all'evidenza pubblica.

L'applicazione del principio di legalità – nella sua accezione sostanziale e formale – ha un duplice risvolto nella materia degli appalti pubblici in quanto impone, da un lato, che la procedura ad evidenza pubblica, posta a tutela della concorrenzialità degli operatori economici, possa essere derogata solo nelle ipotesi tassative ed eccezionali previste dalle direttive e, dall'altro, impedisce però che «l'invocazione del principio di concorrenza possa determinare il superamento del testo di legge¹²³».

In sostanza, tale principio funge da criterio equilibratore in quanto impedisce che i pubblici poteri, dotati di piena capacità giuridica¹²⁴, possano deliberatamente scegliere se, quando e come ricorrere alle procedure ad evidenza pubblica, ma contemporaneamente evita che l'appiglio alla necessaria concorrenzialità del mercato possa di per sé giustificare comportamenti non previsti dalla legge.

Ciò che qui interessa è che, in materia di gare pubbliche, il principio di legalità ha trovato una stringente applicazione da parte della giurisprudenza della Corte di Giustizia la quale¹²⁵, in più occasioni, ha rigettato la possibilità di un'interpretazione analogica o estensiva delle deroghe previste nelle direttive¹²⁶, evidenziando al contrario la necessità che le disposizioni di legge volte a tutelare i diritti riconosciuti nei Trattati – come quelle sulle procedure di gara – venissero lette in senso restrittivo.

Una lettura stringente invero si giustifica anche in applicazione del canone ermeneutico dell'«effetto utile»¹²⁷, secondo il quale, tra più soluzioni

Enc. Dir., Milano, 1973, 659. In particolare con riferimento all'attività amministrativa si veda G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge* in *Riv. dir. pubbl.* XVI, 1924, ora anche in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969; G. CORSO, *Art. 1, cit.*, 3 ss

¹²³ R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 24.

¹²⁴ S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit., 73 ss.

¹²⁵ CGCE, 18 maggio 1995, C-57/94, *Commissione c. Repubblica Italiana*, pt. 23. Si veda anche, CGCE, 28 marzo 1996, C-318/94, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, pt. 13; CGCE, 13 gennaio 2005, C-84/03, *Commissione c. Regno di Spagna*, pt. 48; CGCE, 18 gennaio 2007, C-220/05, *Jean Aurox c. Commune de Roanne*; CGCE, 6 aprile 2006, C-410/04, *ANAV c. Comune di Bari*.

¹²⁶ La Corte si è trovata a fronteggiare una prassi invalsa tra le stazioni appaltanti le quali, interpretando estensivamente l'art. 6 D. 50/92/CE, procedevano ad affidamenti diretti degli appalti pubblici di lavori e forniture senza preventivo esperimento della gara pubblica.

¹²⁷ Il principio dell'effetto utile è utilizzato come canone di interpretazione delle disposizioni contenute negli atti legislativi comunitari: esso impone che le

interpretative differenti, si deve comunque accogliere quella che meglio risponde alle esigenze sottese alla normativa analizzata, realizzandosi, solo in questo modo, l'effetto utile della disposizione. In sostanza, l'interpretazione delle disposizioni legislative comunitarie deve avvenire attribuendo a queste un significato pratico ed effettivo che permetta l'effettivo perseguimento degli obiettivi comunitari.

In materia di pubblici appalti, è evidente che l'effetto utile si ravviserà proprio nell'evitare che i pubblici poteri possano utilizzare la propria capacità giuridica applicando in modo discrezionale i principi enucleati dalle direttive Appalti: per tale ragione, la giurisprudenza della Corte ha sottolineato il carattere «tassativo ed eccezionale delle deroghe all'effettività delle direttive in materia»¹²⁸, ritenendo sussistente un implicito principio di «necessaria nominatività espressa delle deroghe»¹²⁹.

Questa impostazione rigorosa d'altra parte si basa su una lettura sistematica del rapporto intercorrente tra concorrenzialità/gara ed eccezione, interpretata alla luce del principio di legalità per cui le procedure ad evidenza pubblica possono essere legittimamente derogate a favore di un affidamento diretto solo ove espressamente previsto dalle disposizioni di legge.

6.2. La nozione di contratto pubblico e l'interpretazione estensiva della nozione di “amministrazione aggiudicatrice” e di “operatore economico”.

disposizioni in analisi vengano interpretate in modo da attribuire un significato coerente con il contesto in cui si inseriscono ma al tempo stesso, servente rispetto agli obiettivi perseguiti dalla normativa. Tale principio è uno dei corollari in cui si specifica il primato del diritto europeo, assieme a quello della cd. interpretazione conforme. La Corte di Giustizia ha costantemente affermato che «*chaque disposition de droit communautaire doit être replacée dans son contexte et interprétée à la lumière de l'ensemble des dispositions de ce droit, de ses finalités et de l'état de son évolution à la date à laquelle l'application de la disposition en cause doit être faite*». Si vedano, CGCE, 10 novembre 2005, C-29/04 *Modling*; CGCE, 14 ottobre 1999, C-223/98, *Adidas*; CGCE, 6 ottobre 1982, C-238/81, *srl Cilfit e Lanificio di Gavado*; CGCE, 13 dicembre 1983, C-218/82, *Commissione c. Consiglio*; CGCE, 26 giugno 2007, C-305/05, *Ordre des barreaux francophones*; CGCE, 19 novembre 2009, C-402-432/07, *Sturgeon*.

Sul principio dell'effetto utile in dottrina si veda ad ex. M.G. SCORRANO, *Il principio dell'effetto utile*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Ordinamento dell'Unione Europea*, Milano, 2006, 349 e S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano 2008, 153 ss.

¹²⁸ M.A. SANDULLI, *L'oggetto*, cit. 29.

¹²⁹ L. GENINATTI SATÉ, *Forme e limiti dell'affidamento di appalti di lavori tra amministrazioni aggiudicatrici*, *Foro amm. – CdS*, 3/2007, 740. Sul punto si veda anche G. RONDONI, *Convenzione tra amministrazioni aggiudicatrici come appalto pubblico di lavori*, *Urbanistica e appalti*, 5/2007, 558.

Se da un lato la giurisprudenza della Corte ha operato una lettura sempre più stringente delle deroghe all'evidenza pubblica, dall'altra, l'estensione a tutti i contratti pubblici del sistema dei principi fissati dal Trattato l'ha portata ad allargare, sempre più, l'ambito di operatività dello strumento della gara pubblica fino a ricomprendervi fattispecie che, alla luce del diritto nazionale, non venivano affatto considerate come contratti pubblici¹³⁰.

In questo modo, la Corte di Giustizia tende ad assicurare che sempre più settori del mercato siano sottoposti all'esperimento di procedure di garanzia per la tutela della più ampia concorrenzialità ed obiettività.

In particolare, l'azione interpretativa della Corte di Giustizia ha avuto innanzitutto come oggetto la nozione di "contratto pubblico d'appalto"¹³¹ contenuta nelle direttive del 2004. Poiché né la Commissione né il Consiglio si erano preoccupati di enucleare un'interpretazione comune della nozione che appariva per la prima volta nelle direttive, è stato il giudice comunitario che, privilegiandone una lettura in senso funzionale¹³², ha infine sostenuto che rientrano nella nozione di pubblico contratto tutte quelle «fattispecie attraverso le quali i soggetti pubblici si procurano utilità in via convenzionale rivolgendosi al mercato¹³³».

In disparte ogni possibile disamina circa l'estensione dell'ambito di applicazione soggettiva della normativa in tema di pubbliche commesse, ai fini del presente lavoro, deve inoltre rilevare che il giudice comunitario, per evitare che l'effetto utile delle direttive Appalti venisse eluso, ha poi interpretato, in senso sempre più estensivo, anche la nozione di "amministrazione aggiudicatrice"¹³⁴.

¹³⁰ M.P. CHITI, *I principi*, cit., 163; S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit. 238.

¹³¹ Art. 1 co. 2. lett. a) D. 18/2004/CE e art. 1 co. 2 lett. a) della D. 17/2004/CE: gli appalti pubblici sono «i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici (ndr. o enti aggiudicatori per la direttiva settore speciali) aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva»

¹³² CGCE, 17 dicembre 1998, C-353/96, *Commissione c. Irlanda*; CGCE, 10 novembre 1998, C-360/96, *BFI Holding BV*. In materia di organismi di diritto pubblico in particolare CGCE, 20 settembre 1988, C-31/87 *Beentjes*.

Sull'argomento S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit., 236 evidenzia come si sia passati da un'interpretazione «di tipo chiuso ad una per così dire di tipo aperta» proprio al fine di evitare che soggetti sostanzialmente pubblici potessero sottrarsi all'applicazione delle direttive.

¹³³ C. FRANCHINI, *L'appalto di lavori servizi e forniture in Il contratto di appalto pubblico*, cit., 23.

¹³⁴ Si fa presente che tutte le definizioni comunitarie di "pubblica amministrazione" hanno un carattere relativo e strumentale alla tutela dei valori della concorrenza nell'aggiudicazione degli appalti pubblici: questo porta ad un'interpretazione estensiva della nozione. Sul punto si legga J.A.M. MOLINA, *Le*

In realtà la nozione contenuta nell'art. 1 co. 9 delle nuove direttive Appalti¹³⁵ appare abbastanza chiara allorché si riferisce allo Stato o agli enti territoriali; altrettanto però non si è potuto sostenere in relazione alla nozione di “organismo di diritto pubblico”¹³⁶.

La Corte di Giustizia, interpretando il testo della disposizione in senso “estensivo”¹³⁷, ha ritenuto che il termine abbia il pregio di riunire in sé tutte quelle situazioni in cui un soggetto, dotato di personalità giuridica di diritto

distinte nozione comunitarie di pubblica amministrazione, Riv. it. Dir. pubbl. com. 1998, 587 secondo cui «la figura dei soggetti pubblici nasce già multiforme e risponde a distinte finalità a seconda dell'ambito di cui si tratti». Sulla questione si legga anche M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo, cit.*, 256.

¹³⁵ Ai sensi dell'art. 1 co. 9 delle Direttive si considerano amministrazioni aggiudicatrici «lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico»

¹³⁶ Ai sensi dell'art. 1 co. 9 delle direttive appalti sono organismi di diritto pubblico quegli organismi «istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altro organismi di diritto pubblico»

La sentenza più importante sul punto è la CGCE, 5 gennaio 1998 C-44/96 *Mannesmann*. Nello stesso senso CGCE, 10 novembre 1998, C-360/96, *BFI Holding BV*; CGCE, 10 maggio 2001, C-223/99 e C-260/99, *Agorà srl e Excelsior*; CGCE, 22 maggio 2003, C-18/01, *Taitotalo Oy*; CGCE, 16 ottobre 2003, C-283/00, *Commissione c. Spagna*.

In dottrina tra i tanti contributi si vedano M.P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000; ID., *Diritto amministrativo europeo*, Milano 2011, 275; S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit., 236; S. MARTINO, *Art. 32 in R. GAROFOLI- G. FERRARI Codice degli appalti pubblici*, 2011, 359 ss; F. CINTIOLI, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività? (brevi note sull'organismo di diritto pubblico)*, www.giustamm.it; G. BARDELLI, *Nozione di organismo di diritto pubblico, accordi tra PP.AA. e fattispecie di procedura negoziata negli appalti pubblici*, in *Urb. e app.*, 11/2005, 1275; S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Urb. e App.*, 10/2003, 1139; A. CRISMANI, *La partecipazione alle gare di operatori economici pubblici*, in *Il “giusto” prezzo tra Stato e mercato – Liber amicorum per Mauro Giusti*, Torino, 2009, 273; B. MAMELI, *Lo stretto collegamento tra la nozione di organismo di diritto pubblico e la ratio delle direttive sugli appalti pubblici*, *Giur. It.* 2011, 953.

¹³⁷ CGCE, 27 febbraio 2003, C-373/00, *Adolf Trudley*.

pubblico, o anche privato¹³⁸ – per l’influenza pubblica su di sé esercitata da un’amministrazione o per la funzionalizzazione della sua attività al perseguimento di interessi generali¹³⁹ – possa farsi condizionare da ragioni extra-economiche, anche di natura politica, e possa, quindi, essere portato ad eludere i principi della concorrenza e del mercato nella ricerca dei loro contraenti¹⁴⁰.

¹³⁸ Nelle CGCE, 15 maggio 2003 C-214/00 *Commissione c. Spagna*; CGCE, 17 dicembre 1998, C-306/97, *Coillte Teoranta*, la Corte ha specificato che l’interpretazione estensiva porta a ricomprendere nella nozione anche organismi dotati di personalità giuridica di diritto privato.

¹³⁹ È in relazione a tale criterio che sono sorte le maggiori difficoltà interpretative: in sostanza rientrerebbero nella categoria tutti quegli enti di diritto pubblico o privato, che pur operando con una struttura oggettivamente imprenditoriale, compiano la propria attività nell’ambito di un mercato non concorrenziale: in sostanza questi organismi non sopportano alcun rischio economico nemmeno legato alle perdite finanziarie. In giurisprudenza si veda CGCE, 3 ottobre 2000, C-380/98 *University of Cambridge*, pt. 17; CGCE, *Agorà srl, cit.*, pt. 40; CGCE, 12 dicembre 2002, C-470/99, *Universale Bau AG*, pt. 52; CGCE, 16 ottobre 2003, C-283/00, *Commissione c. Spagna* pt. 91; CGCE, 27 febbraio 2003, C-373/00, *Adolf Trudley*, pt. 42.

In particolare in CGCE, *Taitotalo Oy, cit.*, pt. 51 si legge che: «infatti, se l’organismo opera in normali condizioni di mercato, persegue lo scopo di lucro e subisce le perdite connesse all’esercizio della sua attività, è poco probabile che i bisogni che esso mira a soddisfare abbiano carattere non industriale o commerciale. In una tale ipotesi, le direttive comunitarie relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, del resto, non si applicherebbero, poiché un organismo che persegue uno scopo di lucro e che si assume i rischi connessi alla propria attività non si impegnerà di regola in un procedimento di aggiudicazione di un appalto a condizioni che non siano economicamente giustificate».

Sul punto ex multis si legga F. CINTIOLI, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l’attività?* cit; S. MARTINO, *Art. 32 cit.*, 359; B. RAGANELLI, *L’ambito oggettivo e soggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici*, cit.

¹⁴⁰ Come evidenziato chiaramente in CGCE, 1 febbraio 2001 C-237/99, *Commissione c. Francia*. Cfr. S. VINTI, *Limiti funzionali all’autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell’appalto di opere pubbliche*, cit., 236; P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell’amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005, 509.

In applicazione dei principi comunitari, ad esempio in Italia, sono considerati organismi di diritto pubblico tanto gli enti pubblici non economici che altre figure privatistiche quali i Consorzi, le Università Statali, le Comunità Montane, società private come Poste Italiane srl, Ferrovie dello Stato spa, etc. Non sono invece inclusi in questa categoria ad esempio l’Ente Fiera Milano, il comitato organizzatore dei XX Giochi olimpici invernali, l’ente autonomo Fiera del Levante.

In questa operazione ermeneutica, la Corte di Giustizia oltre ad estendere la nozione di “amministrazione aggiudicatrice”, ha anche esaminato quella di “operatore economico” che ha subito, nel tempo, un progressivo allargamento applicativo.

In particolare, ai sensi delle direttive del 2004, il contratto di appalto viene stipulato con un «operatore economico», termine questo che comprenderebbe testualmente «l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi¹⁴¹».

Come spesso affermato dai giudici europei¹⁴², tale nozione non ha alcun carattere concettuale: ai fini della qualificazione non è rilevante che

¹⁴¹ Art 1 co. 8 D. 18/2004/CE e art. 1 co. 8 D. 17/2004/CE.

Sulla nozione di operatore economico si veda C. GRILLO – R. PELLEGRINI, *I requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento (art. 34-52)*, in *Commento al Codice dei contratti pubblici*, M. SANINO (a cura di), 2008, 322 ss.

¹⁴² Da ultimo, l'impostazione della CGCE, 23 dicembre 2009 C-305/08 *CoNISMa* la quale ritiene che «la normativa comunitaria non richiede che il soggetto che stipula un contratto con un'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di realizzare direttamente con mezzi propri la prestazione pattuita perché il medesimo possa essere qualificato come imprenditore, ossia come operatore economico; è sufficiente che tale soggetto abbia la possibilità di fare eseguire la prestazione di cui trattasi, fornendo le garanzie necessarie a tal fine. Di conseguenza, sia dalla normativa comunitaria sia dalla giurisprudenza della Corte risulta che è ammesso a presentare un'offerta o a candidarsi qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando di gara, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione di detto appalto, in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto, indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto privato o di diritto pubblico e di essere attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale, o, ancora, dal fatto di essere sovvenzionato tramite fondi pubblici o meno. L'effettiva capacità di detto ente di soddisfare i requisiti posti dal bando di gara, come fa giustamente osservare il governo ceco, è valutata durante una fase ulteriore della procedura, in applicazione dei criteri previsti agli artt. 44-52 della direttiva 2004/18. Occorre aggiungere che un'interpretazione restrittiva della nozione di «operatore economico» avrebbe come conseguenza che i contratti conclusi tra amministrazioni aggiudicatrici e organismi che non agiscono in base a un preminente scopo di lucro non sarebbero considerati come «appalti pubblici», potrebbero essere aggiudicati in modo informale e, in tal modo, sarebbero sottratti alla norme comunitarie in materia di parità di trattamento e di trasparenza, in contrasto con la finalità delle medesime norme». Sulla base di queste premesse la Corte arriva a sostenere che, anche enti pubblici non economici quali le Università ed istituti di ricerca, una volta autorizzati dallo Stato membro ad operare sul mercato, devono essere considerati alla stregua di operatori economici ai sensi del diritto europeo degli appalti.

Ugualmente, CGCE, 7 dicembre 2000 n. 94/99 *ARGE Gewässerschutz*; CGCE, 10 gennaio 2006, C-222/04, *Ministero dell'economia c. Cassa di Risparmio di Firenze*; concl. Avv. Gen. Jacobs del 1 dicembre 2005 in causa

l'ente sia imprenditore ai sensi del diritto interno (per quel che riguarda Italia, ai sensi dell'art. 2082 c.c.) ma solamente che esso «abbia la possibilità di fare eseguire la prestazione di cui trattasi, fornendo le garanzie necessarie a tal fine¹⁴³»: non interessa quindi, che il soggetto abbia natura pubblica o privata né che benefici di particolari forme di finanziamento; ciò che interessa è invece che esso operi sul mercato prestando beni e servizi o lavori ed opere, in concorrenza con una pluralità di operatori¹⁴⁴, e che abbia l'effettiva capacità di garantire l'esecuzione del contratto in modo diretto o indiretto.

Se queste sono le condizioni è chiaro che nulla impedisce che anche una pubblica amministrazione sia considerata, in un determinato mercato, un operatore economico nonostante essa non persegue un preminente scopo di lucro, non abbia una struttura d'impresa e non assicuri una presenza continua sul mercato¹⁴⁵.

CGCE, 23 novembre 2006 C-5/05 *Joustra*; CGCE, 29 marzo 2009 C-113/07, *Selex Sistemi Integrati c. Commissione*.

La Commissione ha ribadito nella Comunicazione del 20 novembre 2007 COM(2007)725 su “*I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*” che «per la Corte di Giustizia, nell'ambito del diritto della concorrenza, non è il settore e lo status di un soggetto che svolge un servizio (ad ex. il fatto che si tratti di un'impresa pubblica, privata, associazioni di imprese i parte dell'amministrazione statale) né le modalità di finanziamento a determinare se le sue attività siano da considerarsi economiche»

In dottrina, specificamente sulla questione A. CRISMANI, *La partecipazione alle gare di operatori economici pubblici*, cit. ritiene che sia da considerare quale operatore economico, ogni soggetto «potenzialmente in grado di partecipare alle gare pubbliche, ed è conseguentemente applicabile a qualsiasi persona giuridica – pubblica o privata – che svolga un'attività sussumibile in quella d'impresa che offra cioè sul mercato non solo prodotti o servizi ma anche la realizzazione di opere o lavori»; nonché G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti «in house»: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, *Riv. it. Dir. pubbl. com.* 2005, 61 ss.

¹⁴³ CGCE, 2 luglio 2001, causa C-399/98, *Ordine degli Architetti*, pt. 90.

¹⁴⁴ CGCE, 29 novembre 2007, C-119/06, *Commissione c. Repubblica Italiana*.

¹⁴⁵ Tale orientamento è stato recepito dalla giurisprudenza nazionale: ex multis si legga Cons. St., Sez. VI 16 giugno 2009 n. 3897 nonché Avcp, Parere 23 aprile 2008 n. 127. Se da un lato non si pongono particolari problemi interpretativi per quanto concerne gli enti pubblici economici e le società pubbliche che svolgono attività nel libero mercato; né per le società cd. strumentali ex art. 13 dl. 223/2006 per le quali è prevista una disciplina particolare in quanto esse possono operare solo con le amministrazioni costituenti non rivolgendosi mai al mercato, dubbi sorgono invece per quel che riguarda gli enti pubblici non economici. Dottrina e giurisprudenza, nazionale e comunitaria, propendono per orientamenti spesso fortemente contrastanti: questo è il caso ad esempio delle associazioni di volontariato (Cons. St., Sez. VI, 23 gennaio 2013 n. 387; Cons. St., Sez. V, 26 agosto 2010 n. 5956, TAR Liguria, Sez. II, 13 maggio 2010 n. 2534), delle

6.3. L'applicabilità delle direttive comunitarie in materia di appalti agli accordi stipulati tra pubbliche amministrazioni.

Se quindi è possibile fare rientrare nella nozione di operatore economico sia soggetti pubblici che privati, si comprende perché la Corte di Giustizia non abbia escluso *a priori* dall'ambito di applicazione delle direttive Appalti i contratti conclusi tra più amministrazioni aggiudicatrici: in assenza di una esplicita disposizione di legge e alla luce di un'interpretazione sempre più estensiva dell'ambito di applicazione soggettiva delle procedure ad evidenza pubblica, nulla osta a considerare un contratto concluso tra pubbliche amministrazioni alla stregua di un contratto pubblico di appalto alla luce del diritto europeo.

Questo criterio interpretativo – già implicitamente ricavabile nella nota sentenza *Teckal*¹⁴⁶ – è stato espressamente enucleato nella recente sentenza della Corte di Giustizia *Commissione c. Regno di Spagna*¹⁴⁷: il giudice

Università ed istituti di ricerca (TAR Puglia, Lecce, Sez. 1, 21 luglio 2010 n. 1791. Contra Cons. St., Sez. V, 10 luglio 2010 n. 6548), degli organismi di diritto pubblico quali la Croce rossa italiana (TAR Lombardia Milano Sez. III 16 marzo 2005 n. 612 confermata da Cons. St., Sez. V, 12 aprile 2007 n. 1707; TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I 19 novembre 2014 n. 456) o il corpo dei vigili del fuoco.

Aperture si sono avute invece per quel che concerne le fondazioni (Cons. St., Sez. VI, 16 giugno 2009 n. 3897; Cons. St., Sez. V, 10 settembre 2010 n. 6528) e le cooperative sociali (TAR Emilia Romagna, Sez. I 26 aprile 2010 n. 3831; TAR Veneto, Sez. I, 27 gennaio 2010 n. 174).

¹⁴⁶ CGCE, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal* con nota G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio di gara cit.* 2000, 1393; D. PROTO, *La direttiva 93/36/CEE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è applicabile anche nei contratti tra amministrazioni aggiudicatrici in Urbanistica e appalti*, 2000, 1149. La questione poi venne affrontata nuovamente in CGCE, *ARGE Gewässerschutz*, cit.

Medesimi principi sono stati ribaditi anche in CGCE, 18 gennaio 2007 C-220/05, *Jean Auroux c. Commune de Roanne*; CGCE, 11 maggio 2006 C-340/04 *Carbotermo*; CGCE, 13 gennaio 2005, C-84/03 *Commissione c. Regno di Spagna*; CGCE, 11 gennaio 2005 C-26/03, *Stadt Halle*; CGCE, 21 luglio 2005 C-231/03 CONAME. Vedere anche la cause riunite CGCE, 3 luglio 2003, C-83/01, C-91/01, C-94/01, *Chronopost c. Uflex* nonché la Comunicazione della Commissione cit. e il Libro Verde "Relativo ai partenariati pubblici privati ed al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni" COM(2004)327 pt. 63.

¹⁴⁷ Cfr. CGCE, 13 gennaio 2005, C-84/03 *Commissione c. Regno di Spagna*, pt. 38 e 40, la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla corretta trasposizione delle direttive Appalti da parte della *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (legge spagnola relativa agli appalti aggiudicati dalle amministrazioni pubbliche), 16 giugno 2000, nella sua versione codificata approvata dal *Real Decreto Legislativo* 16 giugno 2000, n. 2, che, all'art. 3, n. 1, lett. c) escludeva dal proprio ambito di applicazione, tutti gli accordi di collaborazione stipulati tra le

comunitario era stato chiamato a pronunciarsi sulla fondatezza della procedura di infrazione mediante la quale la Commissione contestava alla Spagna l'inesatta trasposizione delle direttive Appalti degli anni novanta, per l'aver escluso *a priori* dal loro ambito di applicazione i contratti conclusi tra due o più amministrazioni pubbliche.

A conclusione del procedimento, la Corte ha ritenuto che costituisce una trasposizione inesatta delle direttive citate «una normativa nazionale in materia di appalti pubblici che esclude *a priori* dal suo ambito di applicazione gli accordi stipulati tra amministrazioni pubbliche e gli altri enti pubblici (*ndr.* accordi di collaborazione), e quindi, anche gli accordi che costituiscono appalti pubblici agli effetti delle dette direttive. Infatti, affinché sussista un appalto pubblico [...] basta in linea di principio che il contratto sia stato stipulato, da un lato, da un ente locale (*ndr.* o da qualunque pubblica amministrazione) e, dall'altro, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo¹⁴⁸».

amministrazioni pubbliche e gli altri enti pubblici. Per il commento alla sentenza si legga G. BARDELLI, *Nozione di organismo di diritto pubblico, accordi tra PP.AA. e fattispecie di procedura negoziata negli appalti pubblici*, cit., 1277; M. PROTTO, *Accordi tra pubbliche amministrazioni e disciplina degli appalti*, *Urbanistica e Appalti*, 7/2005, 780; A. DE MICHELE *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico* in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011.

Di recente il medesimo principio è stato ribadito nella CGCE, 18 gennaio 2007 C-220/05, *Jean Auroux c. Commune de Roanne*. La questione trova origine nell'ambito di una controversia insorta tra il sig. Auroux ed altri nei confronti del Comune di Roanne per l'annullamento di una delibera del consiglio comunale che autorizzava il sindaco a sottoscrivere direttamente con la SEDL (*Société d'équipement du département de la Loire*) un contratto d'appalto per la realizzazione di un centro ricreativo all'interno del territorio comunale. Il TA Lyon decideva di sospendere il giudizio e di rinviare pregiudizialmente la questione alla Corte di Giustizia affinché questa indicasse in quali ipotesi le convenzioni stipulate tra due o più poteri pubblici possono costituire appalto di lavoro pubblico ai sensi delle direttive Appalti. In dottrina si legga L. GENINATTI SATÉ, *Forme e limiti dell'affidamento di appalti di lavori tra amministrazioni aggiudicatrici*, cit., 740 ss; G. RONDONI, *Convenzione tra amministrazioni aggiudicatrici come appalto pubblico di lavori*, cit., 555 ss; FERRARO V., *La sentenza Auroux - Commune de Roanne: una nuova pronuncia del giudice comunitario in materia di affidamento di un appalto senza procedura ad evidenza pubblica*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1/2007, 350; ADOBATI E., *La Corte di giustizia interpreta nuovamente la direttiva sugli appalti pubblici di lavori con riferimento ad un'aggiudicazione senza gara in un caso di affidamento in house*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2/2007, 324; BRACONNIER S., *L'apport de l'affaire "Auroux" au droit des contrats publics d'affaires*, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 5/2007, 1329.

¹⁴⁸ CGCE, *Commissione c. Regno di Spagna*, cit. pt. 48.

Il giudice comunitario, aderendo all'impostazione della Commissione, ha così rilevato che la figura dell'appalto pubblico è in realtà integrata tutte le volte in cui un contratto è stipulato tra una pubblica amministrazione ed un soggetto da quest'ultima distinto su di un piano formale e decisionale, sia esso di natura pubblica o privata.

In definitiva, per capire se trattasi di un contratto che ricade nell'ambito applicativo delle direttive, è necessario svolgere un'indagine cognitiva sulla presenza o meno di elementi da cui possa desumersi un rapporto di assoluta autonomia e terzietà tra la stazione appaltante ed il soggetto con cui essa stipula il contratto d'appalto¹⁴⁹: la presenza di tali elementi è di per sé in grado di determinare la sussunzione del contratto sottoscritto alla categoria dei contratti di appalto, comportando quindi l'obbligo per la stazione appaltante di mettere in concorrenza il contratto in questione mediante gara¹⁵⁰.

Tale lettura appare conforme all'impostazione dell'ordinamento comunitario che esclude che le amministrazioni pubbliche possano godere di un regime privilegiato, se non in casi particolarissimi¹⁵¹; anzi, la lettera dell'art. 106 TFUE impone agli Stati membri di assoggettare tanto le imprese pubbliche che quelle titolari di diritti speciali ed esclusivi a livello nazionale¹⁵² alle medesime regole di mercato cui sono assoggettate le imprese

¹⁴⁹ CGCE, *Teckal*, cit. pt. 51.

In dottrina si veda S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, cit., 1151; V.M. LEONE, *In house: ossia dell'autonomia decisionale della pubblica amministrazione*, in C. FRANCHINI - F. TEDESCHINI, *Nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, 2008, 376; R. CAVALLO PERIN, *Il modulo "derogatorio": in autoproduzione o in house providing*, in H. BONURA - M. CASSANO M., *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011, 122.

¹⁵⁰ CGCE, 19 aprile 2007 C-295/05 *ASEMFO* pt. 59; Conclusioni Avv. gen. Y. Bot, 20 settembre 2007 C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, pt. 77.

¹⁵¹ L'art. 106, co. 2 TUE prevede una deroga all'applicazione delle norme sui trattati per le imprese incaricate della gestione dei Servizi di Interesse Economico Generale (SIEG), qualora detta applicazione ostacoli la specifica missione loro affidata. Quindi la gestione del servizio deve in via generale essere soggetta alle regole del mercato, ma è prevista una deroga all'applicazione delle regole sulla concorrenza laddove il rispetto dei principi di mercato rischi di compromettere la missione affidata al gestore.

¹⁵² Ex art. 86 (ex art. 90) TCE. L'art. pone il principio di parità di trattamento tra imprese pubbliche, titolari di diritti speciali o esclusivi, e le imprese private che esercitano la loro attività nell'ambito del mercato comune. È chiaro infatti che se le imprese pubbliche fossero sottratte alle regole di mercato e concorrenza, potrebbero verificarsi episodi di discriminazione inconciliabili con il

private, in ossequio al principio di non discriminazione: ciò vale quindi anche per la materia delle commesse pubbliche.

Una diversa impostazione, d'altra parte, non sarebbe prospettabile perché in assenza di una deroga espressa, non è possibile escludere automaticamente dall'ambito di applicazione delle direttive Appalti i contratti conclusi tra amministrazioni pubbliche; se così fosse infatti, verrebbe eluso il loro effetto utile che è invece volto a garantire il rispetto dei principi della concorrenza e del mercato nella ricerca del contraente.

In definitiva, alla luce di quanto sinora detto, si comprende con maggiore chiarezza che i principi tutelati mediante la procedura ad evidenza pubblica rivestono all'interno del mercato degli appalti pubblici un'importanza tale che essi devono sempre trovare applicazione, anche quando «un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, concluda per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti (o la realizzazione di lavori o la prestazioni di servizi), indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno¹⁵³».

SEZ. 2: L'autonomia organizzativa dei pubblici poteri.

Al di là delle specifiche deroghe previste dai Trattati o dalle direttive Appalti¹⁵⁴, la creazione del mercato comune degli appalti e l'applicazione delle regole della libera concorrenza incontrano un ulteriore limite nella libertà organizzativa dei pubblici poteri (cd. «potere di auto-organizzazione dell'amministrazione¹⁵⁵») riconosciuta dall'ordinamento europeo agli Stati membri¹⁵⁶ e recentemente anche alle loro autonomie regionali e locali¹⁵⁷.

diritto europeo. In giurisprudenza si veda CGCE, 6 luglio 1982, C-188-190/1980, *Commissione c. Francia e Italia c. Regno Unito*.

Si legga A. GARDELLA, *Art. 86 TCE*, cit. 577; P. DIBOUT, *Art. 90*, cit. 473.

¹⁵³ CGCE, ord. 14 novembre 2002, C-310/01 *Didi Dino Figli srl* con nota di S. COLOMBARI, *op. ult. cit.*, 1139.

¹⁵⁴ Per la direttiva Appalti 37/93/CE si vedano gli artt. da 4 a 5; per la D. 50/92/CE gli artt. da 4 a 6; per la D. 18/04/CE gli artt. da 11 a 18; per la D. 17/04/CE gli artt. da 19 a 22.

Alle specifiche deroghe contenute nelle direttive Appalti si aggiungono anche le regole di tutela della concorrenza direttamente previste nel TFUE ed in particolare quelle dell'art. 51 e dell'art. 106 co. 2 TFUE.

¹⁵⁵ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 67.

¹⁵⁶ Concl. Avv. Gen. A. La Pergola 19 febbraio 1998 C-360/96, *BFI Holding c. Arnhem*, pt. 26; Concl. Avv. Gen. S. Alber, 18 marzo 1999 C-108/98, *RISAN srl c. Comune di Ischia* pt. 49; CGCE, 11 marzo 2003, C-186/01, *Dory*; Concl. Avv. gen. J. Kokott, 1 marzo 2005, C-458/03, *Parking Brixen* pt. 42; CGCE, 11 gennaio

Com'è noto infatti, il legislatore comunitario, pur essendo titolare di una competenza esclusiva in punto di definizione delle «regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno»¹⁵⁸, non può però obbligare i pubblici poteri interni ai paesi membri ad utilizzare particolari strutture organizzative per raggiungere i fini comunitari imposti così come non può imporre loro di fare ricorso al mercato, soprattutto quando la medesima funzione pubblica o i medesimi beni o servizi possano essere offerti mediante l'uso di «propri strumenti»¹⁵⁹.

La libertà di organizzazione amministrativa si pone quindi più come un «limite esterno alle regole sulla concorrenza»¹⁶⁰ – che presentano infatti un carattere recessivo laddove vi sia spazio per l'autonomia organizzativa dei pubblici poteri – che come una vera e propria deroga alla concorrenza, in quanto, come si evidenzierà meglio più avanti, la scelta organizzativa «esclude in radice la concorrenza per (o nel) mercato»¹⁶¹.

Questa inversione di valori – per la quale si ammette il sacrificio delle regole di tutela della concorrenza a fronte della valorizzazione dei moduli organizzativi interni – è d'altra parte possibile proprio perché l'ordinamento

2005, C-26/03 *Stadt Halle e RPL Lochau* pt. 48; CGCE, 13 novembre 2008, C-324/07 *Coditel Brabant SA* pt. 48-49.

¹⁵⁷ L'art. 4, par. 2, TUE, inserito dal Trattato di Lisbona, così recita: «L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali». Prima dell'introduzione del citato articolo un espresso richiamo all'identità nazionale era stato inserito nell'art. I-5.1 del Trattato che adotta una costituzione per l'Europa (cd. Costituzione Europea) abbandonato a seguito del voto referendario negativo della Francia e dei Paesi Bassi.

¹⁵⁸ Art 3, par. 1, pt. B) TFUE.

¹⁵⁹ La Corte di Giustizia esorta spesso le amministrazioni ad utilizzare “propri strumenti”. Si vedano ad esempio Concl. Avv. Gen. A. La Pergola 19 febbraio 1998 C-360/96, *BFI Holding c. Arnhem*, pt. 26; Concl. Avv. Gen. S. Alber, 18 marzo 1999 C-108/98, *RISAN srl c. Comune di Ischia* pt. 49; CGCE, 11 marzo 2003, C-186/01, *Dory*; Concl. Avv. gen. J. Kokott, *Parking Brixen* pt. 42; CGCE, *Stadt Halle e RPL Lochau* pt. 48; CGCE, 13 novembre 2008, C-324/07 *Coditel Brabant SA* pt. 48-49; Concl. Avv. Gen. V. Trstenjak, 75 ss; CGCE, *ASEMFO*, pt. 55; CGCE, 8 aprile 2008, n. 337/05, *Commissione c. Italia*, pt. 36; CGCE, 10 settembre 2009, C-206/08 *Eurawasser*; CGCE, *CONAME, cit.*; CGCE, *Kreis Duren*. Da ultimo CGCE, C-480/06 *Commissione c. Repubblica federale di Germania* pt. 45 e Concl. Avv. Gen. J. Mazak, pt. 32; CGCE, 19 dicembre 2012, C-159/11, *ASL di Lecce c. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, pt. 31 ss e Concl. Avv. Gen. V. Trstenjak pt. 58.

¹⁶⁰ R. CAVALLO PERIN, *Il modulo “derogatorio”: in autoproduzione o in house providing*, cit., 119; si veda anche V.M. LEONE, *In house: ossia dell'autonomia decisionale della pubblica amministrazione*, cit., 373.

¹⁶¹ C. IAIONE, *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2007, 137.

europeo, fin dalla sua costituzione, non ha mai imposto una struttura né amministrativa né costituzionale agli Stati ad esso aderenti ma si è da sempre impegnato a riconoscere «la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale¹⁶²»: l'Unione Europea è, e deve essere, per sua volontà «un mosaico – e pertanto, un laboratorio – di differenti democrazie costituzionali»¹⁶³.

1. Il principio di autonomia istituzionale alla luce del diritto europeo.

Nel linguaggio comunitario questo spazio di autonomia auto-organizzativa riconosciuta dall'Unione Europea agli Stati membri prende il nome di «principio di autonomia istituzionale¹⁶⁴».

Tale principio impone all'Unione Europea di mantenere un atteggiamento di assoluta «neutralità¹⁶⁵» a fronte delle scelte organizzative interne adottate dagli Stati aderenti per il raggiungimento degli obiettivi imposti dai Trattati, in assenza di una contraria disposizione comunitaria.

Com'è noto, infatti, l'ordinamento comunitario si basa sul cd. principio delle competenze di attribuzione¹⁶⁶: con l'atto di adesione

¹⁶² Art. 4, par. 2, I periodo, TUE. Precedentemente art. 6, par. 3 (ex art. F) del TUE.

Il richiamo «all'identità nazionale degli Stati membri e dell'ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale, regionale e locale» è svolto anche dal Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e pubblicata in GUCE il 18 dicembre 2000. È bene ricordare che ai sensi dell'art. 6 TUE, come sostituito dal Trattato di Lisbona, la Carta ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati.

¹⁶³ L.M. DIÉZ PICAZO, *Il principio di autonomia istituzionale degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Note dall'Europa*, *Quad. cost.* 4/2004, 867.

¹⁶⁴ In generale, sull'operatività del principio di autonomia istituzionale si vedano L.M. DIÉZ PICAZO, op. ult. cit, 866; P. PÈREZ TREMPES – L. VIOLINI, *La costituzione europea e l'organizzazione territoriale degli stati membri*, *Riv. it. Dir. pubbl. com.* 6/2004, 1436; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 265; R. SCHUTZE, *European Constitutional law*, Cambridge, 2012, 253.

¹⁶⁵ L.M. DIÉZ PICAZO, *Il principio di autonomia istituzionale degli Stati membri dell'Unione Europea*, cit., 866.

In particolare, il principio di autonomia istituzionale venne per la prima volta riconosciuto dalla Corte di Giustizia nella nota sentenza CGCE, 13 maggio 1971, n. 51/70, *Nv International Fruit Company c. Produktschap voor Groenten en Fruit*, pt. 4 nel cui testo si legge che «la soluzione del problema relativo al modo in cui l'esercizio di detti poteri (ndr. quelli attribuiti dai Trattati o dai regolamenti) e l'adempimento di detti obblighi (ndr. quelli imposti dai Trattati o dai regolamenti) possano essere affidati dagli Stati a determinati organi dipende unicamente dal sistema costituzionale dei singoli Stati».

¹⁶⁶ Art. 5 TUE. In dottrina sul principio di attribuzione si vedano F. POCAR, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010, 98 ss; R. ADAM – A. TIZZANO,

all'ordinamento comunitario, i paesi aderenti hanno ceduto alla Comunità una porzione della loro sovranità nazionale affinché fosse il legislatore comunitario a disciplinare alcune fondamentali materie¹⁶⁷. Non essendo tuttavia l'Unione un soggetto originario – come lo sono invece gli Stati ad esso aderenti che, pertanto, sono i veri titolari delle competenze – essa dispone solamente di quei poteri che gli Stati membri hanno deciso di conferirle rinunciandovi espressamente.

Appare quindi evidente che l'azione comunitaria non possa mai andare al di là di quanto effettivamente riconosciute dai Trattati perché altrimenti andrebbe ad invadere le sfere di autonomia nazionale degli Stati membri: ciò è d'altra parte confermato dal dettato dell'art. 5, par. 1 TUE che stabilisce che tutti gli ambiti di azione non espressamente attribuiti dai Trattati all'Unione Europea – quale, per l'appunto, l'organizzazione amministrativa – restano di competenza esclusiva degli Stati aderenti.

Senza dilungarsi sul punto, è però opportuno rilevare che il principio di attribuzione viene comunque temperato dall'applicazione del principio di sussidiarietà e di proporzionalità ai sensi degli artt. 5, par. 3 e 4 TUE e del Protocollo addizionale n. 2¹⁶⁸ e soffre comunque delle eccezioni che discendono dal necessario rispetto del principio di effettività ed equivalenza¹⁶⁹, per cui l'autonomia organizzativa degli Stati vale fino a quando questa non metta a rischio l'esatta applicazione della normativa comunitaria.

Lineamenti del diritto dell'Unione Europea, Torino, 2010, 25 ss; V. CERULLI IRELLI – F. LUCIANI, *Diritto comunitario e diritto interno, tra Stato e Regioni*, Riv. it. Dir. pub. Com., 5/2007.

¹⁶⁷ Come ricordato dalla famosa sentenza CGCE, 5 febbraio 1963 C-26/62, *Van Gend & Loos*.

¹⁶⁸ La bibliografia sull'argomento è immensa: si vedano tra i tanti F. POCAR, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 100 ss; R. ADAM – A. TIZZANO, *Lineamenti del diritto dell'Unione Europea*, cit., 44 ss.; U. DRAETTA, *Brevi note sulla sussidiarietà in Jus*, 1994, 415.

¹⁶⁹ Il riferimento al principio di effettività ha come effetto quello di imporre agli Stati membri di adottare tutti gli strumenti necessari all'attuazione del diritto comunitario al fine di «non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti da esso conferiti». Cfr. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo Europeo*, Milano, 2011, 125.

Il richiamo al principio di equivalenza invece impone agli Stati membri l'adozione delle formule organizzative più adatte al proprio contesto istituzionale purché sostanzialmente equiparabili ai modelli presenti in altri contesti europei. Sul punto si legga M. GOLLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 330.

In giurisprudenza si vedano CGCE, 1 settembre 1983 cause riunite C-205/215/82 *Deutsche Milchkantor*, pt. 22-23; CGCE, 7 gennaio 2004, *The Queen on the application of Delena Wells c. Secretary of State for Transport*.

Ciò detto, appare ormai chiaro che, non facendo l'organizzazione istituzionale nazionale parte delle competenze attribuite al legislatore comunitario, quest'ultimo non possa giammai spingersi fino al punto di imporre o condizionare le strutture politiche, costituzionali o amministrative nazionali mediante atti legislativi di diritto derivato¹⁷⁰.

In sostanza, pur aderendo ad un ordinamento sovra-nazionale gli Stati membri sono lasciati liberi di adottare la struttura interna che reputano più opportuna e adeguata, seppur nel limite imposto dal rispetto dei valori garantiti dai Trattati¹⁷¹ o dagli obiettivi in essi previsti.

Questa scelta rispecchia, d'altra parte, l'impostazione fin dall'inizio seguita dal legislatore europeo, il quale privilegia un'azione comunitaria indiretta posta in essere mediante gli Stati membri e le rispettive strutture organizzative. Com'è noto infatti, all'interno dell'Unione, gli Stati membri svolgono un ruolo fondamentale in quanto costituiscono lo strumento primario e privilegiato di attuazione del diritto dell'Unione secondo il modello di cd. «amministrazione indiretta¹⁷²»: tale modello di azione prevede la dissociazione tra la disciplina della funzione che è imposta autoritativamente dall'Unione e quella degli strumenti organizzativi necessari alla sua attuazione che è, invece, demandata agli Stati membri¹⁷³.

Il riconoscimento di un principio di autonomia istituzionale da parte dell'Unione garantisce quindi uno spazio in cui gli Stati membri, nonché i pubblici poteri ad essi interni, sono liberi di adempiere alle proprie funzioni pubbliche mediante le formule organizzative ritenute più opportune ed adeguate ai bisogni delle collettività di riferimento.

¹⁷⁰ Si fa comunque presente che mediante i Trattati possono essere imposti agli Stati membri limiti o condizionamenti organizzativi. Così è accaduto per esempio con l'introduzione dell'art. 108 TCE che consente alle banche centrali di godere di un'ampia autonomia ovvero con l'istituzione di autorità incaricate di controllare la conformità dei prodotti da immettere sul mercato ex art. 100A.

¹⁷¹ Si fa rinvio ad esempio all'art. 2 TUE nonché all'art. 21 par. 1

¹⁷² E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato* in *Dir. amm.*, 4/2005, 915. In realtà, secondo l'Autore, anche l'organizzazione pubblica si starebbe lentamente adeguando ai principi e alle regole comunitarie: in questo modo si assisterebbe ad una "relativizzazione" del principio di autarchia comunitaria che è incarnato nella formula dell'amministrazione indiretta.

Il principio di «amministrazione indiretta» è implicitamente richiamato dagli artt. 197 e 291 § 2 TFUE. Ed infatti, in base al modello di amministrazione indiretta, l'esecuzione degli obblighi comunitari sarebbe sempre demandata agli Stati membri ad eccezione di casi eccezionali in cui sono necessarie condizioni uniformi di esecuzione: in queste ipotesi la competenza esecutiva è attribuita alla Commissione.

¹⁷³ Appare qui opportuno ricordare le parole di J. MONNET, *Mémoires*, Paris, 1976, 285, uno dei padri fondatori dell'Unione: la Comunità europea è infatti un apparato che «non esegue, ma fa eseguire».

In sostanza il principio in esame può essere analizzato sotto un duplice profilo interpretativo: esso, da un lato, si pone come clausola di libertà residuale degli Stati membri i quali potranno organizzarsi in modo autonomo in assenza di una disposizione comunitaria mentre, dall'altro, permette di limitare e condizionare la validità degli atti comunitari e quindi anche l'azione delle istituzioni stesse.

1.2. L'evoluzione dopo Lisbona: il riconoscimento dell'auto-organizzazione delle autonomie locali e regionali.

È stato precedentemente accennato alla circostanza che recentemente il principio di auto-organizzazione è stato riconosciuto anche agli enti regionali e locali da parte dell'ordinamento comunitario.

Questa estensione applicativa è oggi stata resa possibile dall'art. 4, par. 2, TUE laddove si riconosce espressamente la rilevanza della dimensione locale e regionale all'interno dell'ordinamento comunitario affermando che «l'Unione rispetta l'identità nazionale, [...] compreso il sistema delle autonomie locali e regionali»¹⁷⁴,¹⁷⁵.

Il citato articolo ha il pregio di ammettere espressamente e quindi di valorizzare il ruolo delle autonomie locali e regionali nell'ambito del contesto Europeo, dal quale, finora, questi livelli di governo erano stati per lo più esclusi¹⁷⁶. In questo rinnovato quadro, anche le autonomie territoriali quindi sono chiamate ad esprimere la propria autonomia, non solo nei rapporti con altri livelli di governo ma anche, e soprattutto, nei rapporti con le altre autonomie locali di pari livello cooperando ed associandosi per lo svolgimento delle funzioni ad esse attribuite.

Questo nuovo assetto costituisce l'epilogo della lunga e faticosa emersione delle autonomie territoriali interne agli Stati aderenti a livello comunitario.

¹⁷⁴ Il richiamo «all'identità nazionale degli Stati membri e dell'ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale, regionale e locale» è svolto anche dal Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e pubblicata in GUCE il 18 dicembre 2000. Ai sensi dell'art. 6 TUE, come sostituito dal Trattato di Lisbona, la citata Carta ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati.

¹⁷⁵ Il Trattato di Lisbona porta avanti il processo inaugurato dai precedenti Trattati di Maastricht e di Amsterdam intensificando il riconoscimento delle articolazioni territoriali di potere interne agli Stati aderenti.

¹⁷⁶ Per una dettagliata ricostruzione storica del ruolo delle Regioni nel contesto europeo si veda tra i tanti A. D'ATENA, *Regioni e sovranazionalità* in A. D'ATENA (a cura di) *Regionalismo e sovranazionalità*, Milano, 2008, 1. Sul ruolo delle autonomie locali si veda invece V. ANTONELLI, *Una prospettiva europea per le autonomie locali*, in *Le autonomie in cammino. Scritti dedicati a Gian Candido De Martin*, Roma, 2012, 29 ss.

Com'è noto infatti, fino ai primi anni '90 prevaleva una concezione "statalista" anche nei rapporti con l'Europa. Ispirandosi alle strutture degli ordinamenti internazionali, la Comunità europea «vedeva solo gli Stati¹⁷⁷» come possibili interlocutori nello svolgimento della sua azione e ciò aveva portato conseguentemente alla costruzione di un ordinamento comunitario modellato su base statale, tanto per ciò che concerneva l'organizzazione quanto per i procedimenti decisionali¹⁷⁸. Come facilmente può comprenderci, questa costruzione ha avuto come effetto quello di relegare il problema delle autonomie territoriali ad una mera «questione interna» degli Stati membri¹⁷⁹.

È dapprima con l'Atto Unico Europeo¹⁸⁰ e poi con i Trattati di Maastricht e di Amsterdam che l'approccio stato-centrico è iniziato a mutare fi-

¹⁷⁷ A. D'ATENA, *Regioni e sovranazionalità*, cit., 3.

¹⁷⁸ Esplicita sul punto appaiono le ordinanze della Corte di Giustizia 21 marzo 1997 C-95/97, *Vallonia c. Commissione* e 1 ottobre 1997 C. 180/97, *Toscana c. Commissione* nelle quali si affermava che «emerge con chiarezza dal sistema generale dei Trattati che la nozione di Stato membro, ai sensi delle norme istituzionali, e, in particolare, di quelle relative ai ricorsi giurisdizionali, comprende solo le autorità di governo degli Stati membri delle Comunità europee e non può estendersi agli esecutivi di regioni o comunità autonome, indipendentemente dalla portata delle competenze loro attribuite»

¹⁷⁹ T. GROPPI, *Unione europea e Regioni: una prospettiva comparata*, in G. CARPANI- T. GROPPI- M. OLIVETTI- A. SINISCALCHI (a cura di) *Le regioni italiane nei processi normativi comunitari dopo la L. 11/2005*, Bologna, 2007, 184.

Questa situazione è senz'altro confermata anche dal fatto che l'ordinamento europeo, ispirandosi agli ordinamenti internazionali, è del tutto indifferente a come gli Stati membri ripartiscano internamente le proprie competenze. Ciò determina che è sempre lo Stato a dovere rispondere nei confronti dei singoli per le violazioni del diritto dell'Unione anche quando tale violazione è stata compiuta da un'autorità diversa da quella statale. Il principio fu espresso per la prima volta nella sentenza CGCE, 13 dicembre 1991 C-33/90, *Commissione c. Italia* e poi ripreso nella famosa CGCE, 1 giugno 1999 C-302/97, *Konle*.

Particolare attenzione si pone sulla recente, CGCE, 4 luglio 2000, C-424/97, *Haim*, in cui la Corte ha affermato che la normativa comunitaria non impedirebbe in realtà che accanto alla responsabilità dello Stato venga configurata anche la responsabilità di altri enti pubblici. Secondo la Corte, pt. 31, «ciò vale per gli Stati membri, a struttura federale o meno, nei quali talune funzioni legislative e amministrative sono assunte in maniera decentrata da enti locali dotati di una certa autonomia o da qualsiasi altro ente di diritto pubblico giuridicamente diverso dallo Stato. In tali Stati membri il risarcimento dei danni causati ai singoli da provvedimenti d'ordine interno adottati in violazione del diritto comunitario da un ente di diritto pubblico può quindi essere garantito da quest'ultimo».

¹⁸⁰ Nell'AUE del 1986 si fa più volte riferimento tanto al regionalismo economico e sociale, soprattutto nel Titolo V, con inevitabile valorizzazione anche del regionalismo istituzionale. Nell'AUE inoltre si valorizza l'ente regione come nuova forma di governo che dà rilievo alla coesione economica e sociale

no ad arrivare all'adozione dell'art. 4 TUE: ciò si è reso possibile soprattutto grazie all'affermazione del principio di sussidiarietà e alla lenta estensione delle attribuzioni del Comitato delle Regioni¹⁸¹.

Non può comunque tacersi che l'azione di valorizzazione delle autonomie locali era già iniziata nel 1985 con l'adozione della Carta europea dell'autonomia locale¹⁸²: la Carta si proponeva di esaltare il ruolo di struttura statale su base democratica giocato dalle collettività locali all'interno dei Paesi sottoscrittori.

Ai nostri fini, degni di particolare attenzione sono soprattutto gli artt. 6 e 10 della Carta delle Autonomie Locali che riconoscono come diritto delle collettività locali quello «di definire esse stesse le strutture amministrative interne di cui intendono dotarsi, per adeguarle alle loro esigenze specifiche in modo tale da consentire un'amministrazione efficace» nella considera-

comunitaria mediante nuove relazioni giuridiche quali partenariati e compartecipazione nei processi decisionali europei nonché la riduzione del divario di sviluppo tra le regioni degli Stati membri (art. 130A).

¹⁸¹ Il Comitato delle Regioni è stato istituito nel 1994 per dare rilievo costituzionale comunitario alle istituzioni rappresentative regionali e locali che fino ad allora erano estranee all'ordinamento comunitario. Le competenze sono soprattutto consultive e di proposta nei confronti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione e si articolano soprattutto in pareri obbligatori ed in pareri facoltativi. Con il Trattato di Lisbona è stata introdotta una nuova tipologia di pareri che possono essere adottati dal Comitato su propria iniziativa qualora li ritenga utili: ai sensi dell'art. 307 par. 4 TFUE quindi il Comitato può «intervenire direttamente nel dibattito politico ed istituzionale e nel processo legislativo senza dovere attendere che sia una delle istituzioni a coinvolgerlo, al fine di tutelare gli interessi locali e regionali». Sempre col Trattato di Lisbona ed in particolare con l'art. 8 del Protocollo 2 è stato inoltre riconosciuto al Comitato delle Regioni la possibilità di ricorrere alla Corte di Giustizia avverso atti legislativi che si ritengono lesivi del principio di sussidiarietà. Sul COR si legga M.P. CHITI, *Diritti amministrativo Europeo*, cit., 319.

¹⁸² La *Carta delle autonomie locali* è stata firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985 ed è il frutto dei lavori della «Conferenza permanente dei poteri locali e regionali dell'Europa» istituita nel 1977 nell'ambito del Consiglio d'Europa. La Carta è entrata in vigore in Italia il 1 settembre 1990. Essa è stata concepita come strumento flessibile su base convenzionale per cui ogni Stato sottoscrittore - al fine di evitare di dovere adottare modifiche legislative anche importanti - è chiamato ad individuare almeno venti tra i trenta principi presenti nella Carta ai quali si intende vincolato. Il carattere di flessibilità della Carta è nello stesso momento anche il suo elemento di debolezza: autorizzando una sottoscrizione per principi unilateralmente selezionati dagli Stati, non è garantita la creazione del consenso su un nucleo di principi uguali a tutti gli Stati sottoscrittori. A ciò si aggiunge che la Carta, avendo natura di trattato internazionale, non ha un valore giuridico diretto quale fonte di diritti per gli enti locali potendo produrre solo effetti di adeguamento degli ordinamenti dei paesi sottoscrittori. Cfr. I. GRASSI, *Il ruolo europeo della autonomia locali*, in *Nuove leggi civili, commentate*, 4, 1992, 1178 ss.

zione che comunque esse «hanno diritto, nell'esercizio delle loro competenze, a collaborare e, nell'ambito della legge, ad associarsi ad altre collettività locali per la realizzazione di attività di interesse comune».

Quanto sinora esposto senz'altro chiarisce per quale ragione l'espreso riconoscimento dell'ordinamento degli enti locali e regionali all'interno della struttura organizzativa interna degli Stati aderenti acquisti, sul piano sostanziale, un risvolto fondamentale: tutti quegli ambiti di libertà riconosciuti agli Stati membri da parte dell'Unione oggi s'intendono come ugualmente attribuiti anche alle articolazioni territoriali ad essi interne nei limiti, ovviamente, delle prerogative di cui questi sono titolari in virtù del riparto delle competenze compiuto dai legislatori nazionali¹⁸³.

Nello stesso tempo, ciò ha come conseguenza che le collettività territoriali siano "viste" dall'Unione per cui forse esse dovrebbero anche essere considerate come direttamente responsabili delle infrazioni o dei danni provocati da provvedimenti interni adottati in violazione del diritto comunitario nello svolgimento delle loro funzioni amministrative, o comunque responsabili delle decisioni adottate¹⁸⁴.

¹⁸³ Per quanto concerne l'ordinamento italiano il rinvio agli art. 117 e ss della Carta Costituzionale è necessario: in particolare, com'è noto, il legislatore costituzionale a seguito della riforma del titolo V ha modificato il riparto delle competenze legislative prevedendo al co. 2 le competenze cd. esclusive dello Stato; al co. 3 le competenze cd. concorrenti Stato/regioni in cui la potestà spetta alle Regioni salvo la definizione dei principi fondamentali che spettano allo Stato; il co. 4 invece indica le materie cd. di competenza residuale delle Regioni.

Seppur ancora all'esame delle Camere, è bene evidenziare che l'attuale titolo V della Carta Costituzionale è stato recente oggetto di un disegno di legge costituzionale presentato dal Governo il 31 marzo 2014 che rivede gli equilibri tra competenze legislative statali e regionali nonché diminuisce gli enti territoriali eliminando le province. Il d.d.l. cost. è attualmente consultabile sul sito www.governo.it.

¹⁸⁴ Si richiama nuovamente la CGCE, *Haim*.

Si accennerà solo al fatto che, malgrado le occasioni sempre più frequenti di attuazione del diritto europeo da parte delle regioni, lo Stato resta il solo responsabile per ogni violazione compiuta nella sua attuazione. Per tale ragione il legislatore è intervenuto almeno per prevedere il diritto di rivalsa dello Stato nei confronti delle regioni o di altri enti pubblici responsabili di violazioni del diritto europeo e della convezione europea dei diritti dell'uomo dapprima con art. 1 c. 1213-1223 L. 296/06, poi abrogato da L. 34/08 che ha inserito un nuovo art. 16 bis nella L. 11/05, oggi sostituito dall'art 43 L. 24 dicembre 2012 n. 234 secondo cui «*Al fine di prevenire l'instaurazione delle procedure d'infrazione di cui agli articoli 258 e seguenti del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea o per porre termine alle stesse, le regioni, le province autonome, gli enti territoriali, gli altri enti pubblici e i soggetti equiparati adottano ogni misura necessaria a porre tempestivamente rimedio alle violazioni, loro imputabili, degli obblighi degli Stati nazionali derivanti dalla normativa dell'Unione europea. Essi sono in ogni caso tenuti a dare pronta esecuzione agli obblighi derivanti dalle sentenze rese*

Questa però rappresenta una problematica che, nell'economia del presente lavoro, non potrà essere approfondita.

2. Il potere di auto-organizzazione amministrativa nel diritto italiano.

L'azione dell'Unione europea, come si è avuto modo di rilevare, incontra un limite nell'organizzazione amministrativa/politico/constituzionale di ogni Stato membro in virtù del principio di autonomia istituzionale.

Tale principio, si è detto, garantisce uno spazio in cui gli Stati membri, nonché in generale i pubblici poteri ad essi interni, sono liberi di adempiere alle proprie funzioni pubbliche mediante le formule organizzative ritenute più opportune ed adeguate ai bisogni delle collettività di riferimento.

Occorre però domandarsi se a livello nazionale, esista una norma che giustifichi ed assicuri alle pubbliche amministrazioni uno spazio di libertà organizzativa modulabile nell'attuazione degli interessi etero-imposti e nel soddisfacimento delle esigenze della collettività.

La risposta a tale quesito si inserisce, in realtà, nell'ambito di un discorso ben più ampio ed articolato, che è quello relativo al concetto di potere pubblico e della sua organizzazione¹⁸⁵.

Basterà qui osservare che parte della dottrina ha ravvisato il fondamento giuridico di tale potestà organizzativa nelle disposizioni della Carta costituzionale ed in particolare nell'art. 97 co. 1 che, nel prevedere i principi cui deve ispirarsi l'azione amministrativa, le riconosce un potere formale e giuridico che concretizza il cd. «potere di auto-organizzazione

dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'articolo 260, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. 2. Lo Stato esercita nei confronti dei soggetti di cui al comma 1, che si rendano responsabili della violazione degli obblighi derivanti dalla normativa dell'Unione europea o che non diano tempestiva esecuzione alle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea, i poteri sostitutivi necessari, secondo i principi e le procedure stabiliti dall'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, e dall'articolo 41 della presente legge.»

¹⁸⁵ Sull'evoluzione del concetto di potere di organizzazione si veda da ultimo P. CERBO, *Il potere di organizzazione della pubblica amministrazione fra legalità e autonomia*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, 4. Sul punto anche G. DI GASPARE, *Organizzazione amministrativa*, Dig. disc. pub., X, 1994, 513 ss.

In realtà la letteratura sull'argomento è immensa e perciò non ne sarà possibile un'indicazione completa. Tra i tanti si vedano V. BACHELET, *Profili giuridici della organizzazione amministrativa. Strutture tradizionali e tendenze nuove*, Milano, 1965; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992.

dell'amministrazione¹⁸⁶ », cioè un potere discrezionale che consiste nell'attribuzione in capo ai pubblici uffici di uno spazio di libertà di apprezzamento in ordine agli strumenti utilizzabili per l'adempimento dei propri obblighi di interesse generale.

2.1. Il fondamento giuridico della nozione.

L'art. 97 Cost., in particolare, dispone che «i pubblici uffici siano organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione».

Ad una prima lettura, appare subito chiaro come la disposizione ponga alcuni dei fondamentali "principi" dell'azione amministrativa che, per essere costituzionalmente legittima, deve essere sempre orientata ai canoni di buon andamento ed imparzialità¹⁸⁷.

Ad una lettura più attenta del medesimo alinea, appare però possibile evincere un ulteriore criterio «formale, essenziale e naturale dell'azione amministrativa suscettibile di implicazioni giuridiche¹⁸⁸» individuabile nel criterio di efficienza dell'azione amministrativa.

Alla luce del criterio di efficienza così enucleato, è possibile rileggere gli stessi principi di buon andamento ed imparzialità, i quali hanno acquistato un nuovo contenuto precettivo e non meramente descrittivo.

Da ciò sorge spontaneo chiedersi in cosa consista concretamente l'efficienza.

Secondo la scienza amministrativa l'efficienza è un criterio implicito che dovrebbe contrassegnare ogni comportamento razionale in quanto

¹⁸⁶ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione* Milano, 1966, 67.

¹⁸⁷ Sul principio di imparzialità e buon andamento tra i tanti si vedano F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, *Enc. Giur.*, XV, 1989; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; ID., *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, *Dig. disc. pub.*, Torino, 1993; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit.; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, *Riv. it. Sc., giur.*, 1968, 113; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979; O. SEPE, *L'efficienza dell'azione amministrativa*, Milano, 1975; V. OTTAVIANO, *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1964, 912; N. SPERANZA, *Il principio di buon andamento-imparzialità dell'amministrazione nell'art. 97 della costituzione* *Foro Amm.*, 1972, II, 79.

¹⁸⁸ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 84. L'Autore richiama nel suo saggio altri autori che precedentemente si erano espressi in tale senso: cfr. R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, cit., 18 nonché M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo: anno 1959-1960*, Roma, 1961, 52.

espressione dell'«adeguatezza o idoneità a raggiungere il risultato to¹⁸⁹»: la relazione «tra ciò che si deve fare ed i mezzi di cui si dispone¹⁹⁰».

Ammettere l'esistenza di un concetto di efficienza, attraverso cui si attua il proporzionamento dei mezzi al fine, permette di respingere l'idea che vi possano essere "contenuti prefissati" per la soddisfazione dei fini pubblici, e quindi consente di sostenere, come logica conseguenza, che esiste «una libertà di apprezzamento, un'elasticità nell'uso dei mezzi (giuridici o no)¹⁹¹» modulabili rispetto alle finalità della collettività concretizzate nella norma legislativa.

L'efficienza disciplinata nell'art. 97, co. 1 Cost diventa quindi il riflesso giuridico del «principio di elasticità dell'azione amministrativa¹⁹²» e cioè della sua possibilità di modulazione in relazione ai fini etero-imposti¹⁹³.

E tale modulazione può avere due diversi parametri di riferimento: si può parlare infatti di elasticità con riferimento al contenuto dell'attività ovvero con riferimento al suo svolgersi. Nel primo caso, si parlerà di discrezionalità, nel secondo caso di potere di auto-organizzazione.

Discrezionalità e autoorganizzazione sono quindi le due forme in cui si manifesta l'elasticità dell'azione amministrativa¹⁹⁴.

Tali assunti sono il risultato dell'emersione e della condivisione, intorno agli anni sessanta, di una rinnovata concezione della funzione amministrativa che da "statica" venne considerata come "dinamica"¹⁹⁵.

Una funzione che si pone in rapporto diretto con la collettività ed è «correlata alle istanze sociali ed individuali¹⁹⁶»..

¹⁸⁹ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 84.

¹⁹⁰ Così M. NIGRO, *op. ult. cit.* 84

¹⁹¹ Sempre M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 85.

¹⁹² Sul principio dell'adeguatezza allo scopo o specialità o funzionalità G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 75.

¹⁹³ Sul collegamento tra il dovere di buona amministrazione ed elasticità dell'azione amministrativa si veda R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, cit., 129; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 74.

¹⁹⁴ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, 88 nonché *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')*, *Enc. Giur.*, II, Roma, 1988, 1.

Sulla doppia funzione dell'art. 97 Cost. in relazione all'attività amministrativa e all'organizzazione si veda anche M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Roma, 1950, 96; nonché V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. Cost.*, 1962, 135.

¹⁹⁵ Evidenzia V. BACHELET, *Profili giuridici della organizzazione amministrativa. Strutture tradizionali e tendenze nuove*, Milano, 1965, 11 che «l'amministrazione non sta più immobile ma si va trasformando». In tale modo l'Autore pone in rilievo l'evoluzione delle strutture amministrative le quali avevano, fino ad allora, dimostrato una certa immutabilità.

Con riferimento particolare al livello organizzativo, il principio di elasticità opera quindi attribuendo ad ogni soggetto pubblico la potestà di modulare la propria azione, privilegiando l'adozione di quegli strumenti ritenuti più confacenti al raggiungimento del proprio fine¹⁹⁷: è evidente infatti che l'organizzazione «non può non adeguarsi alle necessità della funzione¹⁹⁸»¹⁹⁹.

In sostanza quindi il potere di autonomia organizzativa altro non è che quella specifica potestà riconosciuta – con gradi più o meno ampi – ai pubblici poteri di darsi un proprio ordinamento strutturale nel rispetto delle finalità etero-imposte dalla legge e corrispondenti agli interessi della collettività nonché nella libertà di scegliere gli strumenti all'uopo più idonei per il loro soddisfacimento²⁰⁰.

¹⁹⁶ M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano, 1979, 423.

Evidenzia M. NIGRO, *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')*, cit., 1 che «organizzazione e attività non sono due fenomeni distinti. La organizzazione, qualunque organizzazione, non si contrappone all'attività ma è il momento di predisposizione, coordinamento, razionalizzazione ed anche di inizio dell'attività».

¹⁹⁷ Richiamando il pensiero di un autorevole autore, la «buona amministrazione esprime un concetto: è l'attività amministrativa perfettamente adeguata, nel tempo nei mezzi, al fine specifico da raggiungere » cfr. R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, cit., 128.

¹⁹⁸ U. ALLEGRETTI, *La verità è nell'assunto: Stato e Istituzioni nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, Jus, 2000, 403.

¹⁹⁹ Il modularsi dell'organizzazione amministrativa ai fini da raggiungere da D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2000, 257 viene definito come «discrezionalità organizzativa» e quindi annoverata tra le diverse categorie di discrezionalità esistenti nel nostro ordinamento.

²⁰⁰ Sul concetto di autonomia pubblica nel rapporto con le varie forme di organizzazione si veda P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritti privato nell'amministrazione*, cit. 210. In particolare l'Autore distingue due tipologie di autonomia: la prima connessa al concetto di organizzazione (autonomia da) viene ricostruita come quella capacità di individuare da sé gli obiettivi delle proprie azioni; la seconda (autonomia di) si concretizza nell'individuazione degli strumenti più idonei a tale fine elaborando un autonomo indirizzo politico amministrativo sulla base delle esigenze della collettività di riferimento.

È chiaro che l'auto-organizzazione amministrativa non possa porsi in contrasto con i principi del nostro ordinamento giuridico: autonomia organizzativa significa darsi un ordinamento confacente alle proprie finalità, ma questo ordinamento è comunque parte dell'ordinamento generale, e su di esso si fonda, sulle sue norme e sui suoi principi. Sul punto V. BACHELET, *Profili giuridici della organizzazione amministrativa*, cit., 30.

Sul concetto di autonomia si legga M.S. GIANNINI, *Autonomia*, Enc. Dir., IV, Roma, 1959; A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, Dig. disc. pub., Torino II, 1987.

Appare però opportuno svolgere ancora qualche osservazione.

Ed infatti, il testo dell'art. 97 Cost. ha l'ulteriore pregio di porsi come norma di chiusura del sistema per cui, ogni qualvolta l'ordinamento non dispone in modo differente, si ritiene che «ogni autorità amministrativa ha il potere di organizzarsi in vista del raggiungimento dei fini che le sono attribuiti²⁰¹».

Il citato articolo ha quindi una portata generale ed appare riferibile tanto all'amministrazione statale quanto ad ogni altro soggetto titolare dell'attività pubblica, indipendentemente dalla forma che esso rivesta²⁰²; d'altra parte l'art. 97 Cost «costituisce il precetto fondamentale del sistema costituzionale di attribuzione e distribuzione della funzione d'organizzazione della (nel senso sulla) pubblica amministrazione²⁰³».

2.2. L'impatto applicativo del principio.

Come si è visto l'art. 97 Cost. fonda il principio di autoorganizzazione amministrativa attribuendo alle P.A. la facoltà di scegliere quale strumento concretamente utilizzare per l'adempimento dei propri obblighi di pubblico interesse. È chiaro che tale articolo attribuisce anche la potestà di scegliere forme di svolgimento associato dell'attività amministrativa – mediante contratto o mediante l'istituzione di enti creati *ad hoc* – con altre pubbliche amministrazioni qualora le finalità di pubblico interesse non possano essere eseguite unilateralmente con la medesima efficacia ovvero possano essere eseguite ma con sforzi inesigibili.

Queste conclusioni discendono dalla presa d'atto del mutamento della struttura amministrativa degli ultimi venti anni.

Com'è noto, infatti, la diversificazione e la pluralizzazione della “amministrazione” ha spinto alla «continua invenzione di nuove e sempre diverse forme²⁰⁴» organizzative che, cercando di ricondurre l'azione ammi-

²⁰¹ Così M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 95.

²⁰² In questo modo si comprende che anche l'art. 5 Cost. che sancisce il principio autonomistico degli enti territoriali altro non è che un risvolto dell'art. 97 Cost. Riprendendo l'insegnamento di M. NIGRO, *op. ult. cit.*, 90, «efficienza, elasticità, autonomia, decentramento sono espressioni diverse (su piani diversi) della stessa esigenza di fondo. E, se la facoltà d'autoorganizzazione trova la sua giustificazione generale nel principio di efficienza, mentre sue specificazioni si riportano all'autonomia ed al decentramento, questa non è che una conseguenza dell'intreccio e della concomitanza dei vari principi nell'ambito dello stesso orientamento fondamentale».

²⁰³ Cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 67.

²⁰⁴ M. NIGRO, *Amministrazione pubblica*. cit., 3.

nistrativa a «punti di sintesi»²⁰⁵, permettessero il raggiungimento delle finalità pubbliche²⁰⁶.

In particolare, la frantumazione dei centri di potere è stata la spinta per la ricerca di forme sempre più efficienti di organizzazione che consentissero di coordinare le attività di uno o più apparati amministrativi al fine di realizzare determinati interessi pubblici che altrimenti non avrebbero potuto essere perseguiti unilateralmente con la stessa efficienza ed efficacia.

In questo modo, accanto alle tradizionali figure, ricomprese nelle cd. relazioni organizzative²⁰⁷, sono emerse forme di cooperazione tra pubblici

²⁰⁵ F. PIGA, *Coordinamento (principio del)*, *Enc. Giur.* X, Roma, 1988, 3. Secondo l'autore, il «coordinamento non sarebbe un istituto giuridico quanto un principio cioè una regola generale dell'organizzazione della funzione amministrativa e dell'azione pubblica». Concorde anche CG. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996, 92 «il coordinamento non esiste né come organizzazione né come attività. "esso è il risultato, un effetto"».

A tale risultato si perviene mediante forme di collaborazione organizzativa dell'attività; per cui pur essendo le nozioni di coordinamento e di collaborazione simili sul loro piano etimologico, descrivono in realtà due momenti differenti: l'uno descrive una finalità dell'attività, l'altra il modo di essere di questa. Sulla tematica in esame si vedano anche F. MERUSI, *Procedimenti di coordinamento infrastrutturale e procedimenti di collaborazione dopo le leggi sul procedimento amministrativo e sulla riforma della autonomie locali*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993; V. BACHELET, *Coordinamento*, *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 629.

²⁰⁶ Sul tema si vedano tra i tanti si vedano V. BACHELET, *Profili giuridici della organizzazione amministrativa*, cit. 1965; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit.; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, cit.. In particolare M. NIGRO, *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')*, cit., 3 rileva come «pubblica amministrazione» sia ormai solo un'espressione di sintesi: la nuova amministrazione si caratterizzerebbe infatti per il suo «plurimorfismo» e cioè per la sua continua invenzione di nuove e sempre diverse forme.

²⁰⁷ Per una chiara differenziazione tra le varie figure di relazioni tra pubbliche amministrazioni si veda D. D'ORSOGNA - F.G. SCOCA, *Le relazioni organizzative*, F.G. SCOCA (a cura di) in *Diritto Amministrativo*, Torino, 2008, 59 ss che distingue tre tipologie di relazioni: la prima è quella tra uffici di una stessa struttura che sono denominate «relazioni infrastrutturali»; le seconde sono le relazioni tra strutture (o amministrazioni) diverse che danno luogo a «relazioni interorganiche» se le amministrazioni non hanno personalità giuridica ovvero, e questo è il terzo tipo, a «relazioni intersoggettive», se le amministrazioni hanno personalità giuridica. Tra le relazioni tra organizzazioni si distinguono la delegazione, l'avvalimento e la sostituzione. Tra le relazioni tra uffici si distinguono invece la gerarchia, la direzione, il coordinamento, il controllo, l'avvocazione, la delegazione e la sostituzione. La gerarchia, il coordinamento, la

poteri: forme cioè volte a consentire «a più unità operative di realizzare i propri fini con un vantaggio quanto alla efficienza dell'azione e con risparmio quanto alla misura delle forze che dovrebbero essere impiegate per raggiungere singolarmente gli stessi fini²⁰⁸».

I differenti centri amministrativi «si collegano e si no²⁰⁹», a volte privilegiando forme di «cooperazione istituzionale-strutturale²¹⁰» altre volte optando per «forme flessibili di collaborazione funzionale e di “partenariati”²¹¹»: il risultato cui si è pervenuti è la creazione di un «sistema a rete²¹²» che è differentemente modulabile in base al concreto risultato perseguito.

Per quanto concerne i moduli cd. istituzionali-strutturali, essi si sono soprattutto diffusi a livello interlocale²¹³ con la creazione *ad hoc* di enti a

direzione ed il controllo si caratterizzano per essere relazioni a carattere stabile; diversamente, hanno carattere temporaneo la delega delle funzioni e l'avvalimento. Sul punto si vedano V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2005, 93 ss. nonché E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2010.

²⁰⁸ G.D. COMPORZI, *Il coordinamento infrastrutturale*. cit., 77.

²⁰⁹ G. DI GASPARE, *Organizzazione amministrativa*, cit., 1994.

²¹⁰ Cfr. G.D. COMPORZI, *Il coordinamento infrastrutturale*. cit. 92. Le forme di cooperazione istituzionale-strutturale si caratterizzano per la creazione di un ente a carattere associativo, dotato o meno di personalità giuridica, cui vengono in linea di massima attribuite funzioni di carattere generale: in sostanza, la cooperazione strutturale dà vita a nuovi livelli e strutture amministrative. Tali forme di cooperazione si sono sviluppate soprattutto a livello locale al fine di ridurre l'eccessiva frammentazione territoriale e differenziazione dimensionale dei comuni: in particolare il TUEL (d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267) all'art. 33 prevede che le Regioni individuino gli ambiti territoriali ottimali (ATO) «al fine di favorire l'esercizio associato di funzioni e servizi da parte dei comuni». Tra le varie forme di associazionismo istituzionale rientrano l'art. 32 prevede le Unioni tra comuni per «l'esercizio congiunto di una pluralità di funzioni di loro competenza» mentre l'art. 31 disciplina Consorzi «per la gestione associata di uno o più servizi e l'esercizio associato di funzioni».

Per un approfondimento sulla tematica della cooperazione interlocale C.E. GALLO, *La collaborazione tra enti locali* in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, I, Milano, 1993; G.D. COMPORZI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit.; A. TRAVI, *Forme di cooperazione interlocale*, in *Diritto amministrativo*, 1996, 673; G. DI GASPARE, *Consorzi amministrativi*, *Dig. disc. pub.*, IV, Torino, 1998, 474.

²¹¹ G. DI GASPARE, *Organizzazione amministrativa*, cit. 1994, 513.

²¹² G. DI GASPARE, op. ult. cit., 513 Da ultimo, 3.

²¹³ Al fine di ridurre l'eccessiva frammentazione territoriale e differenziazione dimensionale dei comuni, la legislazione positiva incentiva forme di associazionismo istituzionale comunale. In particolare il TUEL (d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267) all'art. 33 prevede che le Regioni individuino gli ambiti territoriali ottimali (ATO) «al fine di favorire l'esercizio associato di funzioni e servizi da parte dei comuni». Tra le varie forme di associazionismo istituzionale rientrano

carattere associativo, dotati o meno di personalità giuridica, cui sono stati attribuiti compiti tendenzialmente generali.

Diversamente i moduli convenzionali hanno un campo di applicazione generalizzato.

In disparte la disamina di tutte le diverse tipologie consensuali che hanno trovato una compiuta disciplina nell'ordinamento nazionale²¹⁴, baste-

l'art. 32 prevede le Unioni tra comuni per «l'esercizio congiunto di una pluralità di funzioni di loro competenza». Tale tipo di forma associativa da vita ad un nuovo ente locale cd. di 2° grado in quanto ente esponenziale dei comuni che vi fanno parte. L'art. 31 disciplina invece Consorzi «per la gestione associata di uno o più servizi e l'esercizio associato di funzioni». Il consorzio è dotato di propria personalità giuridica.

²¹⁴ Molte discipline di settore hanno previsto moduli convenzionali di organizzazione tra amministrazioni: in primo luogo a livello comunale il TUEL disciplina due forme di associazionismo convenzionale: l'art. 34 prevede gli accordi di programma per la realizzazione di opere ed interventi pubblici. (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 2 aprile 2010 n. 5589; Cass. S.U., 14 giugno 2005 n. 12725; TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 8 novembre 2004, n. 5620. Contra Cons. St., Sez. IV, 21 settembre 2006 n. 5565) e l'art. 30 prevede, invece, le convenzioni tra enti locali o altre amministrazioni pubbliche per la gestione in comune di servizi pubblici (ad ex. TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 8 novembre 2004 n. 5620; Cons. St. Sez. VI 12 novembre 2009 n. 7057).

Sul tema la letteratura è ampissima. Cfr S. AMOROSINO, *Gli accordi di programma*, in AA.VV., *I modelli di organizzazione regionale*. Atti del Convegno Formez, Milano, 1985; N. BASSI, *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di esperienza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte: profili generali (1^ parte)*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2001; S. CASSESE, *Le intese e gli accordi di programma* in AA.VV., *L'ente ferrovie dello Stato. Le forniture, gli appalti, i contratti alla luce della normativa introdotta dalla L. 17 maggio 1985*, Rimini, 1986; S. CIMINI, *La concertazione amministrativa: note sugli accordi di programma*, in *Il diritto della Regione*, 4/5 1999, 647; G.D. COMPORZI, *Il coordinamento infrastrutturale*. cit.; G. CORSO, *Accordi di programma* in AA.VV., *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, 1988; G. DI GASPARE, *L'accordo di programma*, in *Le Regioni*, 1988, 2, 278; G.D. FALCON, *Il coordinamento regionale degli enti locali. Gli strumenti consensuali*, PD, 1991, 213; R. FERRARA, *Gli accordi di programma. Poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, Padova, 1993; ; ID. *L'accordo... e gli accordi di programma. Spunti sulla c.d. amministrazione consensuale (Nota a Cons. Stato, Sez. IV, 1° agosto 2001, n. 4206, e Corte conti, Sez. contr. Stato, 10 aprile 2000, n. 30)*, in *Il Foro italiano*, 3/2002, 3, 136; ID., *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M.A. SANDULLI (a cura), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011; G. GRECO, *Accordi di programma* in *Il diritto dell'economia*, Milano, 1990; F. MERUSI, *Procedimenti di coordinamento infrastrutturale e procedimenti di collaborazione dopo le leggi sul procedimento amministrativo e sulla riforma delle autonomie locali*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993; F. MONNI, *Le convenzioni e gli accordi di programma degli Enti locali: i modelli ideal-tipici della legislazione statale*, in *Regioni e comunità locali*, 2004, 1/2; G.

rà qui evidenziare che i differenti modelli di organizzazione e cooperazione tra amministrazioni di questo tipo sono stati generalmente ricondotti nell'ambito di operatività dell'art. 15 L. 241/90 che disciplina gli «accordi tra pubbliche amministrazioni»²¹⁵.

In particolare il citato articolo dispone che «anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune».

Alla luce di quanto sinora esposto, si comprende quindi che il principio di autorganizzazione amministrativa tutela uno spazio di scelta organizzativa dei mezzi attraverso cui adempiere ai propri compiti istituzionali: tale scelta può ricadere sul loro svolgimento in modo unilaterale ovvero in modo congiunto ad altri centri di potere, potendo in tale secondo caso perfino scegliere se privilegiare la creazione di una nuova struttura amministrativa ovvero l'adesione ad un modulo consensuale²¹⁶.

PASTORI, *Accordi e organizzazione amministrativa* in AA.VV., *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, 1988; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992; L. TORCHIA, *Gli accordi di programma tra regioni e enti locali*, in *Regioni e governo locale*, 1990, 220; A. TRAVI, *Forme di cooperazione interlocale*, in cit. 673.

Vengono generalmente ricondotti nella categoria degli accordi di coordinamento e cooperazione tra pubbliche amministrazioni anche gli accordi di programmazione negoziata per la definizione di un programma di interventi finalizzati allo sviluppo economico di una determinata area territoriale ex art. 2, co. 203 della L. 662/1996 (Cass. SU 23 marzo 2009 n. 6960; Cass. SU 8 luglio 2008 n. 18630; TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, 25 novembre 2009 n. 11650), nonché l'accordo concluso ai sensi degli artt. 3-4 D.lgs. 281/1997, nell'ambito della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano sono stati ricondotti agli accordi ex art. 15 l. 241/90 (cfr. Cons. St. sez V 7 ottobre 2009 n. 6167; Cons. St. Sez. V, 19 marzo 2009 n. 1617).

²¹⁵ Sull'argomento la letteratura è molto ampia: si vedano tra i tanti S. AMOROSINO, *Gli accordi organizzativi tra amministrazioni*, Padova 1984; E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, in *Enc. Dir., Agg. V*, Milano, 2001, 1; G.D. FALCON, *Convenzioni ed accordi amministrativi, I*, in *Enc. Giur.*, Roma 1988, 1; R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi*, cit.; ID. *L'accordo... e gli accordi di programma*, cit., 136; ID., *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, cit.; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; G. PASTORI, *Accordi e organizzazione*, cit.; G. SANVITI, *Convenzioni e intese nel diritto pubblico*, Milano, 1978; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit.

²¹⁶ C. IAIONE, *Le società in house*, cit., 118, parla di «autodifferenziazione organizzativa e funzionale» riferendosi in particolare agli enti locali.

3. La scelta discrezionale tra l'apertura del mercato e il principio di autoorganizzazione nello svolgimento dell'attività amministrativa.

Quanto finora esposto permette dunque di rilevare che il principio di autoorganizzazione amministrativa poc'anzi evidenziato consente alla pubblica amministrazione di scegliere se soddisfare le proprie esigenze di pubblico interesse mediante il ricorso al mercato libero – e quindi attraverso l'affidamento ad operatori esterni dei beni e dei servizi all'uopo necessari (cd. esternalizzazione) selezionati in modo obiettivo mediante procedure concorsuali ad evidenza pubblica – ovvero mediante l'affidamento a proprie articolazioni organizzative (cd. auto-produzione).

L'incidenza che questa scelta può avere però sul libero mercato impone qualche ulteriore osservazione.

3.1. La cd. libertà di autoproduzione.

Con l'espressione “libertà di auto-produzione²¹⁷” s'intende generalmente quello spazio di autonomia decisionale che permette ad ogni pubblico potere di scegliere di adempiere ai propri obblighi di interesse generale facendo uso delle proprie articolazioni interne, come alternativa al ricorso al libero mercato volto alla selezione, mediante gara, dell'operatore economico più meritevole²¹⁸.

In siffatte circostanze, il soggetto pubblico può decidere quale modalità di produzione meglio si confaccia al caso concreto e alle esigenze della collettività e quindi se privilegiare l'autoproduzione ovvero l'esternalizzazione²¹⁹.

²¹⁷ Termine coniato da Cons. St., Sez. V, 23 aprile 1998, 477.

²¹⁸ Sul punto si legga C. IAIONE, *Le società in-house*. cit.; ID, *Gli equilibri instabili dell'in-house fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?*, in *Giustizia Civile*, 1, 2006, 15; D. CASALINI, *L'alternativa tra mercato e auto-produzione di beni e servizi*, *Foro amm.- CdS*, 4/2008, 1158 ss; R. CAVALLO PERIN, *Il modulo “derogatorio”: in autoproduzione o in-house providing*, cit., 120; V.M. LEONE, *In-house: ossia dell'autonomia decisionale della pubblica amministrazione*, cit., 378; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino 2012, 25; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, cit., 71 ss; F. FRACCHIA, *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, cit., 243.

²¹⁹ Come evidenzia V.M. LEONE, *In-house: ossia dell'autonomia decisionale della pubblica amministrazione*, cit., 374-375 svariate possono essere le ragioni che determinano una pubblica amministrazione all'autoproduzione: ad ex. la necessità di perseguire attività sempre più complesse che necessitano di particolare professionalità, la mancata fiducia nel mercato ovvero particolari situazioni di difficoltà economiche.

In quanto motivata sulla base di relazioni organizzative – temporalmente antecedenti al concetto stesso di mercato²²⁰ – la scelta di una pubblica amministrazione di auto-produrre dovrebbe di conseguenza essere libera da qualunque condizionamento o coartazione derivante da regole di concorrenza o parità di trattamento degli operatori.

Quanto detto vale soprattutto per l'azione dell'Unione che come, come precedentemente rilevato, assume un atteggiamento del tutto neutrale rispetto alle scelte organizzative compiute dagli Stati membri nel perseguimento degli obiettivi e delle finalità imposti dai Trattati per cui nemmeno il richiamo alla tutela della libera concorrenza potrebbe, in principio, giustificare un'indebita ingerenza comunitaria nell'organizzazione amministrativa degli Stati membri²²¹.

Questa considerazione trova conferma nella giurisprudenza comunitaria che ha più volte ammesso che «un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi²²²».

A ciò si aggiunga che è lo stesso Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea che obbliga l'Unione a mantenere un atteggiamento neutrale rispetto alle scelte concrete compiute dagli Stati membri: l'art. 345 TFUE infatti sancisce il principio di indifferenza dell'Unione europea rispetto alla scelta tra proprietà privata e proprietà pubblica concretamente compiuta dagli Stati membri²²³. Tale disposizione impone quindi il rispetto delle scelte

²²⁰ L'autoproduzione «non rappresenta una deroga alla disciplina europea delle libertà economiche tutelate dal mercato comune, ma è definizione di ciò che non è mercato», così si esprime chiaramente il TAR Sardegna, Sez. I, 21 dicembre 2007 n. 2407. Ed infatti, l'autoproduzione dovendosi ricollegare al potere di autoorganizzazione si pone «a monte rispetto» al mercato.

Sul punto R. CAVALLO PERIN, *Il modulo "derogatorio": in autoproduzione o in-house providing*, cit., 120; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 257; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, cit., 173; F. FRACCHIA, *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, cit.

²²¹ R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 24.

²²² CGCE, 11 gennaio 2005, C- 26/03, *Stadt Halle* pt. 48.

²²³ Ex. art. 295 (ex 222) del TCE stabilisce che « i Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri».

Le prime indicazioni in tale senso si trovano nella Dichiarazione di Schumann del 9 maggio 1950 confluite poi nell'art. 83 Tr. CECA. Fin dall'inizio la giurisprudenza (Cfr. concl. Avv. Gen. Ruiz-Jarabo, CGCE, 4 giugno 2002, C-367/98, *Commissione c. Portogallo*; CGCE, 4 giugno 2002, C-483/99, *Commissione c. Francia*; CGCE, 4 giugno 2002, C-503/99 *Commissione c. Belgio*) ha evidenziato la funzione di garanzia di tale articolo che impone la neutralità del diritto comunitario nei confronti della proprietà delle imprese. Quando l'art. è

concrete adottate dalle autorità nazionali circa la natura pubblica o privata degli affidatari delle funzioni di pubblico interesse.

La portata pratica dell'articolo acquista chiarezza laddove si consideri che se è sicuramente vero che l'obiettivo principale dell'ordinamento comunitario è quello di creare un mercato comune di tipo liberista e concorrenziale, questa circostanza tuttavia non può declinarsi come un obbligo generalizzato per i pubblici poteri di fare sempre ricorso al mercato: se così fosse, si imporrebbe indirettamente la chiusura totale dell'intervento pubblico diretto anche in quelle situazioni in cui l'autoproduzione risulti la scelta più adeguata ai bisogni concreti della collettività²²⁴.

Invero, la giurisprudenza comunitaria ha da sempre ribadito che la «pubblica amministrazione rimane senz'altro libera di svolgere completamente i suoi compiti con mezzi propri, ossia di assolvervi direttamente, senza ricorrere affatto alle prestazioni di imprese – pubbliche o private – giuridicamente autonome²²⁵», perché, se così non fosse, «al relativo ente resterebbe soltanto l'alternativa della privatizzazione dei suoi servizi²²⁶».

È evidente però che, anche se si ragionasse astrattamente, un «intervento così incisivo sulla supremazia organizzativa degli Stati membri e segnatamente sull'autogoverno di tanti Comuni» non potrebbe giammai giustificarsi sulla base delle finalità perseguite dall'Unione Europea e anzi si porrebbe apertamente in contrasto con le stesse perché, com'è noto, «lo scopo della normativa sugli appalti è di garantire una scelta trasparente ed imparziale dei contraenti ogniquale volta la pubblica amministrazione decida di svolgere i propri compiti con la collaborazione di terzi. Non rientra invece nella ratio della disciplina sugli appalti la realizzazione di una privatizzazio-

confluito nel TCE però il legislatore comunitario ha preferito eliminare l'esclusivo richiamo alle imprese, in quanto il TCE impone diritti e obblighi tanto agli individui quanto alle imprese. Ciò non ha comunque stravolto la funzione dell'art. 345 TFUE che tutela la libertà delle pubbliche amministrazioni a determinare il ruolo dello Stato nell'economia.

Cfr. A. GARDELLA, *Art. 295 TCE*, cit., 1312 e P. DIBOUT, *Art. 222*, cit. 1389.

²²⁴ Come riconosciuto anche da Corte Cost. 13 gennaio 2004, n. 14.

²²⁵ Concl. Avv. Gen. J. Kokott, 1 marzo 2005, CGCE, C- 458/03, *Parking Brixen*, pt. 42.

Ripresa da CGCE, *Dory*; Concl. Avv. Gen. S. Alber, *RISAN srl* pt. 49; Concl. Avv. Gen. A. La Pergola, *BFI Holding*, pt. 26; CGCE, *Kreis Duren*; 58; CGCE, *Coditel Brabant SA* pt. 48 e Concl. Avv. Gen. V. Trstenjak, 75 ss; CGCE, *ASEMFO*, pt. 55; CGCE, *CONAME*; CGCE, *Commissione c. Italia*, pt. 36; CGCE, C-480/06, *Commissione c. Repubblica federale di Germania* pt. 45 e Concl. Avv. Gen. J. Mazak, pt. 32 ss; CGCE, C-159/11, *ASL di Lecce c. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, pt. 31 ss e Concl. Avv. Gen. V. Trstenjak pt.

²²⁶ Concl. Avv. Gen. Kokott *cit.* pt. 70.

ne «di straforo» anche di quei servizi pubblici che la pubblica amministrazione voglia continuare a fornire con mezzi propri²²⁷».

L'obiettivo dell'Unione è sì quello di garantire ambiti di mercato concorrenziali, ma tale risultato è raggiunto mediante “la tutela del mercato ove esso esista²²⁸” – prevedendo regole che tutelano i meccanismi concorrenziali al suo interno – ma non certo imponendo la “creazione coatta di mercati” per mezzo dell'imposizione di un generalizzato obbligo di esternalizzazione

Quanto segnalato a livello comunitario è poi confermato anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo cui «l'organizzazione autonoma delle pubbliche amministrazioni rappresenta un modello distinto ed alternativo rispetto all'accesso al mercato [...] La tutela comunitaria del mercato non interferisce sino a disconoscere ai singoli apparati istituzionali ogni margine di autonomia organizzativa nell'approntare la produzione e l'offerta dei servizi e delle prestazioni di rispettiva competenza. [...]. Il ricorso alla produzione privata, disciplinato da regole di salvaguardia della concorrenza e l'esercizio del potere di organizzazione, sottratto ai vincoli concorsuali o concorrenziali validi per il ricorso al mercato, costituiscono due schemi distinti che vanno preservati da ogni equivoca commistione²²⁹».

3.2. I possibili effetti negativi dell'auto-produzione sul funzionamento del mercato.

Dai rilievi giurisprudenziali nazionali e comunitari emerge che la scelta tra autoprodurre o esternalizzare i beni ed i servizi necessari per l'adempimento delle proprie funzioni di pubblico interesse, è una scelta libera e discrezionale di ogni amministrazione²³⁰.

²²⁷ Concl. Avv. Gen. Kokott 1 marzo 2005, CGCE, n. 458/03, *Parking Brixen* pt. 71

²²⁸ R. DI RAIMO, *Proprietà, economia pubblica e identità nazionale*, in U. MATTEI – E. REVIGLIO – S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna 2007, 109.

²²⁹ Il giudice nazionale ha riconosciuto uno spazio di auto-organizzazione amministrativa sin dalla sentenza Cons. St., Sez. V, 23 aprile 1998, 477 in cui si legge che «La tutela comunitaria del mercato non interferisce fino a disconoscere alle singole pubbliche amministrazioni ogni margine di autonomia organizzativa nell'approntare la produzione e l'offerta dei servizi e delle prestazioni di rispettiva competenza, potendo i singoli apparati istituzionali optare per schemi di coordinamento e formule organizzatorie che, teoricamente alternativi al ricorso alla libera produzione privata, si rilevino perfettamente idonei a garantire e soddisfare in modo adeguato le esigenze del servizio».

Sul punto conformi, *ex multis*, TAR Lombardia Brescia Sez. I, 06 marzo 2008, n. 213; TAR Sardegna, Sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407; Cons. St. Sez. V, 22 novembre 2004, n. 7636.

²³⁰ C. IAIONE, *Le società in-house*. cit., 150 ss evidenzia come la scelta tra l'autoproduzione e l'esternalizzazione non possa considerarsi totalmente

Questa affermazione è pienamente condivisibile allorché ci si riferisca a beni e servizi aventi carattere non economico²³¹; altrettanto non può dirsi invero per le attività economiche *tout court* né per l'acquisizione dei beni e servizi, dotati di carattere economico necessari allo svolgimento della funzione pubblica.

È stato, infatti, osservato che la scelta dell'amministrazione tra auto-produrre o esternalizzare, pur essendo libera, potrebbe indirettamente dare luogo a malfunzionamenti del mercato se non anche ad elusioni della normativa comunitaria²³².

Si è precedentemente rilevato infatti che quelle relazioni economiche che si instaurano tra pubbliche amministrazioni – terze ed autonome – sono incise dal diritto comunitario ed assoggettate alle regole del mercato tra cui quelle relative agli appalti pubblici; diversamente avviene invece per le relazioni organizzative tra pubbliche amministrazioni che, essendo considerate vicende del tutto interne all'amministrazione pubblica, ne sono sottratte.

Il problema è quindi evidente.

Ed infatti nulla impedirebbe che una pubblica amministrazione utilizzi lo strumento organizzativo volto all'auto-produzione di determinati beni e servizi al solo fine di eludere la normativa comunitaria sugli appalti e sottrarre quote rilevanti del mercato al principio di libera concorrenza in spregho al principio di *par condicio* degli operatori economici: il semplice uso di "articolarioni interne" alla pubblica amministrazione giustificherebbe quindi l'eventuale affidamento diretto – cioè senza previa gara pubblica – delle funzioni e dei servizi all'uopo necessari.

discrezionale ma soggiaccia comunque ad alcuni limiti. Nello stesso senso anche S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, cit., 71. Gli Autori evidenziano come la dottrina abbia individuato diversi canoni interpretativi idonei a limitare la discrezionalità dell'amministrazione; tra i tanti criteri enucleati quello della proporzionalità sembra l'unico che permetta effettivamente di circoscrivere il potere di auto-organizzazione amministrativa.

Sulla discrezionalità della scelta tra autoproduzione ed esternalizzazione si vedano tra le tante Cons. St. Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762; TAR Puglia Bari Sez. I, 09 febbraio 2012, n. 305; Cons. St. Sez. V, 06 maggio 2011, n. 2713; Cons. St. Sez. V, 28 settembre 2009, n. 5808.

Sui limiti del sindacato delle scelte organizzative in giurisprudenza, TAR Puglia Bari Sez. I, 09 febbraio 2012, n. 305; Cons. St. Sez. V, 8 marzo 2005, n. 931; Cons. St., Sez. V, 30 agosto 2004, n. 5643; Cons. St. Sez. V, 14 maggio 2004, n. 3149.

²³¹ Queste attività per definizione sono estranee al vincolo comunitario dei principi concorrenziali in quanto sono attività che si svolgono in un ambito in cui non c'è mercato.

²³² Come evidenziato tanto da A. CRISMANI, *La partecipazione alle gare di operatori economici pubblici*, cit., 273 e da A. DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, cit., 708; H. BONURA, *I servizi pubblici privi di rilevanza economica e la potestà organizzatoria degli enti locali*, cit., 398.

Questo “pericolo” non è però sfuggito al giudice comunitario che non ha mancato di rilevare, in più di un’occasione, i propri timori nei confronti dell’uso incondizionato delle strutture interne da parte dei pubblici poteri: l’estrema valorizzazione del principio di auto-produzione potrebbe infatti «aprire gli otri di Eolo per elusioni contrastanti con l’obiettivo di assicurare una libera e leale concorrenza²³³» e potrebbe giustificare un’azione pubblica in economia totalizzante e cioè tale da eliminare ogni domanda pubblica sul mercato, rendendo di conseguenza del tutto inutile l’intera disciplina comunitaria in materia di pubblici appalti.

È proprio per questa ragione che la Corte di Giustizia, non potendo spingersi fino ricomprendere nel proprio sindacato il potere stesso di ricorrere all’auto-produzione né potendo imporre l’esternalizzazione dei beni e dei servizi, ha cercato, mediante le proprie decisioni, di individuare un punto di equilibrio tra la tutela della sfera di libertà di auto-organizzazione dei pubblici poteri e la tutela del mercato.

In particolare, si fa riferimento alla giurisprudenza in tema di *in house providing* dell’ultimo decennio²³⁴: la Corte ha delimitato il potere di auto-organizzazione dei pubblici poteri imponendo requisiti e presupposti applicativi specifici sempre più stringenti, tanto è vero che la dottrina d’oltralpe è giunta a sostenere che la «*neutralité du droit communautaire au regard de l’organisation des personnes publiques est dès lors plus apparente que réelle*²³⁵».

²³³ Concl. Avv. Gen. G. Cosmas, 1 luglio 1999, *Teckal*, pt. 65 : « Se ammettiamo la possibilità delle amministrazioni aggiudicatrici di potersi rivolgere a enti separati, al cui controllo procedere in modo assoluto o relativo, per la fornitura di beni in violazione della normativa comunitaria in materia, ciò aprirebbe gli otri di Eolo per elusioni contrastanti con l’obiettivo di assicurare una libera e leale concorrenza che il legislatore comunitario intende conseguire attraverso il coordinamento delle procedure per l’aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture».

²³⁴ A cominciare dalla CGCE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle* la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha ridimensionato l’ambito di applicazione dell’istituto dell’*in-house providing*. Confermano una lettura stringente dei requisiti applicativi dell’istituto: CGCE, 21 luglio 2005, C-213/03 *CONAME* ; CGCE, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen* ; CGCE, 10 novembre 2005, C-29/04, *Commissione c. Repubblica d’Austria* ; CGCE, 11 settembre 2009, C-573/07, *Sea*.

Per una ricostruzione del mutato atteggiamento delle Corte di Giustizia in tema di *in house providing* si veda E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato* cit., 919.

²³⁵ E. FATÔME - A. MÉNÉMÉNIS, *Concurrence et liberté d’organisation des personnes publiques; éléments d’analyse*, in *AJDA*, 2/2006, 73.

Anche la dottrina italiana è concorde nel sostenere che la neutralità comunitaria rispetto all’auto-organizzazione ed in particolare rispetto all’auto-produzione pubblica sia più apparente che reale: sulla questione si legga ad ex. M. MAZZAMUTO, *L’apparente neutralità comunitaria sull’autoproduzione pubblica*:

In realtà, la Corte di Giustizia, esercitando il suo ruolo di interprete garante del rispetto del diritto comunitario²³⁶, ha cercato di porre un freno all'espansione degli affidamenti *in house* tentando di creare soluzioni di compromesso volte a tutelare contemporaneamente tanto la sfera di autonomia amministrativa quanto la necessità che importanti aree di mercato, così faticosamente liberalizzate, non venissero nuovamente chiuse a causa "di manovre" dirette a celare un atteggiamento elusivo della normativa in materia da parte delle pubbliche amministrazioni.

Alcune recenti pronunce della Corte sembrano però avere riaperto la strada ad una nuova fase di valorizzazione del principio di autonomia organizzativa nello svolgimento delle proprie funzioni di pubblico interesse.

La Corte ha infatti ammesso, accanto all'affidamento *in house*, nuove forme di collaborazione tra pubbliche amministrazioni che, rientrando nell'alveo dei rapporti interni amministrativi, esulano dal campo di applicazione delle direttive Appalti²³⁷.

In particolare la Corte di Giustizia ha da ultimo ritenuto, con la sentenza *Amburgo*²³⁸, che non rientra nell'ambito di applicazione *ratione materiae* delle direttive Appalti, l'accordo concluso tra due o più pubbliche am-

dall'in-house al partenariato pubblico-pubblico, *Giurisprudenza italiana*, 6/2013, 1416.

²³⁶ L'attuale art. 19 TFUE (ex art. 220 TCE e art. 164 TCEE) affida alla Corte di Giustizia la missione di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati. In questo consisterebbe la funzione nomofilattica della Corte, la quale si esprime tanto mediante l'individuazione dell'interpretazione delle disposizioni comunitarie più confacente al raggiungimento degli scopi dei Trattati (cd. interpretazione secondo l'effetto utile) quanto mediante un'attività creatrice ovvero integratrice del diritto. La Corte di Giustizia infatti non solo può integrare le disposizioni previste dai Trattati mediante il rinvio ai principi generali dell'ordinamento comunitario ma può anche recepire nel proprio ordinamento, laddove sussistano delle lacune, fonti esterne quali ad esempio principi generali esistenti in alcuni Stati membri.

Cfr. P. PESCATORE, Art. 164, cit., 941; R. MASTROIANNI, Art. 220 TCE, cit., 1014.

²³⁷ La Corte di Giustizia con la sentenza *Coditel Brabant*, cit. ha dapprima ammesso forme di cooperazione cd. istituzionalizzata tra enti pubblici: in questo modo ha dato riconosciuto alle amministrazioni aggiudicatrici di affidare direttamente ad un'entità separata, detenuta e controllata congiuntamente e che funga da fornitore del servizio, l'esecuzione di un compito di pubblico interesse; da ultimo, con la sentenza 9 giugno 2009 n. 480/06, *Commissione c. Germania* ha ammesso anche forme di cooperazione non istituzionalizzate tra enti pubblici: nello specifico il giudice comunitario ha riconosciuto la legittimità di un accordo tra enti pubblici volto al soddisfacimento di compiti di interesse comune quale quello dello smaltimento dei rifiuti urbani.

²³⁸ CGCE, *Commissione c. Germania*, cit.

ministrazioni allorché questo sia «finalizzato a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune²³⁹».

Così facendo però il giudice comunitario ha aperto la strada all'emersione di differenti problematiche in punto di ammissibilità di un nuovo modello organizzativo (cd. partenariato pubblico-pubblico) che è infatti da un lato distinto dal metodo *in house*, e dall'altro, è comunque strumento alternativo rispetto all'esternalizzazione delle funzioni e cioè al ricorso al mercato concorrenziale.

Come rilevato dall'avvocato generale Trstenjak²⁴⁰, resta valido il sospetto che il nuovo strumento consensuale del partenariato pubblico-pubblico possa essere utilizzato dalle amministrazioni pubbliche al fine di eludere i principi concorrenziali.

D'altronde, l'ammissione di nuove forme in cui possa esprimersi il potere di auto-organizzazione amministrativa finisce per riaprire la annosa questione di definire ancora una volta, attraverso l'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria e del testo delle nuove direttive europee Appalti e concessioni²⁴¹, in particolare relativa agli accordi collaborativi, il profilo dei rapporti che intercorrono tra potestà organizzativa pubblica e mercato evidenziando, con specifico riferimento al partenariato pubblico-pubblico, fino a che punto l'esigenza di garantire la concorrenza nel e per il mercato possa opporsi alla facoltà di auto-organizzazione mediante propri

²³⁹ CGCE, 9 giugno 2009 n. 480/06, *Commissione c. Germania*, pt. 37. Nello stesso senso CGCE, 19 dicembre 2012 n. 159/11, *ASL di Lecce c. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*; CGCE, 13 giugno 2013, 386/11, *Kreis Duren*; CGCE, 16 maggio 2013, ord. n. 564/11, *Consulta regionale dell'ordine degli ingegneri della Lombardia c. Comune di Pavia*; CGCE, 20 giugno 2013, ord. n. 352/12, *Consiglio nazionale degli Ingegneri*.

²⁴⁰ Concl. Avv. Gen. V. Trstenjak, 23 maggio 2012, *Asl Lecce, cit.*, pt. 90 secondo cui: «Se si consentisse alle amministrazioni aggiudicatrici di rivolgersi – al di là del settore del partenariato pubblico-pubblico – ad altre autorità pubbliche al fine di ottenere prestazioni di servizi senza essere assoggettate alle prescrizioni della normativa in materia di aggiudicazione di appalti, sarebbe fondato il timore che queste ultime possano essere alla lunga eluse e con ciò verrebbe frustrato, in ultima analisi, l'obiettivo dell'Unione di assicurare la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi nonché una concorrenza priva di restrizioni nel mercato interno. Al fine di impedire siffatto risultato, è necessario un rigoroso controllo dell'applicazione dei criteri stabiliti dalla Corte nella sentenza *Commissione/Germania*».

²⁴¹ In particolare, art. 12 della direttiva Appalti nei settori ordinari D. 2014/24/UE; art. 28 della direttiva Appalti nei settori speciali D. 2014/25/UE e art. 17 della direttiva *Utilities* D. 2014/23/UE rubricati "Appalti (Concessioni) pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico e che contengono la disciplina positiva di tutte le forme di organizzazione alternative alla gara ad evidenza pubblica.

strumenti e viceversa ²⁴² ; nonché di definire in quali situazioni l'autoproduzione possa celare un illegittimo affidamento diretto ponendosi così in contrasto con le regole del mercato e della *par condicio* degli operatori economici.

Tale questione poggia sul mutato concetto di unità dell'organizzazione amministrativa, all'interno della quale le relazioni tra pubbliche amministrazioni possono assumere tanto natura organizzativa (accordi organizzativi) che natura contrattuale-economica (contratti di scambio)²⁴³.

Questa è la ragione per cui appare quanto mai necessario che la Corte di Giustizia affini e delimiti l'ambito di applicazione di questo nuovo istituto introducendo nuovi e stringenti requisiti applicativi, così come aveva a suo tempo fatto con il cd. *in house providing*.

Al fine di una migliore comprensione del nuovo istituto del cd. partenariato pubblico-pubblico, appare a questo punto indispensabile ripercorrere la giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di *in house providing*, perché è proprio dall'evoluzione di questa giurisprudenza che trae origine quella, seppur differente, relativa agli accordi di collaborazione.

²⁴² Cfr. E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, cit, 925; nello stesso senso, M. DUGATO, *I contratti misti come contratti atipici tra attività e organizzazione amministrativa. Dal global service all'in house* in F. MASTRAGOSTINO (a cura di) *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007, 95.

²⁴³ R. CAVALLO PERIN – D. CASALINI, *Organisation v market in purchasing arrangements among public entities: the European perspective*, *Proceeding of the 4th International Public procurement conference*, 26-28 agosto, Seoul, 2010, 19.

CAPITOLO II – DALL’AUTOPRODUZIONE MEDIANTE ENTE IN HOUSE ALLA COOPERAZIONE CONTRATTUALE TRA PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI.

1. L’autoproduzione mediante ente *in house providing*.

1.1. Premessa

Come detto al termine del primo capitolo, l’analisi dell’istituto di natura giurisprudenziale del partenariato pubblico-pubblico impone, a sua volta, l’analisi di un altro istituto, anch’esso di natura giurisprudenziale, da cui esso deriva e cioè il cd. *in house providing*²⁴⁴.

Prima di procedere alla ricostruzione dell’evoluzione della giurisprudenza comunitaria in punto di *in house providing*, appare anzitutto necessario svolgere una premessa di carattere nozionistico.

Dalla lettura della giurisprudenza della Corte di Giustizia e delle conclusioni degli Avvocati generali, emerge che, col termine di *in house providing*, sia possibile fare riferimento a due diversi fenomeni e cioè all’*in house* in senso stretto e al quasi *in house*²⁴⁵.

Il primo modello di ente *in house* corrisponde al modello nazionale di produzione in economia e si caratterizza per il fatto che la pubblica amministrazione affida un proprio servizio ad un suo ente strumentale privo di una distinta personalità giuridica: l’assenza di una personalità giuridica distinta definisce, di per sé, l’ente prestatore come struttura interna

²⁴⁴ Il termine *in house providing* venne per la prima volta utilizzato nel Libro Bianco sugli Appalti (Comunicazione, 11 marzo 1998 COM(98) 143, pt. 2.1.3 nota 10) della Commissione Europea nel quale quest’ultima ha chiarito che gli appalti *in house* sono «quelli aggiudicati all’interno della Pubblica amministrazione, ad esempio tra Amministrazione centrale e locale o, ancora, tra una Amministrazione ed una società interamente controllata».

²⁴⁵ In assenza di una normativa di carattere speciale, la distinzione tra i due modelli di *in house* in senso stretto e in senso lato è emersa soprattutto nelle conclusioni degli Avvocati Generali e nelle sentenze della Corte di Giustizia: in particolare si leggano le conclusioni dell’avv. gen. C. Sixt-Hackal, 23 settembre 2004 in causa C-26/03, *Stadt Halle* §49 e 55; quelle dell’avv. gen. J. Kokott, 1 marzo 2005, in causa C-458/03 *Parking Brixen GmbH* § 2; quelle dell’avv. gen. C. Sixt-Hackal, 12 gennaio 2006 in causa C-340/04 *Carbotermo e Consorzio Alisei*, § 18. Ancorché non giovi ad una chiara comprensione del fenomeno, questa distinzione riprende la distinzione inglese tra l’istituto dell’*in house providing* (che corrisponde al nostro *in house* in senso stretto) e il *contracting out* (che ricomprende diversamente tutte le forme contrattuali di esternalizzazione della produzione, compresa la delegazione ad un proprio ente controllato). In dottrina si vedano D. CASALINI – R. CAVALLO PERIN, *L’in house providing: un’impresa dimezzata*, in *Dir. amm.* 1/2006, 68 nonché D. CASALINI, *L’alternativa tra mercato e auto-produzione di beni e servizi*, in *Foro amm. – CdS*, 4/2008, 1165.

dell'amministrazione concedente e non pone quindi problemi di compatibilità col diritto comunitario.

Il secondo modello di ente *in house*, invece, si caratterizza per il fatto che una pubblica amministrazione affida un proprio servizio ad un ente suo controllato, dotato, tuttavia, di distinta personalità giuridica di diritto pubblico: ciò impone di verificare, caso per caso, se l'ente prestatore e l'amministrazione concedente siano in un rapporto di identità sostanziale – ipotesi da ricomprendere nell'ambito dell'autoproduzione mediante ente *in house* e quindi nell'ambito delle relazioni organizzative pubbliche²⁴⁶ – o di

²⁴⁶ Come è stato chiarito nel primo capitolo, l'autoproduzione dovendosi ricollegare al potere di autoorganizzazione si pone "a monte rispetto" al mercato e «non rappresenta una deroga alla disciplina europea delle libertà economiche tutelate dal mercato comune, ma è definizione di ciò che non è mercato» (TAR Sardegna, Sez. I, 21 dicembre 2007 n. 2407). Nello stesso senso Corte Cost., 20 luglio 2012 n. 199; Cons. St., Sez. VI, 11 febbraio 2013 n. 762; Cons. St., Sez. V., 10 settembre 2014 n. 4588.

In dottrina R. CAVALLO PERIN, *Il modulo "derogatorio": in autoproduzione o in-house providing*, in BONURA H. – CASSANO M., *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011, 120; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 257; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, cit., 173; V.M. LEONE, *In house: ossia dell'autonomia decisionale della pubblica amministrazione*, in C. FRANCHINI - F. TEDESCHINI, *Nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, 2008, 373.

Nonostante si stia progressivamente affermando l'idea che le relazioni *in house* siano delle "alternative" al ricorso al mercato, il legislatore nazionale pare fermo nel considerarle come ipotesi derogatorie alle regole della concorrenza; ne sono testimonianza le diverse norme che limitano – o hanno provato a limitare – il ricorso all'istituto e quelle che lo ammettono solo in condizioni di fallimento del mercato. In materia di appalti pubblici, ad esempio, si veda l'art 4 dl. 95/12 – oggi dichiarata incostituzionale da Corte Cost., 16 luglio 2013 n. 229 nella parte in cui dispone anche in materia di organizzazione delle Regioni ordinarie ed autonome – che aveva previsto la soppressione o la privatizzazione di tutte le società *in house* entro il 31 dicembre 2013. Tale norma è stata successivamente abrogata dall'art. 1 co. 550 della L. 27 dicembre 2013 n. 147 (Finanziaria 2014); in ogni caso era prevista l'impossibilità di affidamenti diretti a decorrere del 1° luglio 2014.

Per quel che concerne invece la materia di servizi pubblici si veda, l'art. 4 dl. 138/2011 – oggi dichiarato incostituzionale da Corte Cost. 20 luglio 2012 n. 199 – che riproponeva il rapporto regola-eccezione tra il ricorso alla gara e l'*in house* già introdotto con l'art. 23 bis dl. 112/08 abrogato dal referendum del giugno 2011; l'art. 25 d.l. 1/2012 che impone il parere dell'AGCM in ordine all'uso dell'ente *in house* per enti locali con popolazione superiore a 10.000 abitanti; in generale, l'art 13 d.l. 223/2006, prima della modifica ai sensi dell'art. 48 L. 23 luglio 2009 n. 99, richiedeva che le società *in house* operassero esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti: l'art. 1 co. 721-734 L. 296/06 (Finanziaria 2007) che impone un tetto massimo al numero degli amministratori delle società *in house* nonché ai loro

alterità – circostanza che, invece, giustificerebbe l'applicazione della disciplina comunitaria.

In sostanza, quindi, la formula “*in house providing*” descrive un particolare fenomeno per cui un contratto pubblico di appalto o concessione viene affidato direttamente ad un soggetto che è parte della pubblica amministrazione concedente, dando vita ad un rapporto di tipo organizzativo che si esaurisce all'interno di questa: infatti, ancorché l'ente pubblico sia dotato di una veste giuridica formalmente distinta – e, a volte, di una propria personalità giuridica – nel concreto, questo risulta privo di una qualsiasi autonomia strutturale, economica e decisionale rispetto all'amministrazione concedente. In sostanza, è il fatto che si tratti di un'articolazione interna dell'amministrazione aggiudicatrice che giustifica il mancato ricorso alle procedure ad evidenza pubblica, in applicazione del principio di autoorganizzazione dei pubblici poteri secondo cui i pubblici poteri «possono adempiere ai compiti di interesse pubblico mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici o di altro tipo²⁴⁷».

D'altra parte, è chiaro che l'ente *in house* debba essere utilizzato dall'amministrazione concedente non per incrementare le funzioni ed attività svolte²⁴⁸, ma, al contrario, per permettere di organizzare quelle stesse attività in modo alternativo, e cioè delegandole ad un proprio organo amministrativo.

Laddove, tuttavia, sussista la personalità giuridica autonoma dell'ente prestatore, sarà necessario operare una verifica in ordine alla natura della relazione che si instaura con l'amministrazione concedente, nella considerazione che solo in presenza di una relazione di dipendenza strutturale, decisionale ed economica sarà possibile accertare l'esistenza di un rapporto *in house*.

1.2. Le condizioni che legittimano il ricorso alla relazione *in house*.

Come precedentemente accennato, l'istituto dell'*in house providing* ha origine giurisprudenziale ed è stato, per la prima volta²⁴⁹, delineato con precisione nella nota sentenza *Teckal*²⁵⁰.

compensi; l'art. 3 co. 12 e co. 27-29 L. 244/07 (Finanziaria 2008) che limita alla costituzione o al mantenimento di società *in house* che non risultano strettamente necessarie al perseguimento del pubblico interesse. Nello stesso senso anche una parte della giurisprudenza: si vedano, ad ex., Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2008 n. 1; Corte Conti, Sez. contr. Sicilia, 2 aprile 2008 n. 10; Corte Conti Sez. contr. Lombardia, 23 gennaio 2008 n. 10; Corte Conti, Sez. contr. Calabria 6 marzo 2008 n. 60.

²⁴⁷ CGCE, 11 gennaio 2005, C-26/03 *Stadt Halle* pt. 48.

²⁴⁸ V.M. LEONE, *In house: ossia dell'autonomia decisionale della pubblica amministrazione*, cit., 373.

²⁴⁹ In precedenza la Corte aveva trattato la questione solo in alcuni *obiter dicta*. Importanti appaiono invece le conclusioni rese dagli Avvocati Generali in

In particolare, la Corte di Giustizia era stata chiamata a valutare la compatibilità col diritto europeo dell'affidamento diretto del servizio di gestione degli impianti di riscaldamento di un Comune, nonché della fornitura di combustibile, ad un Consorzio di comuni.

Per la prima volta, in quell'occasione, il giudice comunitario aveva ritenuto che esulassero dall'ambito applicativo delle direttive Appalti, quelle relazioni tra amministrazione concedente e ente prestatore, caratterizzate da un particolare rapporto di delegazione interorganica per cui, da un lato, «l'ente e gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitano sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi» (requisito del "controllo analogo") e, dall'altro, «questa persona realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano» (requisito della "prevalenza dell'attività").

In sostanza, secondo la Corte, i requisiti del controllo analogo e quello della prevalenza dell'attività traducono, di fatto, l'esistenza di un rapporto di dipendenza strutturale ed economica tra l'ente prestatore e l'amministrazione concedente, assimilabile ad una relazione di subordina-

due precedenti sentenze. La prima è la sentenza CGCE 10 novembre 1998, C-360/96, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden c. BFI Holding BV*; nelle sue conclusioni l'Avv. gen. A. La Pergola, conio, per la prima volta, l'espressione «delega interorganica» per designare il rapporto di dipendenza economica che deve sussistere tra l'amministrazione concedente e l'ente affidatario tale che, la prima esercita un vero e proprio "*ius vitae ac necis*". In particolare si legge al pt. 35-38 delle conclusioni: «nella specie non sussiste, a mio avviso, la terzietà e cioè la sostanziale distinzione dell'organismo ARA rispetto ai due comuni. Siamo di fronte ad una forma di delegazione interorganica che non fuoriesce dalla sfera amministrativa dei comuni». La seconda sentenza è CGCE, 9 settembre 1999, C-108/98, *Società R.I.SAN. c. Comune di Ischia*. Nelle conclusioni dell'avv. generale Alber si legge che la qualità di società per azioni dell'affidatario del servizio non basta ad escludere che esso faccia parte dell'amministrazione aggiudicatrice; la questione se l'amministrazione aggiudicatrice e l'affidatario diretto siano parte della stessa amministrazione spetta, invece, al giudice nazionale chiamato ad accertare "sulla base delle circostanze di fatto" «oltre all'intreccio finanziario è necessario, [...], altresì la presenza di una attribuzione di compiti tra organi»: si delineavano, in sostanza, i requisiti poi precisati con la sentenza *Teckal*.

²⁵⁰ CGCE, 18 novembre 1999, C-107/98 *Teckal c. Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, pt. 50. In dottrina tra i primi commenti alla sentenza si vedano G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio di gara* in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2000, 1393; D. PROTO, *La direttiva 93/36/CEE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è applicabile anche nei contratti tra amministrazioni aggiudicatrici* in *Urb. e app.*, 2000, 1149.

zione gerarchica tipica dei legami di organizzazione intersoggettiva conosciuti nell'ordinamento italiano ed in altri ordinamenti stranieri²⁵¹.

Veniva così delineata dalla Corte di Giustizia la prima deroga all'ambito di applicazione delle direttive Appalti.

Dopo la sentenza *Teckal* – tranne alcune sporadiche pronunce in cui la Corte ha ribadito i medesimi concetti sotto forma di *obiter dictum*²⁵² – il giudice comunitario non ha più affrontato direttamente la questione relativa all'ammissibilità dell'istituto.

L'assenza di una normativa di settore e la rudimentale definizione dei requisiti dell'*in house* avevano, tuttavia, creato le basi per un uso distorto dell'istituto da parte dei pubblici poteri: le amministrazioni pubbliche hanno visto nell'*in house providing* più che un istituto di autoorganizzazione, un espediente per aggirare le regole imposte dalla direttive Appalti, concretizzando i timori che l'Avvocato generale aveva espresso nelle conclusioni rese nella causa *Teckal*, laddove evidenziava che ammettere «la possibilità delle pubbliche amministrazioni aggiudicatrici di potersi rivolgere a enti se-

²⁵¹ Successivamente, la Corte ha ritenuto integrato il rapporto di delegazione interorganica anche in assenza di un rapporto di gerarchia tra ente aggiudicatario e ente prestatore: si veda ad ex., CGCE, 8 maggio 2003, C-349/97, *Regno di Spagna c. Commissione*. Anche la giurisprudenza nazionale si è allineata alle indicazioni del giudice comunitario escludendo che la relazione *in house* si configuri solo nell'ambito delle relazioni gerarchiche tra enti: ad es. Cons. St., sez V, 13 luglio 2006 n. 4440; Cons. St. Sez. V 22 dicembre 2005 n. 7345 riconoscono la necessità di apprezzare il grado di influenza esercitabile dal soggetto pubblico in termine di condizionamento delle decisioni, il coordinamento e la supervisione dell'attività dell'ente *in house*.

²⁵² Ad esempio, CGCE, 7 dicembre 2000, C-94/99, *ARGE Gewässerschutz c. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*. La Corte era stata chiamata a valutare la compatibilità con l'ordinamento europeo di una procedura di gara per l'aggiudicazione di un appalto di servizi cui partecipano anche offerenti semipubblici; ancora una volta sono le conclusioni dell'Avv. Gen. Léger che forniscono elementi utili a tracciare i confini dell'istituto. In particolare al pt. 59 ss si legge che è «determinante verificare se l'autorità pubblica che esercita il suo controllo sugli enti e l'amministrazione aggiudicatrice siano una sola e stessa persona»: ciò si verificherebbe ogni qual volta l'ente aggiudicatario ha «la capacità di influire sul funzionamento del prestatore»; in queste ipotesi, «l'assenza di autonomia che ne deriva negano qualsiasi concretezza al contratto stipulato tra l'ente ed il prestatore di servizi». A ciò l'Avv. gen. aggiunge che «la sola constatazione di una dipendenza strutturale non sia sufficiente per poter considerare i servizi che essi forniscono come prestazioni analoghe», ma che è necessario prendere in considerazione, oltre al rapporto di delega interorganica, anche l'ambito di azione del prestatore che «deve, per la maggior parte, essere svolta a beneficio del suo ente territoriale di riferimento», altrimenti «se il prestatore esercita attività commerciali, la direttiva diventa di nuovo applicabile, a meno che queste ultime non occupino un posto marginale nell'insieme delle sue attività».

parati, al cui controllo procedere in modo assoluto o relativo [...]» avrebbe potuto significare «aprire gli otri di Eolo per elusioni contrastanti con l'obiettivo di assicurare una libera e leale concorrenza²⁵³»²⁵⁴.

Questa è la ragione per cui dal 2005, la Corte di Giustizia ha dato avvio – nell'ambito delle numerose questioni pregiudiziali rimesse dai giudici nazionali – ad un'operazione ermeneutica volta a delimitare, in modo chiaro ed oggettivo, le due condizioni di ammissibilità della relazione *in house*²⁵⁵ con particolare attenzione a quella del controllo analogo che, ad oggi, continua a sollevare problematiche, tanto di ordine interpretativo che applicativo, e la cui evoluzione interpretativa ha portato indirettamente ad ammettere le forme di partenariato pubblico-pubblico.

1.2.a. Il requisito dell'attività dedicata prevalente.

Diversamente dal criterio del controllo analogo, il requisito dell'attività dedicata prevalente ha creato minori problemi interpretativi: ciò, tuttavia, non significa che esso non abbia fatto oggetto di pronunce da parte del giudice comunitario.

La Corte di Giustizia utilizza la formula “attività dedicata prevalente” per dare concretezza alla relazione di dipendenza economica-funzionale

²⁵³ Concl. Avv. Gen. G. Cosmas, 1 luglio 1999, in causa C- 107/98 *Teckal*, pt. 65.

²⁵⁴ Sul punto evidenziano R. CAVALLO PERIN – D. CASALINI, *Organisation v market in purchasing arrangements among public entities: the European perspective*, *Proceeding of the 4th International Public procurement conference*, 26-28 agosto, Seoul, 2010, 7 che l'aumento della complessità della struttura amministrativa ed il contestuale espandersi di nuove forme di delega di funzioni tra Stato, Regioni e autorità locali ai nuovi enti creati ad hoc per svolgere quelle funzioni, ha sollevato il problema di delimitare con chiarezza i confini dell'organizzazione pubblica che esula dall'applicazione della normativa Appalti.

²⁵⁵ Per una disamina della giurisprudenza in tema di *in house* si vedano C. IAIONE, *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di autoorganizzazione e autoproduzione degli enti locali*, Napoli, 2007; P. LOTTI, *Corte di Giustizia e involuzione dell'in house providing*, in *Urb. e app.*, 9/2006, 1047; C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2001, 495; M.L. CARUSO, *L'in house providing nell'evoluzione giurisprudenziale comunitaria e nazionale*, in *Giurisprudenza di merito*, 5/2009; G. GRECO, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture*, cit; G. URBANO, *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto dell'in house providing tra tutela della concorrenza e autoorganizzazione amministrativa*, www.amministrazioneincammino.it; E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 4/2005, 915; L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni di amministrativo progredito*, Bologna 2010; VARONE S., *Servizi pubblici locali e concorrenza*, cit.; FATOME E. - MENEMENIS A., *Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques; éléments d'analyse*, in *AJDA*, 2/2006.

dell'ente prestatore rispetto all'amministrazione concedente: l'ente *in house* non solo non può compiere in via principale alcuna attività economica, ma inoltre l'incarico principale che esso svolge è quello di produrre servizi a favore dell'ente concedente o per conto di questo.

In sostanza, affinché un ente *in house* possa essere considerato come una *longa manus* dell'amministrazione e quindi come ente sostanzialmente interno alla stessa, è necessario che la sua attività sia interamente vincolata *ex lege* alla soddisfazione dei fini pubblici attribuiti alla cura dell'ente che svolge il controllo analogo: l'ente *in house* non è, quindi, rivolto in via principale al mercato – come al contrario lo è un'impresa pubblica – ma è rivolto all'amministrazione controllante (o alle amministrazioni controllanti)²⁵⁶,

²⁵⁶ Recentemente, Cons. St. 20 marzo 2012 n. 1574 ha chiarito le differenze e gli elementi comuni, a livello funzionale e strutturale, tra l'impresa pubblica e l'ente *in house* evidenziando come nel primo caso si tratti di una struttura imprenditoriale la cui attività economica non è incompatibile col perseguimento del pubblico interesse, mentre nel secondo caso si tratti proprio di una struttura amministrativa la cui attività amministrativa non incide sul mercato in quanto rivolta all'amministrazione.

Da ultimo anche Cass. civ., SS.UU., 25 novembre 2013 n. 26283 nell'occuparsi del riparto di giurisdizione della responsabilità degli amministratori della società *in house* tra giudice ordinario civile e Corte dei Conti ha evidenziato come, a differenza delle imprese pubbliche, le società *in house* siano da considerare delle amministrazioni che svolgono attività di cura concreta del pubblico interesse a carattere non economico né commerciale. In particolare rileva che «è già anomalia non piccola il fatto che si abbia qui a che fare con società di capitali non destinate (se non in via del tutto marginale e strumentale) allo svolgimento di attività imprenditoriali a fine di lucro, così da dover operare necessariamente al di fuori del mercato. Forse entro certi limiti una siffatta anomalia la si potrebbe ancora giustificare, in un contesto storico nel quale la causa lucrativa delle società di capitali è andata via via sbiadendosi in favore di una concezione che vede in quelle società dei modelli organizzativi utilizzabili per scopi diversi. Ma ciò che davvero è difficile conciliare con la configurazione della società di capitali, intesa quale persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che in essa agiscono e per il cui tramite essa stessa agisce, è la totale assenza di un potere decisionale suo proprio, in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale. Si potrebbe obiettare che il fenomeno della eterodirezione di società non è certo sconosciuto al diritto societario, e che anzi, dopo la riforma attuata col d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, esso ha trovato esplicito riconoscimento nell'art. 2497 c.c. e segg.. Ma non è la stessa cosa. Nei gruppi societari il potere di direzione e coordinamento spettante all'ente capogruppo attiene all'individuazione delle linee strategiche dell'attività d'impresa senza mai annullare del tutto l'autonomia gestionale della società controllata. Gli amministratori di quest'ultima sono perciò tenuti ad adeguarsi alle direttive loro impartite, ma conservano nondimeno una propria sfera di autonomia decisionale (giacché, pur con gli adattamenti resi necessari dall'esser parte di un gruppo imprenditoriale più va-

tanto che, essendogli – in tutto o in parte – preclusa la produzione per conto o in favore di enti non di controllo, lo si definisce come «un'impresa dimezzata»^{257,258}.

Solo nel marginale ambito di autonomia economica di cui l'ente prestatore resta titolare, esso potrà svolgere attività extraterritoriali in favore di soggetti terzi, pubblici o privati a condizione che queste risultino residuali rispetto a quelle «sostanzialmente destinate in via esclusiva»²⁵⁹ all'amministrazione controllante²⁶⁰.

Nel tempo, il giudice comunitario ha chiarito che il carattere dell'«attività principalmente svolta» deve essere interpretato mediante un criterio di natura economico-qualitativo prendendo a riferimento il fatturato globale dell'impresa incaricata derivate dalla sommatoria di tutti i settori in cui l'ente *in house* opera²⁶¹: al fine della sua valutazione in concreto, quindi

sto, continua ad applicarsi alla singola società il disposto dell'art. 2380 bis c.c., co. 1) né, soprattutto, essi possono prescindere dal valutare se ed in qual misura quelle direttive eventualmente comprimano in modo indebito l'interesse della stessa società controllata: interesse di cui sono garanti ed in virtù del quale hanno il dovere, se del caso, di discostarsi da direttive illegittime. La disciplina della direzione e del coordinamento dettata dai citato art. 2497 e segg., insomma, è volta a coniugare l'unitarietà imprenditoriale della grande impresa con la perdurante autonomia giuridica delle singole società agglomerate nel gruppo, che restano comunque entità giuridiche e centri d'interesse distinti l'una dalle altre. Altrettanto non sembra potersi dire invece per la società *in house*, sia per la già ricordata subordinazione dei suoi gestori all'ente pubblico partecipante, nel quadro di un rapporto gerarchico che non lascia spazio a possibili aree di autonomia e di eventuale motivato dissenso, sia per l'impossibilità stessa d'individuare nella società un centro d'interessi davvero distinto rispetto all'ente pubblico che la ha costituita e per il quale essa opera».

²⁵⁷ D. CASALINI – R. CAVALLO PERIN, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, cit., 82. Ugualmente F. FRACCHIA, *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2012, 268.

²⁵⁸ Nello stesso senso, DI GASPARO G., *Esternalizzazione (tramite contratti e figure soggettive delle attività amministrative), societarizzazioni e privatizzazioni: un approccio teorico?*, in www.amministrazioneincammino.it nonché in *Guida agli enti locali de Il sole 24 ore* 2005 sostiene che dovrebbe essere esclusa la possibilità di affidamento *in house* «ogni qual volta le suddette società non svolgano la parte più importante della propria attività direttamente con l'ente locale bensì con utenti terzi del servizio»

²⁵⁹ CGCE, *Carbotermo*, cit., pt. 62.

²⁶⁰ Da ultimo, CGCE, 10 settembre 2009, C-573/07 *Sea* pt. 80

²⁶¹ Tale impostazione è stata ormai recepita anche dalla nostra Suprema Corte Costituzionale con sentenza del 23 dicembre 2008 n. 439 con nota di G. PIPERATA, *La Corte costituzionale, il legislatore regionale ed il modello "a mosaico" delle società in house*, in *Le Regioni*, 2009. La giurisprudenza amministrativa aveva già accolto l'impostazione comunitaria con Cons. Giust.

la Corte opta per una misura quantitativa – intesa come prevalenza di volume di affari effettivamente realizzato per i soci che esercitano il controllo analogo – e qualitativa – «intesa come maggiore attenzione alla natura delle attività affidate dagli enti pubblici soci (attività prevalente) rispetto a quelle altre che sono considerate invece complementari ed accessorie alla prima²⁶²» – rigettando il riferimento ad una o all'altra di queste misure²⁶³.

In particolare, la Corte di Giustizia ha precisato, nella nota sentenza *Carbotermo*²⁶⁴, che «occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni. Infatti, le attività di un'impresa aggiudicataria da prendere in considerazione sono tutte quelle che quest'ultima realizza nell'ambito di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni. Non è rilevante sapere chi remunera le prestazioni dell'impresa in questione, potendo trattarsi sia dell'ente controllante sia di terzi utenti di

Amm. Sicilia, 4 settembre 2007 n. 719, rigettando così il precedentemente orientamento, di stampo dottrinale, del criterio quantitativo (TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 13 febbraio 2006, n. 198). Da ultimo, Cass. SS.UU. 25 novembre 2013 n. 26283.

²⁶² D. CASALINI – R. CAVALLO PERIN, op. ult. cit., 84.

²⁶³ Una parte della dottrina italiana (si vedano ad ex. S. COLOMBARI, *“Delegazione interorganica” ovvero “in house providing” nei servizi pubblici locali*, cit. 1149; P. ALBERTI, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, cit., 597) aveva proposto di utilizzare il solo criterio quantitativo fissato nella percentuale dell'80% richiamata dall'art. 13 direttiva 93/38/CE e poi dall'art. 23 della 2004/17/CE in relazione all'affidamento diretto ad imprese collegate. Sul punto. Tale impostazione è stata radicalmente esclusa dalla conclusioni dell'Avv. Generale C. Sixt-Hackl, 23 settembre 2004 in causa C-26/03 *Stadt Halle c. TREA Leuna*, § 92 e 12 gennaio 2006 in causa C-340/04, *Carbotermo*, confermando, in tale modo, la radicale differenza tra le singole eccezioni alla gara pubblica. Diversamente, altra parte della dottrina aveva proposto di verificare il requisito dell'attività prevalente riferendo per ogni settore di attività effettivamente svolto dell'ente *in house* in favore dell'amministrazione concedente: solo laddove l'attività fosse risultata prevalente, si sarebbe dovuto ritenere la sussistenza della relazione *in house*. Tale prospettazione, se da un lato ha il pregio di impedire i cd. sussidi incrociati – cioè non espressamente autorizzate dalla legislazione nazionale –, dall'altro però scompone l'unitario rapporto tra ente prestatore e amministrazione concedente in tanti rapporti quanti sono i settori di attività in cui opera l'ente *in house* con la conseguenza che solo in alcuni potrebbe essere ravvisata la relazione *in house* e non in altri.

²⁶⁴ CGCE, 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo Spa e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio* con nota P. LOTTI, *Corte di Giustizia e involuzione dell'in house providing*, cit., 1047.

prestazioni fornite in forza di concessioni o di altri rapporti giuridici instaurati dal suddetto ente. Risulta parimenti influente sapere su quale territorio siano erogate tali prestazioni²⁶⁵».

Solo un'interpretazione siffatta è effettivamente in grado di tradurre nel concreto il livello di dipendenza economica-funzionale esistente tra l'amministrazione concedente e l'ente *in house* prestatore, rendendo superflua ogni ulteriore indagine²⁶⁶.

Proprio per permetterne una lettura anche in chiave qualitativa, la Corte di Giustizia si è sempre astenuta dall'indicare percentuali esatte di fatturato che potessero tradurre l'immediata sussistenza del requisito dell'attività prevalente. In assenza di una percentuale minima di fatturato determinata *ex lege*, il riferimento è stato in generale ad un volume di attività da accertare di volta in volta ma comunque sempre superiore al 50%²⁶⁷.

Nonostante la giurisprudenza della Corte di Giustizia abbia espressamente voluto valorizzare sia il criterio quantitativo dell'attività prevalente che quello qualitativo, appare tuttavia necessario rilevare che il legislatore comunitario, nelle recenti direttive Appalti 2014²⁶⁸, sembra essersi assestato su una diversa interpretazione del requisito: l'art. 12 della D. 2014/24/UE²⁶⁹

²⁶⁵ Pt. 65-66-67. Nello stesso senso si vedano anche le conclusioni dell'Avv. gen. J. Kokott, 1 marzo 2005 in causa C-458/03, *Parking Brixen* §81; concl. Avv. gen. C. Sixt-hackal, 23 settembre 2004 in causa C-26/03 *Stadt Hall* §84.

²⁶⁶ Ad esempio, nelle conclusioni dell'avv. gen. J. Kokott, nella causa *Parking Brixen*, § 84 si legge che «la semplice circostanza che un'impresa pubblica locale svolga o possa svolgere la sua attività al di fuori del territorio di un Comune non esclude necessariamente che essa svolga la sua attività in prevalenza per quel Comune».

²⁶⁷ Solo recentemente, in CGCE, 19 aprile 2007, C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c. Transformación Agraria SA (Tragsa), Administración del Estado* pt. 63, il giudice comunitario ha ritenuto che il 90% dell'attività a favore delle controllanti fosse di per sé dato sicuramente sufficiente a legittimare la sussistenza di un rapporto *in house* tra l'amministrazione aggiudicatrice ed il prestatore dell'attività.

²⁶⁸ Si tratta della D. 2014/24/UE per l'aggiudicazione di contratti di appalto nei settori ordinari; della D. 2014/25/UE per l'aggiudicazione di contratti di appalto nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e servizi postali e della D. 2014/23/UE per l'aggiudicazione di contratti di concessione. Le direttive Appalti e Concessioni sono state adottate il 26 febbraio 2014 e pubblicate in G.U. dell'Unione Europea del 28 marzo 2014.

²⁶⁹ La stessa disposizione è riprodotta all'art. 28 della D. 2014/25/UE e all'art. 17 della D. 2014/23/UE. In realtà, la percentuale inizialmente prevista nella proposta di direttiva era ancora più elevata riferendosi al 90% delle attività: ciò permetteva di svolgere in *extramoenia* solo il 10% delle attività. Oggi la percentuale delle attività che possono essere svolte esternamente alla "casa pubblica" sono del 20%: tale percentuale continua ad essere idonea a prevenire situazioni di concorrenza distorta evitando sostanzialmente che questi enti possano

sembra, infatti, accogliere una nozione puramente quantitativa di attività prevalente laddove si chiarisce che la condizione è ritenuta soddisfatta qualora oltre l'80% delle attività del soggetto affidatario *in house* sia effettuato nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante (o da altre amministrazioni controllanti)²⁷⁰.

1.2.b. Il requisito del controllo analogo.

Oltre al criterio dell'attività prevalente che concretizza un rapporto di dipendenza economico-funzionale tra l'amministrazione concedente e l'ente affidatario, è necessario che sussista anche una relazione di dipendenza strutturale-decisionale – indicata comunemente col termine di “controllo analogo” – che si traduca in un «potere assoluto» del soggetto concedente sulle scelte di gestione e di organizzazione dell'ente *in house* analogo a quello che lo stesso eserciterebbe sui propri servizi.

Richiamando le conclusioni dell'avv. gen. J. Kokott, per verificare la sussistenza del controllo analogo è «determinante il fatto che all'interno di tale società [*ndr. in house*] l'amministrazione aggiudicatrice sia in qualunque momento concretamente in grado di realizzare pienamente gli obiettivi fissati nell'interesse pubblico²⁷¹»: in sostanza, deve trattarsi di «un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto

competere con gli operatori del mercato, sostanzialmente beneficiando di rapporti e finanziamenti che si pongono in contrasto con gli art. 106 e 107 del TFUE.

Per i primi commenti all'art. 12 della direttiva si veda G. GUZZO, *La Direttiva UE 2014/24/UE e le nuove regole in materia di affidamenti in house: riflessioni minime e prime interpretazioni*, in *www.lexitalia*, 2014; S. FOÀ, *I soggetti partecipanti alle gare* in GALLO C.E. (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014, 25.

²⁷⁰ In sostanza il legislatore ha voluto porre un chiaro limite alle possibilità dell'ente *in house* di espandere le proprie attività oltre i confini dell'attività svolta a favore dell'ente partecipante. Sulla tematica si legga, D. CASALINI, *Beyond UE Law: the New “Public house” in AA.VV., EU Procurement Directives – modernisation growth & innovation. Discussions on the 2011 Proposals for Public Procurement directives*, Copenaghen, 2012, 171 ss; G. CARULLO, *Prime riflessioni in merito alle “nuove” eccezioni relative agli affidamenti tra enti nell'ambito del settore pubblico* in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 3-4/2014, 833.

²⁷¹ Concl. Avv. gen. J. Kokott 1 marzo 2005 in causa C-458/03, *Parking Brixen*, § 52.

Per un'interpretazione del controllo analogo nella giurisprudenza nazionale si veda tra le tante TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 4 aprile 2013 n. 458; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 14 marzo 2011 n. 2241; TAR Sardegna, Sez. I, 12 agosto 2008, n. 1721, Cons. St. Sez. V, 3 aprile 2007 n. 1514; Cons. Giust amm., 4 settembre 2007 n. 719; Corte Cost., 6 aprile 2006 n. 2316; Cons. St., Sez. V 8 gennaio 2007 n. 5; Cons. St. Sez. VI 25 gennaio 2005 n. 168; TAR Campania, Napoli, 30 marzo 2005 n. 2784; TAR Friuli-Venezia Giulia, 15 luglio 2005, 634; TAR Sardegna, 2 agosto 2005 n. 1729; Cons. St., Sez. V, 22 aprile 2004 n. 2316.

partecipato che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo²⁷²».

Letto in combinato disposto col requisito dell'attività prevalente, il controllo analogo consente di rendere il meccanismo *in house* pienamente conforme al diritto comunitario, permettendo l'identificazione sostanziale tra l'amministrazione concedente e la società affidataria²⁷³: l'ente prestatore, infatti, non possedendo alcuna autonomia funzionale né decisionale in relazione ai più importanti atti gestori, si configura come un'entità distinta solo sul piano formale ma non certo sostanziale.

Delle due condizioni di legittimità dell'istituto dell'*in house providing*, il controllo analogo è quella che, senza dubbio, ha creato più problemi di ordine interpretativo e applicativo, e quella su cui, di conseguenza, la Corte di Giustizia si è più spesso pronunciata: i profili critici hanno soprattutto riguardato la necessità di delimitare i confini entro cui un controllo può dirsi analogo e quelli, al di là dei quali, l'ente acquisisce un'autonomia tale da sfuggire al controllo dell'amministrazione concedente.

Successivamente alla sentenza *Teckal*, come si è già detto, la Corte di Giustizia è tornata sull'istituto dell'*in house providing* solo in sporadiche occasioni fino alle note sentenze *Stadt Halle*²⁷⁴ e *Co.Na.Me*²⁷⁵ del 2005:

²⁷² Nella nota C(2002)2329 del 26 giugno 2006, adottata in occasione della formale messa in mora del Governo Italiano in relazione all'art. 113 TUEL, la Commissione ha evidenziato che l'ipotesi della relazione *in house* non può essere utilizzata per escludere dall'ambito di applicazione delle direttive Appalti gli affidamenti di un servizio svolti in favore di enti partecipati in modo maggioritario da capitale pubblico (società cd. miste). Ha poi precisato che affinché il controllo analogo possa dirsi sussistente non sia sufficiente il semplice esercizio degli strumenti che il diritto societario attribuisce al socio di maggioranza. Già in una precedente nota, SG(2000)D/108243 dell'8 novembre 2000 la Commissione aveva sollevato dubbi circa la compatibilità col diritto comunitario dell'art. 22 L. 142/90 che consentiva agli enti locali di affidare in modo diretto a società a prevalente capitale pubblico i propri servizi pubblici qualora ritenuto opportuno.

²⁷³ B. DI GIACOMO RUSSO, *L'affidamento in house è un modello di sussidiarietà orizzontale?*, in *Riv. trim. app.* 2009, 220.

²⁷⁴ CGCE, 11 gennaio 2005, C-26/03 *Stadt Hall e RPL Recyclingpark Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*. Per commenti alla sentenza si rinvia a R. DE NICTOLIS, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privato, negli affidamenti in house e a società miste*, in *Urb. e App.*, 3/2005, 295; E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, cit., 915.

²⁷⁵ CGCE, 21 luglio 2005 C-231/03 *Co.Na.Me (Consorzio Aziende Metano) c. Comune di Cingia de Botti e Padania Acque spa*. con nota di M. BALDINATO, *Breve nota alla sentenza Coname: alcune interessanti affermazioni della Corte di Giustizia sull'applicazione del principio di trasparenza negli appalti pubblici* in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 5/2005, 1414.

queste sentenze possono essere considerate lo spartiacque tra una prima fase di interpretazione dei requisiti più estensiva ed una seconda fase più restrittiva.

In particolare, la Corte di Giustizia con le sentenze citate ha inaugurato un filone interpretativo che nega l'ammissibilità del controllo analogo sull'ente prestatore, laddove il suo capitale sia detenuto in parte anche da soggetti privati, ancorché tale partecipazione sia minoritaria, marginale o anche solamente futura e potenziale.

Le pronunce si caratterizzano per avere escluso l'ammissibilità di società miste *in house*²⁷⁶, sopendo i contrasti sorti soprattutto in giurisprudenza²⁷⁷, ed avere, di rimando, puntualizzato che l'ente prestatore *in house* è tale solo ove totalmente partecipato da un pubblico potere.

²⁷⁶ L'orientamento negativo in tema di società miste è stato confermato successivamente nella sentenza CGCE, 10 novembre 2005 C-29/04 *Commissione c. Repubblica d'Austria (Mödling)* in cui la Corte ha chiarito che non è configurabile una relazione *in house* allorché l'amministrazione concedente abbia intenzione di cedere a privati le quote della società prestatrice subito dopo l'affidamento diretto. Nello stesso senso si pongono le conclusioni rassegnate dall'Avv. gen. L.A. Geelhoed, 21 aprile 2005. Conformi anche, CGCE, 18 gennaio 2007 C-220/05, *Auroux*; CGCE, 6 aprile 2006 C-410/04 *ANAV*.

²⁷⁷ La nostra giurisprudenza si è immediatamente adeguata all'impostazione del giudice comunitario: per tutte, Cons. St., Ad. Plen. 3 marzo 2008 n. 1.

Prima dell'intervento dell'Adunanza Plenaria, si registravano due opposti orientamenti in giurisprudenza: il primo riteneva legittima la relazione *in house* anche quando l'ente prestatore fosse partecipato in modo maggioritario dell'amministrazione concedente (ad ex. Cons. St., Sez. V, 18 settembre 2003 n. 5316); il secondo orientamento riteneva legittima tale relazione solo a fronte di una partecipazione pubblica totalitaria (ad ex. Cons. St. Sez. II parere 18 aprile 2007 n. 456; Cons. St., Sez. VI 3 aprile 2007 n. 1514; Cons. St., Sez. V, 13 luglio 2006 n. 4440; Cons. St. Sez. V, 30 agosto 2006 n. 5072; Cons. St. Sez. V 22 dicembre 2005 n. 7345). In dottrina sull'argomento, M. GIOVANNELLI, *Verso il tramonto degli affidamenti indiretti*, in *Urb. e app.* 8/2007, 984.

Come rilevato da M. DUGATO, *I contratti misti come contratti atipici tra attività e organizzazione amministrativa. Dal global service all'in house* in F. MASTRAGOSTINO (a cura di) *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007, 88 le società miste, a differenza dalle società *in house*, costituiscono una modalità di esternalizzazione più vicina all'idea dell'assegnazione con gara a terzi piuttosto che alla delegazione interorganica che caratterizza l'*in house*, che costituisce «l'evoluzione delle modalità d'azione diretta dell'amministrazione». Diversamente, le società miste sono ricondotte nella categoria del partenariato pubblico-privato come una delle forme istituzionali di cooperazione tra settore pubblico e settore privato. Sul PPP, si legga il Libro Verde del 30 aprile 2004 COM(2004)327 relativo ai partenariati pubblico-privato ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e concessioni nonché la Comunicazione COM(2007)6661 del 5 febbraio 2008 della Commissione sui partenariati pubblico-privati i-

Secondo la Corte, l'esistenza di (o anche la possibile apertura al) capitale privato da parte dell'impresa *in house* sposta inevitabilmente la sua gestione verso «considerazioni proprie degli interessi privati» perseguendo «obiettivi di natura differente» rispetto a quelli dell'amministrazione concedente²⁷⁸; a ciò si aggiunge che un affidamento diretto ad un'impresa mista avrebbe come risultato quello di falsare la concorrenza, in quanto creerebbe una discriminazione rispetto alle altre imprese private operanti sul mercato.

Un simile ragionamento, ma con ulteriori puntualizzazioni, è compiuto dal giudice comunitario nella nota sentenza *Parking Brixen*²⁷⁹.

In quest'occasione, la Corte, disattendendo le conclusioni dell'Avvocato Generale²⁸⁰, ha ritenuto che la partecipazione pubblica totalitaria all'ente prestatore è, di per sé, condizione necessaria ma comunque non sufficiente a configurare la relazione *in house*.

Dalla pronuncia in commento si evince che, al di là della partecipazione pubblica totalitaria, al fine di configurare un rapporto *in house* è necessario che l'ente continui a dipendere strutturalmente e funzionalmente dall'amministrazione concedente e che tale dipendenza può divenire «precaria» a seguito della «vocazione commerciale» acquisita dall'ente prestatore²⁸¹, mediante la trasformazione da azienda speciale in Spa²⁸².

stituzionalizzati. In dottrina si veda, da ultimo, R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006.

²⁷⁸ Anche la giurisprudenza nazionale ha accolto questa impostazione si veda ad ex, Cons. St. Sez. V, 1 giugno 2007 n. 2932 e 30 agosto 2006 n. 5072 che esclude il controllo analogo in presenza della sola previsione statutaria della cedibilità delle quote a privati. In particolare si ritiene interessante per la ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale sul requisito del controllo analogo, la lettura del parere Cons. St. Sez. II 18 aprile 2007 n. 456.

²⁷⁹ CGCE 13 ottobre 2005, C-458/03 *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG* con nota di P. LOTTI, *Concessioni di pubblici servizi, principi dell'in house providing e situazioni interne*, cit. 31; G.F. FERRARI, *Parking Brixen: Teckal da totem a tabù?*, in *Dir. pubbl. comp. e eur.*, 2006, 271; C. IAIONE, *Gli equilibri instabili dell'in house fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?*, in *Giust. civ.*, 1/2006, 13 ss.

²⁸⁰ Nelle Concl. Avv. gen. J. Kokott in causa *Parking Brixen* si legge infatti che il controllo analogo possa essere integrato anche attraverso l'applicazione di istituti del diritto commerciale comune, nella considerazione che la Corte ha richiesto un controllo analogo, cioè «equiparabile ma non identico». La valutazione della forma rivestita dall'ente prestatore non deve pertanto avvenire in modo astratto ma nella sua «concreta configurazione del caso di specie».

²⁸¹ In particolare, nella fattispecie in oggetto, la vocazione commerciale aveva comportato l'apertura obbligatoria dell'ente prestatore a privati quote del capitale sociale entro un biennio, l'espansione del raggio di operatività all'interno del territorio nazionale e lasci al consiglio di amministrazione poteri che si sottraggono alla direzione e al controllo diretto dell'ente pubblico.

Con la sentenza *Carbotermo*²⁸³, la Corte di Giustizia ha affinato il suo precedente orientamento, evidenziando come i requisiti della sentenza *Tec-kal* debbano essere, di volta in volta, valutati alla luce delle «disposizioni normative e delle circostanze di fatto»²⁸⁴; non essendo la partecipazione pubblica totalitaria al capitale dell'ente prestatore un elemento, di per sé, decisivo per configurare il controllo analogo, tale requisito deve essere accertato sulla base di una valutazione globale, normativa e fattuale. In questo modo, anche il controllo analogo esercitato dall'amministrazione concedente in modo indiretto – e cioè mediante una sua holding intermedia – potrebbe essere ritenuto ammissibile, se le circostanze del caso dimostrano che non ha determinato alcun indebolimento a livello strutturale-decisionale da parte dell'amministrazione controllante²⁸⁵.

²⁸² La pronuncia ha portato alcuni commentatori a dubitare della perdurante possibilità di ricorrere al modello societario come struttura dell'ente *in house*. In particolare, rileva G.F. FERRARI, op. ult. cit., 275, come la forma della società di capitali risulta «nettamente sfavorita in quanto la sua conformazione intermedia, connotata da un distacco troppo autonomo dell'ente locale ma non integralmente coincidente col mercato, di fatto ne preclude l'utilizzo, come ad una fattispecie ibrida che perde i caratteri migliori del modulo pubblicistico ma non acquista la piena libertà comportamentale del soggetto formalmente e sostanzialmente privato».

²⁸³ CGCE, 11 maggio 2006 C-340/04 *Carbotermo Spa* con nota P. LOTTI, *Corte di Giustizia e involuzione dell'in house providing*, cit., 1047. Di particolare interesse sono le conclusioni rassegnate dall'Avv. Gen. C. Sixt-Hackl del 12 gennaio 2006, § 59-62 laddove viene evidenziato che al fine di verificare la relazione *in house* «andranno specificamente esaminate tanto disposizioni generali ed astratte, come il diritto societario nazionale, quanto la configurazione concreta, come lo statuto del soggetto interessato». E ancora, «la forma giuridica della società per azioni, [...] di per sé non crea problemi. [...] Per valutare la configurazione concreta occorre in ogni caso fare riferimento ai poteri effettivamente spettanti ad ogni socio».

²⁸⁴ Pt. 39 della sentenza.

²⁸⁵ Da ultimo, CGUE, 8 maggio 2014, C-15/13, *Technische Universitat Hamburg-Hamburg, Hochschule-Informationssystem GmbH c. Detenltsen Informationssysteme GmbH* pt. 33, la Corte è stata chiamata, nell'ambito di un domanda di rinvio pregiudiziale, a chiarire la compatibilità con la giurisprudenza europea delle operazioni di *in house* cd. «orizzontale». Tale variante dell'istituto di *in house* tradizionale copre tutte quelle «situazioni in cui la stessa o le stesse amministrazione/i aggiudicatrice/i eserciti(no) un controllo analogo su due operatori economici distinti di cui uno affida un appalto all'altro». Nel caso di specie, in realtà, la Corte non si è spinta fino a giudicare la compatibilità di tali operazioni col diritto europeo giacché aveva ravvisato la mancanza del requisito del controllo analogo tra uno degli operatori economici (nello specifico il Politecnico di Amburgo) e l'amministrazione controllante di vertice (nello specifico la città di Amburgo) e aveva quindi ritenuto non sussistente il requisito

Da ultimo la Corte sembra, tuttavia, avere parzialmente attenuato la rigidità degli orientamenti precedenti nella nota sentenza *Sea*²⁸⁶.

Da una parte, il giudice comunitario ha infatti ammesso che la sola eventualità che lo statuto di una società preveda l'apertura al capitale privato non implica, di per sé, il venire meno della relazione *in house*²⁸⁷: tale circostanza può rilevare solamente se, nel momento in cui è compiuto l'affidamento diretto, esiste una «prospettiva concreta e a breve termine di una siffatta apertura²⁸⁸».

Dall'altra, la Corte ha riconosciuto espressamente che anche la forma di società per azioni non è struttura *tout court* incompatibile con l'esistenza di una relazione *in house*: tali modelli societari non alterano di fatto i meccanismi di controllo analogo e vigilanza anche se impongono una verifica in ordine alla portata geografica e materiale della vocazione commerciale, nonché in ordine alla possibilità di istaurare relazioni con terzi privati²⁸⁹: in sostanza bisogna verificare che l'entità controllata non abbia assunto un

del controllo indiretto; tuttavia l'atteggiamento della Corte non sembra di netta chiusura sull'argomento.

L'ammissibilità di tali operazioni è stata, successivamente, espressamente ammessa dal legislatore europeo con l'art. 12, co. 2 della direttiva Appalti, 2014/24/UE, dall'art. 28, co. 2, della D. 2014/25/UE e dall'art. 17, co. 2, della D. 2014/23/UE.

²⁸⁶ CGCE, 10 settembre 2009, C-573/07 *Sea s.r.l c. Comune di Ponte Nossola, Servizi Tecnologici Comuni* con nota di R. MORZENTI PELLEGRINI, *Società affidatarie diretti di servizi pubblici locali e controllo "analogo" esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali "extra-codicistiche"*, in *Foro amm.-TAR* 10/2009, 2246 ss.

²⁸⁷ A tali conclusione era già pervenuta, invero, nella sentenza CGCE, 7 luglio 2008, C-371/05, *Commissione c. Italia*. In particolare, la Corte rileva che l'esistenza della partecipazione privata debba essere verificata al momento dell'affidamento dell'appalto pubblico e che, solo in ipotesi eccezionali, infatti, possono rilevare circostanze successive a tale momento. La nostra giurisprudenza sembra ancora orientata nell'escludere la relazione *in house* quando lo statuto preveda la possibilità di aprire al capitale privato. Sul punto ad ex. Cons. St. Sez. V 3 febbraio 2009 n. 591; Cons. St. Sez. V 26 agosto 2009 n. 5082.

²⁸⁸ Pt. 50-51.

²⁸⁹ Alla medesima conclusione la Corte giunge anche nella precedente sentenza CGCE, 6 aprile 2006, C-410/04 *ANAV c. Comune di Bari*. La nostra giurisprudenza ha recepito questa impostazione: si veda ad es. TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 21 novembre 2013 n. 2588. Già C. IAIONE, *Gli equilibri instabili dell'in house providing fra principio di autoorganizzazione e tutela della concorrenza*, cit., 26 criticando l'impostazione troppo restrittiva della Corte di Giustizia nella causa *Stadt Halle*, aveva evidenziato che, in realtà, esistono strumenti giuridici di diritto comune e di diritto pubblico che sono in grado, anche in presenza di una SpA, di garantire la prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato.

grado di autonomia tale da rendere precario il controllo esercitato dalle autorità pubbliche che le sono associate.

Recentemente poi la Corte ha espressamente escluso che il controllo analogo possa esercitarsi *in parte qua*: secondo il giudice europeo affinché possa dirsi che l'affidatario sia ente *in house* è necessario che sullo stesso sia esercitato un controllo effettivo, strutturale e funzionale che riguardi tutta l'attività da questo svolta e non solo su una parte della stessa, giacché nelle materie che non sono soggette al controllo dell'amministrazione controllante potrebbe acquisire un'autonomia incompatibile con la configurazione di soggetto *in house*²⁹⁰.

Per quel che poi concerne il requisito della totale partecipazione pubblica, una novità di rilievo è costituita dal testo dell'art. 12, co. 1, pt. c) e co. 2 della D. 2014/24/UE²⁹¹ che, non solo scorpora tale requisito da quello del

²⁹⁰ Sul punto CGUE, 8 maggio 2014, C-15/13, *Technische Universitat Hamburg-Hamburg, Hochschul-Informationssystem GmbH c. Detenlotsen Informationssysteme GmbH* pt. 32 dove si afferma che riconoscere un controllo analogo "parziale" contrasterebbe con la giurisprudenza citata al pt 26 (ndr. *Teckal*). In particolare nel caso di specie veniva escluso il requisito del controllo analogo tra la città di Amburgo e il Politecnico di Amburgo in quanto la prima esercitava un controllo analogo ai propri servizi sulla seconda solo in materia di acquisizioni, mentre i settori dell'istruzione e della ricerca erano lasciati alla completa autonomia dell'istituto di formazione secondaria.

²⁹¹ L'art. 12 co. 1 e 2 così recita: «Un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a un'altra persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nel campo di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione privata, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. Si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice. 2. Il par. 1 si applica anche quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice aggiudica un appalto alla propria amministrazione aggiudicatrice controllante o ad altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che

controllo analogo, ma statuisce, inoltre, che è possibile configurare una relazione *in house* anche in presenza di forme di partecipazione di capitali privati – prescritte dalle disposizioni legislative nazionali conformemente ai Trattati – qualora queste non comportano controllo o potere di veto²⁹².

Questa innovazione porta senz'altro a chiedersi se sia ancora attuale il divieto di cessione delle quote societarie a soggetti privati, dovendosi senz'altro ammettere almeno la cessione a soggetti privati che rispecchino i requisiti previsti dalla direttive: pare dunque che la parabola evolutiva della società *in house* “mista” non sia ancora terminata²⁹³.

non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata». La stessa disposizione è riprodotta all'art. 28 della D. 2014/25/UE e all'art. 17 della D. 2014/23/UE».

Tale normativa è considerata *self-executing*: pertanto la soglia dell'80% non potrà assolutamente essere abbassata se non violando la direttiva; tuttavia, essa non potrà essere nemmeno innalzata per effetto della L. 183/2011 (Finanziaria 2012) che ha modificato l'art. 14 co. 24-ter della L. 28 novembre 2005 n. 246.

In dottrina sull'attuale configurazione dell'istituto dell'*in house providing*, D. CASALINI, *Beyond UE Law: the New “Public house”* in AA.VV., *EU Procurement Directives –modernisation growth & innovation. Discussions on the 2011 Proposals for Public Procurement directives*, cit., 164 ss; G. GUZZO, *La Direttiva UE 2014/24/UE e le nuove regole in materia di affidamenti in house: riflessioni minime e prime interpretazioni*, in www.lexitalia.it, 2014.

La disposizione normativa in punto di *in house providing* è stata fortemente criticata per il fatto che non vi sarebbe coerenza e raccordo con altre discipline di settore quale ad esempio la disciplina degli aiuti di stato (pacchetto Almunia) ed l'art. 5 par. 2 del Reg. 1370 del 23 ottobre 2007, e pubblicato in G.U dell'Unione Europea il 3 dicembre 2007 in materia di pubblici trasporti di passeggeri su strada e ferrovia.

²⁹² La posizione assunta dal legislatore europeo sembrerebbe contrastare con l'orientamento maggioritario della giurisprudenza della Corte di Giustizia; invero, come evidenzia G. CARULLO, *Prime riflessioni in merito alle “nuove” eccezioni relative agli affidamenti tra enti nell'ambito del settore pubblico, alla luce della “vecchia” giurisprudenza sull'in house*, cit., 831 la Corte di Giustizia con sentenza 17 luglio 2008 C-371/05, *Commissione c. Italia*, pt. 26 e 29, aveva già ammesso, pur in modo isolato, il controllo analogo integrato anche in presenza di una partecipazione privata. In sostanza quindi le Direttive altro non hanno fatto che recepire un, seppur minoritario, orientamento della Corte di Giustizia.

²⁹³ Come si è infatti già rilevato inizialmente la Corte aveva del tutto escluso le società *in house* miste con la sentenza *Stadt Halle, Coname, Parking Brixen*, poi ha ammesso con qualche limite e precisazione la partecipazione privata acquisita successivamente all'affidamento diretto con la sentenza *Modling* o comunque potenziale e stratta e, successivamente, anche la partecipazione concreta ed attuale con la sentenza *Commissione c. Italia*.

2. L'autoproduzione mediante un ente *in house* cd. pluripartecipato.

Il susseguirsi dei rinvii pregiudiziali operati dai giudici degli Stati membri in ordine all'esatta interpretazione del criterio del controllo analogo, ha portato la Corte di Giustizia ad interrogarsi anche sulla configurabilità di enti *in house* partecipati da più soggetti pubblici contestualmente.

Attualmente non sembrano sussistere ostacoli nell'ammettere la figura del cd. *in house* pluripartecipato²⁹⁴ nel quale diverse autorità pubbliche, titolari del capitale dell'ente *in house*, esercitano congiuntamente su questo un controllo analogo.

In realtà, a questo approdo si è giunti mediante una progressiva evoluzione della giurisprudenza comunitaria di cui si darà atto, in quanto ha segnato il primo passo verso un nuovo approccio al fenomeno dell'autoproduzione, ammettendo che esso possa concretizzarsi anche in forme di collaborazione interamministrativa; è proprio questo filone giurisprudenziale che ha portato poi al riconoscimento dei contratti di partenariato pubblico-pubblico europei.

2.1 I precedenti giurisprudenziali.

La prima sentenza che ha incidentalmente affrontato la questione è stata, in realtà, proprio la sentenza *Teckal*, che riguardava, infatti, un affidamento diretto ad un consorzio intercomunale.

In quell'occasione, la Corte non si era però espressa sulla possibilità che il controllo analogo potesse essere esercitato da più soci pubblici, lasciando invece al giudice nazionale la possibilità di decidere se il requisito fosse da considerare o meno soddisfatto.

Il giudice comunitario è stato, poi, nuovamente chiamato a verificare l'entità delle quote societarie di un ente pluripartecipato nella vicenda *Coname*²⁹⁵: pur escludendo la configurabilità del rapporto *in house* per il fatto

²⁹⁴ Per un *excursus* giurisprudenziale in materia di *in house* pluripartecipato: M.L. CARUSO, *L'in house providing nell'evoluzione giurisprudenziale comunitaria e nazionale*, cit., 1378 ss; C.E. GALLO, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, in *Urb. e app.*, 10/2009; M. GIORGIO, *L'in house pluripartecipato: nuovo modello societario o apparato amministrativo?*, in *Giorn. Dir. amm.*, 12/2009; F. LEGGIADRO, *In house: il controllo analogo congiunto degli enti soci*, *Urb. e app.*, 3/2013; R. MORZENTI PELLEGRINI, *Società affidatarie diretti di servizi pubblici locali e controllo "analogo" esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali "extra-codicistiche"*, cit.; M. COLLIN, *Les coopération entre collectivités publiques en matière de prestation de service*, in *Revue Générale des collectivités territoriales*, 2010.

²⁹⁵ CGCE, 21 luglio 2005 C-231/03 *Co.Na.Me, c. Comune di Cingia de Botti e Padania Acque spa* con nota di M. BALDINATO, *Breve nota alla sentenza Coname*, cit., 1414. A livello nazionale una prima significativa apertura sul tema si è avuto con TAR Friuli-Venezia Giulia, 15 luglio 2005 n. 634; nello stesso senso,

che l'ente affidatario risultava potenzialmente aperto a quote di capitale privato, la Corte aveva incidentalmente puntualizzato che una partecipazione minoritaria al capitale sociale dell'ente prestatore (nella fattispecie si trattava dello 0,97%) sarebbe stata comunque esigua e non avrebbe consentito l'esercizio di un controllo analogo sulla società.

Successivamente la Corte è tornata sulla questione con la sentenza *Carbotermo*²⁹⁶.

Anche in quest'occasione la problematica circa l'ammissibilità di società pluripartecipate non è stata affrontata direttamente dal giudice europeo, ancorché incidentalmente risolta in senso positivo: il giudice comunitario, nel dispositivo della sentenza, ha infatti affermato che l'ente *in house* «deve realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano²⁹⁷».

In sostanza, seppur in modo incidentale, la Corte ha ammesso che le condizioni enucleate dalla giurisprudenza *Teckal* possano trovare luogo, in linea di principio, anche nelle ipotesi in cui l'ente prestatore sia partecipato contestualmente da più pubbliche autorità.

La medesima problematica è stata poi affrontata direttamente nella sentenza *Asemfo*²⁹⁸ nella quale la Corte ha dovuto verificare la compatibilità col diritto europeo di un affidamento diretto di un servizio ad una società pubblica, posseduta per il 99% dallo Stato e per il restante 1% da quattro enti locali autonomi congiuntamente.

Nel riconoscere l'operatività dell'istituto dell'*in house* pluripartecipato, il giudice europeo ha colto l'occasione per cominciare a tratteggiarne i confini affermando, per la prima volta, che la dimensione della quota societaria, detenuta da un socio pubblico, non può fungere da parametro di valutazione della sussistenza del controllo analogo sull'ente prestatore.

Applicando questa linea interpretativa, il giudice comunitario ha, dapprima, escluso che l'ente affidatario diretto fosse da considerare *in house* «solo nei confronti dei servizi affidati dallo Stato spagnolo con esclusione di quelli oggetto di incarichi delle comunità autonome rispetto ai quali la società dovrebbe essere considerata come un terzo²⁹⁹», ed ha, successivamente, affermato che, in linea di principio, non può essere esclusa la configurabilità della relazione *in house* in tutte quelle ipotesi in cui il socio pubblico, pur detenendo una partecipazione minima (anche inferiore al 1%), dimostri, sulla base delle circostanze fattuali e normative del caso, di esercitare un controllo analogo.

più recentemente Cons. giust. Amm. reg. Sic. 9 febbraio 2009 n. 48; Cons. St., Sez. V, 3 febbraio 2009 n. 591; TAR Puglia, Lecce, Sez. III., 2 marzo 2009 n. 440.

²⁹⁶ CGCE, 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo Spa* con nota di P. LOTTI, *Corte di Giustizia e involuzione dell'in house providing*, cit. 1047.

²⁹⁷ Pt. 69-70 della sentenza *Carbotermo*.

²⁹⁸ CGCE, 19 aprile 2007, C-295/05, *Asemfo c. Tragsa*.

²⁹⁹ Pt. 59 della sentenza *Asemfo*.

La decisione in commento ha dunque riaperto il problema della disciplina giuridica da applicare alle ipotesi degli affidamenti diretti a società pluripartecipate da soci pubblici: in particolare modo, ha sollevato il problema delle modalità di esercizio del controllo analogo al loro interno.

In linea teorica, la questione presentava due possibili soluzioni, diametralmente opposte³⁰⁰: il giudice comunitario avrebbe potuto, infatti, richiedere ai soci pubblici o l'esercizio di un controllo cd. congiunto ovvero di un controllo cd. individuale.

Nel primo caso, il controllo analogo sull'ente affidatario viene esercitato, su tutte le attività svolte da questo svolte, in modo congiunto da tutti i soci pubblici. Questo modello ha il pregio di ammettere anche partecipazioni minoritarie, esponendo tuttavia i soci in minoranza ad accettare le decisioni della maggioranza in quanto ciò che conta è il controllo esercitato dall'ente nel suo complesso.

Nel secondo caso, invece, il controllo analogo viene verificato rispetto a ciascun singolo socio pubblico relativamente alle attività *in house* da esso affidate alla società. Non interessa l'ente nel suo complesso, ma i singoli soci che ad esso partecipano i quali instaurano direttamente con l'ufficio della società, un rapporto *in house*.

2.2. La cooperazione intercomunale pura.

La svolta in materia si è avuta con la sentenza *Coditel Brabant*³⁰¹ nella quale la Corte di Giustizia, ritornando sulla questione dell'*in house* pluripartecipato e delle modalità di esercizio del controllo analogo, ha espressamente statuito che il controllo analogo deve essere esercitato dai soci pubblici, sull'ente da esse partecipato, in modo congiunto, deliberando, eventualmente, a maggioranza.

Secondo la Corte, infatti, «la giurisprudenza impone che il controllo sull'ente concessionario sia analogo a quello che la medesima esercita sui

³⁰⁰ Sul punto si richiama M. COMBA, *L'affidamento ad organismo in house in caso di pluralità di soci: i vantaggi dell'ipotesi consortile per il controllo analogo*, *Urb. e app.*, 5/2008, 552.

³⁰¹ CGCE, 13 novembre 2008, C-324/07, *c. Commune d'Uccle e Brutélé*: la decisione trae origine da un rinvio pregiudiziale da parte del *Conseil d'Etat* belga nell'ambito del ricorso presentato dalla *Coditel Brabant spa* con cui questa chiedeva l'annullamento della decisione del *Comune d'Uccle* di assumere una partecipazione nella *Société Brutélé* – società cooperativa intercomunale a partecipazione totalmente pubblica – al fine di affidare alla stessa la gestione della rete di teledistribuzione comunale. In dottrina, R. CARANTA, *La Corte chiarisce i contorni dell'in house pubblico*, *Giur. It.*, 2009, 1254; T. KOTSONIS, *Application of the "Teckal" exemption to a services concession contract; Coditel Brabant SA V Commune d'Uccle, Region de Bruxelles-Capitale in Public Procurement Law Review*, 2009; W. ZIMMER, *"In house" et intercommunalité*, in *Contrats et marches publics*, 2/2009.

propri servizi, ma non identico ad esso in ogni elemento. L'importante è che il controllo esercitato sull'ente concessionario sia effettivo, pur non risultando indispensabile che sia individuale³⁰²».

A tale conclusione la Corte è giunta attraverso la valorizzazione delle circostanze di fatto proprie della fattispecie.

Nell'ambito del percorso argomentativo che ha portato a tale soluzione innovativa, la Corte ha colto l'occasione per ribadire che al fine di «valutare se un'autorità pubblica concedente esercita sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti», in quanto la sola partecipazione pubblica totalitaria è di per sé criterio indispensabile ma non decisivo per verificare l'esercizio di «un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detto ente³⁰³».

Quindi il giudice, dopo aver passato in rassegna gli elementi specifici della fattispecie, ha evidenziato che la società affidataria pluripartecipata era a totale partecipazione pubblica, che i componenti dei suoi organi erano i rappresentanti dei soci pubblici e che gli obiettivi che essa perseguiva erano quelli propri degli enti pubblici che la partecipavano: la società in sostanza risultava sottoposta al controllo comunale in quanto «le decisioni relative alle attività della società cooperativa intercomunale vengono adottate dai consigli di settore o di sotto-settore, nei limiti delle deleghe che il consiglio d'amministrazione accorda loro³⁰⁴».

Ciò chiarito, la Corte si è soffermata sulle modalità di esercizio del controllo analogo nelle ipotesi di *in house* pluripartecipato e ha concluso ritenendo che «allorché varie autorità pubbliche scelgono di svolgere le loro missioni di servizio pubblico facendo ricorso ad un ente concessionario comune, è di norma escluso che una di tali autorità, salvo che detenga una partecipazione maggioritaria nell'ente in questione, eserciti da sola un controllo determinante sulle decisioni di tale ente. Richiedere che il controllo esercitato da un'autorità pubblica in un caso del genere sia individuale avrebbe la conseguenza d'imporre una gara di appalto nella maggior parte dei casi in cui un'autorità pubblica intendesse associarsi ad un gruppo formato da altre

³⁰² Pt. 45-46.

Tale orientamento è stato accolto anche dalla nostra giurisprudenza che, in tema di *in house* frazionato, parla di “criterio sintetico” o “criterio funzionale”, rigettando il criterio atomistico o domenicale: ad ex. TAR Liguria, Sez. II, 1 febbraio 2012 n. 225; Cons. St., Sez. V, 8 marzo 2011 n. 1447; Cons. St., Sez. V, 24 settembre 2010 n. 7092; Cons. St., Sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8970; Cons. St., Sez. V, 28 settembre 2009 n. 5808; Cons. St., Sez. V, 9 marzo 2009, n. 1365; Cons. St., Sez. V 26 agosto 2009 n. 5082; TAR Friuli Venezia Giulia, 15 luglio 2005 n. 634. Contra, TAR Campania, Napoli, Sez. I, 13 settembre 2006 n. 8055.

³⁰³ Pt. 28. Riprende la sentenza *Carbotermo*, pt. 36.

³⁰⁴ Pt. 40.

autorità pubbliche, come una società cooperativa intercomunale. Orbene, un risultato del genere non sarebbe conforme al sistema di norme comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni. Si riconosce, infatti, che un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. Detta possibilità per le autorità pubbliche di ricorrere ai propri strumenti per adempiere alle loro missioni di servizio pubblico può essere utilizzata in collaborazione con altre autorità pubbliche. Occorre quindi riconoscere che, nel caso in cui varie autorità pubbliche detengano un ente concessionario cui affidano l'adempimento di una delle loro missioni di servizio pubblico, il controllo che dette autorità pubbliche esercitano sull'ente in parola può venire da loro esercitato congiuntamente³⁰⁵».

Nel testo della decisione della Corte, riecheggiano chiaramente le opinioni rese dall'avvocato generale Trstenjak³⁰⁶ la quale aveva rilevato fino a che punto fosse fondamentale riconoscere il “valore della cooperazione” tra enti pubblici quale forma di organizzazione fondamentale alternativa all'esternalizzazione che il diritto dell'Unione europea non solo non può limitare, ma anzi deve riconoscere: «gli stessi comuni devono decidere se adempiere ai compiti di interesse pubblico loro incombenti mediante propri strumenti amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligati a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi, ovvero se adempiere agli stessi con l'ausilio di un ente da essi giuridicamente distinto, che agirebbe in qualità di amministrazione aggiudicatrice o concedente. Se essi scelgono la seconda alternativa, sono di nuovo liberi di adempiere a tali loro essenziali compiti limitandosi ad esercitare autonomamente i propri poteri ovvero agendo in «pura» cooperazione con altre autorità pubbliche, mantenendo un «controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi» ed escludendo l'applicazione delle norme comunitarie in materia di aiuti di stato o di appalti pubblici ; possono altrimenti, ricorrendo a capitale privato e/o agendo in proprio nel caso di una maggiore vocazione commerciale, affrontare la concorrenza, fatto che comporta la perdita dei privilegi. Infine, possono optare per il classico affidamento in conto terzi o per la privatizzazione, per le quali non è comunque prevista la concessione di privilegi con riguardo al diritto della concorrenza. [...] La cooperazione intercomunale pura non è, in linea di principio, assoggettabile ad una procedura di aggiudicazione, salvo intervengano particolari circostanze atte a dimostrare che l'ente intercomunale ha acquisito una vocazione commerciale e un'autonomia tali da superare i limiti entro i quali una cooperazione intercomunale volta

³⁰⁵ Pt. 47-48-49-50.

³⁰⁶ Concl. Avv. gen. V. Trstenjak, 4 giugno 2008, in causa C-324/07, *Coditel Brabant spa*.

all'adempimento degli obblighi di interesse generale, non è assoggettabile al diritto in materia di aggiudicazione di appalti³⁰⁷».

Chiariva infatti l'avvocato generale che «la legislazione sugli appalti pubblici è e resta uno degli strumenti politici più influenti a disposizione degli Stati membri e delle istituzioni della UE per il processo di integrazione europea. Si tratta, tuttavia, di un potenziale che non va utilizzato in maniera sconsiderata, ma ai fini di allineare il suo scopo ai valori di altre politiche. Se si esigesse una «ampia autonomia decisionale» del comune interessato, da intendersi nel senso che esso eserciti il «pieno potere» sulla rispettiva cooperazione intercomunale (nel presente procedimento, il potere sulla cooperativa), non vi sarebbe praticamente più futuro per le cooperazioni intercomunali. Una delle caratteristiche importanti di una vera cooperazione consiste, infatti, nell'adozione paritetica delle delibere e non nella supremazia di uno solo dei soci partecipanti alla cooperazione³⁰⁸».

La Corte di Giustizia, con la sentenza *Coditel*, ha quindi rigettato la tesi del controllo individuale, rilevando che «in una simile circostanza non si può parlare di una vera cooperazione o collaborazione. Ciò renderebbe impraticabile, lo ricordo, anche una cooperazione intercomunale pura. Gli enti locali operanti in cooperazioni intercomunali dovrebbero in tal caso sempre fare i conti con l'obbligo di affidare l'esecuzione dei loro servizi a terzi privati migliori offerenti, fatto che equivarrebbe ad una privatizzazione dei servizi di interesse generale, imposta utilizzando gli strumenti del diritto in materia di aggiudicazione degli appalti».

Il ragionamento della Corte porta in sostanza ad “ammorbidire” il criterio del controllo, ancorché ciò avvenga in modo più prudente rispetto alle conclusioni dell'avvocato generale: mentre queste ultime ruotano attorno alla valorizzazione del principio di cooperazione interamministrativa, la Corte giustifica la propria decisione sulla base delle circostanze normative e fattuali: il risultato è comunque il medesimo e cioè quello d'inficiare il concetto strutturale e costitutivo della fattispecie *in house* che è, per l'appunto, l'appartenenza dell'ente prestatore alla singola amministrazione/casa³⁰⁹, valorizzando invece il principio cooperativistico tra amministrazioni³¹⁰.

³⁰⁷ § 86 e § 75 delle conclusioni.

³⁰⁸ § 81-82 delle conclusioni.

³⁰⁹ A tali conclusioni giungono M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato pubblico-pubblico*, *Giur. It.*, 6/2013, 1419 e R. CARANTA, *La Corte chiarisce i contorni dell'in house pubblico*, cit., 1258.

³¹⁰ Rileva W. ZIMMER, *In house et intercommunalité*, in *Contrats et marchés publiques*, 1/2009, come l'unico elemento di novità della giurisprudenza *Coditel* risieda proprio nella «sécurisation des relations que sont susceptibles de nouer les collectivités dans le cadre de la coopération intercommunale». In senso contrario, S. PLATON – S. MARTIN, *L'exception de coopération entre autorités publique en droit européen de la commande publique*, in *AJDA*, 2012.

2.3. Il controllo analogo congiunto: novità giurisprudenziali e direttive Appalti 2014.

Le innovative conclusioni cui è giunta la giurisprudenza *Coditel* sono state confermate anche nella nota sentenza *Sea*³¹¹, nella quale la Corte ha ribadito che il controllo analogo sull'ente pluripartecipato deve essere esercitato congiuntamente con gli altri soci pubblici.

La Corte si è soffermata, in particolare, sugli strumenti di controllo che permettono l'esercizio del controllo analogo congiunto³¹², ritenendo fondamentale la creazione di un centro decisionale congiunto composto dai rappresentanti delle autorità amministrative titolari delle quote di capitale dell'ente pluripartecipato: ogni socio deve essere sostanzialmente in grado di influenzare ed incidere sulle scelte di programmazione e sulla verifica dei risultati della società di modo che l'ente *in house* pluripartecipato altro non sia che la manifestazione di tutti gli enti che lo partecipano³¹³.

³¹¹ CGCE, 10 settembre 2009, C-573/07 *Sea s.r.l c. Comune di Ponte Nossa, Servizi Tecnologici Comuni* con nota R. MORZENTI PELLEGRINI, *Società affidatarie diretti di servizi pubblici locali e controllo "analogo" esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali "extra-codicistiche"*, cit; W. ZIMMER, *"In house" et intercommunalité*, cit., 34.

³¹² In particolare nella sentenza, la Corte si sofferma sugli strumenti di controllo presenti nella società pluripartecipata ribadendo come sia necessario prevedere strumenti aggiuntivi rispetto a quelli previsti dal diritto societario (cioè il Consiglio di Amministrazione e l'Assemblea Generale). Nel caso di specie, erano stati creati due Comitati: il Comitato unitario e il Comitato tecnico, i cui poteri erano tali da limitare quelli del CdA e dell'assemblea ponendo, in sostanza, «ogni ente azionista in grado di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società» (pt. 86).

³¹³ Alcuni autori hanno evidenziato come la struttura consortile ex 2602 c.c. appaia la forma giuridica più idonea a realizzare il rapporto di *in house* pluripartecipato. In particolare rivela M. COMBA, *L'affidamento ad organismo in house in caso di pluralità di soci: i vantaggi dell'ipotesi consortile per il controllo analogo*, cit., 553, che lo scopo consortile ben si adegua alla natura dell'organismo *in house* in quanto esso è finalizzato a perseguire l'interesse dei consorziati. Rivela l'Autore che la forma del consorzio con attività esterna ex art. 2612 c.c., in particolare, permetterebbe di integrare tanto la condizione del controllo analogo quanto quella dell'attività prevalente. Nello stesso senso, A. LOLLI, *Servizi pubblici e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*, cit. 1947, evidenzia che i requisiti propri dell'ente pluripartecipato per certi aspetti richiamano il modello consortile ex 2602 c.c. in quanto gli enti pubblici, piuttosto che cercare all'esterno il soggetto che erogherà i servizi, costituiscono una persona giuridica nuova che lo faccia per loro. Nello stesso senso, R. CARANTA, *La Corte chiarisce i contorni dell'in house pubblico*, cit., 1258.

Tuttavia, la forma consortile, almeno per quel che riguarda lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica non sembra più utilizzabile: com'è

noto, infatti, in passato infatti la gestione associata di servizi pubblici poteva per legge essere soddisfatta anche mediante consorzi di cui all'art. 31 DLgs 267/00, che prevede che gli enti locali possano costituire consorzi secondo le norme previste per le aziende speciali di cui all'art. 114 in quanto compatibili. A seguito della riforma di cui alla L. 28 dicembre 2001 n. 448 (art. 35 co. 8), però, le aziende speciali dovrebbero essere state trasformate in società per azioni e quindi si ritiene che lo strumento consortile possa essere ad oggi utilizzato solo per i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica e sempre che le discipline regionali lo consentano. Di questo avviso è DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, in F. MASTRAGOSTINO, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, 713, nota 41. Questa non è certo la sola disposizione limitativa della facoltà degli enti locali di fare uso del modello consortile: ad esempio, l'art. 2, co. 28 L. 244/2007 n. 244 consente ad ogni amministrazione comunale l'adesione ad un'unica forma associativa per gestire il medesimo servizio per ciascuna di quelle previste dagli articoli 31, 32 e 33 TUEL (consorzi, unioni e esercizio associato) in un'ottica di riduzione dei costi degli apparati pubblici; l'art. 2, co. 186 L. 191/2009 impone, invece, ai comuni la soppressione dei consorzi di funzioni tra enti locali (con l'eccezione dei bacini imbriferi montani). Successivamente, l'art. 14, comma 28 D.L. 31 maggio 2010 n. 78 conv. in L. 30 luglio 2010 n. 122, poi sostituito dall'art. 19 D.L. 6 luglio 2012 n. 95 conv. in L. 7 agosto 2012 n. 135, ha stabilito che le funzioni fondamentali dei comuni, elencate nel precedente co. 27 e tra cui sono comprese (lett. g) quelle di "progettazione e gestione del sistema locale dei servizi sociali ed erogazione delle relative prestazioni ai cittadini, secondo quanto previsto dall'art. 118, co. 4, della Costituzione", sono obbligatoriamente esercitate in forma associata, mediante unione di comuni o convenzione, da parte dei comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti. Al fine di raggiungere l'obiettivo dell'esercizio associato delle funzioni da parte dei comuni minori, dunque, sono previste forme obbligatorie di unione e di convenzione, mentre non viene contemplata la figura del consorzio. Nello stesso senso, l'art. 9 co. 1 del d.l. 95/2012 ha disposto, al fine di assicurare il coordinamento e il conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, il contenimento della spesa e il migliore svolgimento delle funzioni amministrative, che le regioni, le province e i comuni sopprimano o accorpino o, in ogni caso, assicurino la riduzione dei relativi oneri finanziari in misura non inferiore al 20%, enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che, alla data di entrata in vigore del D.L., esercitino, anche in via strumentale, funzioni fondamentali di cui all'art. 117, co. 2, lett. p), Cost. o funzioni amministrative spettanti a comuni, province, e città metropolitane ai sensi dell'art. 118 Cost.. Il co. 1 bis tuttavia dichiara che tali disposizioni non sono applicabili alle aziende speciali, agli enti ed alle istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali, educativi e culturali. Detta deroga sembrerebbe palesare il favor del legislatore verso enti, istituzioni e simili (tra cui possono annoverarsi i consorzi, che, anche in base alla legislazione regionale, sono particolarmente presenti in campo socio-assistenziale) operanti in ambiti di particolare impatto sociale.

Ad oggi potrebbe quindi forse sostenersi che l'obbligo di soppressione dei consorzi di funzione ex art. 2 co. 186 L. 191/2009 non operi in riferimento ai consorzi socio-assistenziali e che, in ogni caso, il mantenimento di un consorzio,

Tali osservazioni sono state nuovamente riprese e chiarite nella recentissima sentenza *Econord*³¹⁴.

Ha osservato la Corte che «l'eventualità che un'amministrazione aggiudicatrice abbia, nell'ambito di un'entità affidataria posseduta in comune, una posizione inidonea a garantirle la benché minima possibilità di partecipare al controllo di tale entità aprirebbe la strada ad un'elusione dell'applicazione delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o di concessioni di servizi, dal momento che una presenza puramente formale nella compagine di tale entità o in un organo comune incaricato della direzione della stessa dispenserebbe detta amministrazione aggiudicatrice dall'obbligo di avviare una procedura di gara d'appalto secondo le norme dell'Unione, nonostante essa non prenda parte in alcun modo all'esercizio del "controllo analogo" sull'entità in questione³¹⁵»: per tale ragione il controllo oltre che congiunto deve essere effettivo, ove il carattere di effettività è dato dalla possibilità per ciascuna delle autorità socie di partecipare «sia al capitale sia agli organi direttive dell'entità suddetta³¹⁶»³¹⁷.

ancorché non vietato, debba essere subordinato comunque ad una rigorosa valutazione circa la rispondenza della sua sussistenza e della sua gestione a criteri di economicità, efficacia, efficienza richiamati dalla normativa.

Per un esauriente contributo sui consorzi in generale si legga, G. DI GASPARE, *Consorti amministrativi* in *Dig. disc. pub.*, IV, Torino, 1988, 474. In particolare l'Autore evidenzia come la forma consortile sia uno strumento associativo al quale le pubbliche amministrazioni fanno ricorso quando più soggetti hanno interessi non necessariamente omogenei ma affini. Il consorzio infatti si caratterizza per essere un apparato amministrativo autonomo, cui partecipano diversi enti pubblici che perseguono interessi pubblici affini, in virtù di un rapporto di collaborazione con cui i singoli interessi vengono «composti nell'interesse comune». Di particolare interesse è il fatto che la comunanza degli interessi degli enti pubblici non si costituisce con il sorgere del rapporto consortile, ma invero preesiste all'assunzione di tale vincolo associativo: il consorzio, in sostanza, è una scelta organizzativa. In particolare, sui consorzi tra enti locali si veda S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Articolo 31* in CAVALLO PERIN R.- ROMANO A. (a cura di) *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, 31.

³¹⁴ CGUE, 29 novembre 2012, cause riunite C-182/11 e C-183/11, *Econord Spa c. Comune di Cagno e Comune di Solbiate* con nota di F. LEGGIADRO, *In house: il controllo analogo congiunto degli enti soci, Urb. e app.*, 3/2013, 307; S. MENTO, *Il controllo analogo sulle società in house pluripartecipate de enti pubblici*, *Gior. Dir. amm.* 5/2013, 495; M.E. COMBA, *Cooperazione verticale ed orizzontale tra enti pubblici: verso una "teoria unificata" delle deroghe all'applicazione della normativa europea sugli appalti?*, *Dir. pubbl. comp. eur.* 1/2013, 298.

³¹⁵ Pt. 31.

³¹⁶ Pt. 33.

³¹⁷ Evidenzia S. MENTO, *Il controllo analogo sulle società in house pluripartecipate de enti pubblici*, cit., 498 che con la Sentenza *Econord* la Corte chiarisce l'impossibilità di riconoscere una relazione *in house* laddove i soci

Recentemente, l'*in house* pluripartecipato è stato oggetto di codificazione da parte del legislatore comunitario: il nuovo art. 12, co. 3 della D. 2014/24/UE non solo enuclea i requisiti al ricorrere del quale si verifica una relazione *in house* pluripartecipata³¹⁸, ma chiarisce anche quali caratteri devono essere soddisfatti al fine di ammettere l'esistenza del controllo congiunto. In particolare, si legge che le amministrazioni esercitano congiuntamente il controllo analogo quando sono soddisfatte le seguenti condizioni, e cioè «i) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti; ii) tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; e iii) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti»³¹⁹.

pubblici titolari delle quote dell'ente pluripartecipato non abbiano un peso decisionale al suo interno e svolgano solamente la funzione di cd. "soci di capitale". La concreta partecipazione agli organi decisionali, secondo l'Autore, può avvenire in due modi: la prima è una partecipazione diretta tramite nomina, da parte dell'assemblea, di singoli rappresentanti in seno al consiglio di amministrazione dell'ente, la seconda è una partecipazione mediata con nomina, attraverso l'assemblea, di consiglieri riservati alla minoranza.

³¹⁸ L'art 12 co. 3 della D- 2014/24/UE adottata il 26 febbraio 2014 e pubblicata in G.U. dell'Unione Europea in data 28 marzo 2014 così recita: «Un'amministrazione aggiudicatrice che non eserciti su una persona giuridica di diritto privato o pubblico un controllo ai sensi del paragrafo 1 può nondimeno aggiudicare un appalto pubblico a tale persona giuridica senza applicare la presente direttiva quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 % delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui trattasi; e c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata».

Sulla tematica si veda, D. CASALINI, *Beyond UE Law: the New "Public house"* cit, 167 ss.

³¹⁹ La stessa disposizione è riprodotta all'art. 28, co. 3 della D. 2014/25/UE e all'art. 17, co. 3 della D. 2014/23/UE adottate il 26 febbraio 2014 e pubblicate in G.U. dell'Unione Europea in data 28 marzo 2014.

3. La valorizzazione della cooperazione interamministrativa: dalla cooperazione istituzionalizzata a quella contrattuale.

Com'è stato precedentemente evidenziato, la sentenza Coditel per prima ha statuito che l'autonomia organizzativa dei pubblici poteri nell'adempimento delle funzioni pubbliche ad esse attribuite può spingersi fino a creare un nuovo ente, a totale partecipazione pubblica, cui delegare l'adempimento degli interessi comuni ed omogenei³²⁰ a condizione che questo ente sia espressione di tutti gli enti titolari di quote, ancorché minoritarie, e che ogni socio sia in grado di influire effettivamente sulla gestione e sulle decisioni della società mediante adozione paritetica delle delibere.

Il riconoscimento di un controllo analogo di tipo congiunto ha certamente segnato il primo passo verso un nuovo approccio, più permissivo, all'autoproduzione pubblica mediante forme di collaborazione interamministrativa. Avendo in sostanza ammesso forme di cooperazione istituzionalizzata, non sorprende quindi che la Corte di Giustizia sia recentemente pervenuta ad ammettere, con la sentenza *Amburgo*³²¹, nuove forme di collabora-

³²⁰ Evidenzia M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitario sull'autoproduzione pubblica*, cit, 1420, che la questione della natura degli interessi di cui sono portatrici le pubbliche amministrazioni nell'*in house* pluripartecipato è fonte di problemi: in particolare, richiamando le conclusioni dell'avv. gen. Sixt-Hackal in causa *Carbotermo*, C-340/04, 34, ritiene che, in analogia con le società miste che si caratterizzano per la contrapposizione tra interesse pubblico e privato, «non meno tra gli enti pubblici può esservi una disomogeneità di interessi, sicché in “tale caso la coincidenza degli interessi non esiste più”».

³²¹ CGCE, Grande sezione, 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*.

Per i primi commenti alla sentenza in oggetto si veda C.E. GALLO, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, in *Urb. e app.*, 2009, 1180; A. GHIRIBELLI, *Gli accordi tra pubbliche amministrazioni: disciplina normativa e pronunce giurisprudenziali*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 19/20, 2009; P. DE LUCA, *Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2/2013; B. PIRKER, *La jurisprudence de la Cour: Arret Commission c. Allemagne*, in *Revue du droit de l'Unione européenne*, 3/2009, 570; A. CHAMINADE, *Des possibilités de coopération accrues pour les collectivités territoriales*, in *La semaine juridique*, 2010; J-D. DREYFUS - S. RODRIGUES, «*La coopération intercommunale conforté par la CJCE?*», in *AJDA*, 2009; F. LINDITCH, *La Cour de Justice accepte les prestation inter-collectivités dès lors qu'elles traduisent une véritable démarche de coopération*, in *La Semaine juridique Administrations et collectivités territoriales*, 44/2009; S. PLATON – S. MARTIN, *L'exception de coopération entre autorités publique en droit européen de la commande publique*, in *AJDA*, 2012; E. BROUSSY, F. DONNANT, C. LAMBERT, *Croniques de jurisprudence de la CJCE*, *AJDA*, 2009, 1541; A. SANTAMARIA DACAL, *Une nouvelle exception a l'application des directives “Marchés”*, in *Revue Juridique de*

zione non istituzionalizzate: il cd. partenariato pubblico-pubblico³²² di “tipo contrattuale”³²³.

Nonostante tale approdo sia il frutto di un’interpretazione decisamente più elastica dei requisiti in materia di *in house* – in particolare quello del controllo analogo – e sia frutto della valorizzazione del principio di collaborazione e libertà di autoproduzione riconosciuto ad ogni pubblica amministrazione nell’esercizio delle proprie funzioni³²⁴, la dottrina ritiene che si

l’Economie Publique (RJEP), 2009; S. ARROWSMITH, *Public procurement regulation: an introduction*, 2010, 119; T. KOTSONIS, *Co-operative arrangements between public authorities in the pursuit of a public interest task: Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany (C-480/06)*, *Public Procurement Law Review* 6/2009; K. PEDERSEN – E. OLSSON, *Commission v Germany – a new approach to in-house providing?*, *Public Procurement Law Review*, 1, 2010; P. PROOT, *Coopération locale et mutualisation de services*, *La semaine juridique et collectivités territoriales*, 27/2009, 2158.

In generale sul partenariato pubblico-pubblico A. DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, cit., 699; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012; P. SANTORO-E. SANTORO, *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2011; C.P. SANTACROCE, *Osservazioni sul “partenariato pubblico-pubblico”, tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, *Riv. giur. urb.*, 2/2014, 174 ss; D. CASALINI, *Beyond EU law: the new “Public House”*, cit., 151; A.V.A. DIVARI, *Per una lettura degli accordi di partenariato pubblico-pubblico, di cooperazione e di collaborazione interamministrativa*, *Il diritto dell’economia*, 1/2014.

³²² L’espressione partenariato pubblico-pubblico, pur ricorrendo nelle conclusioni degli Avvocati generali della Corte di Giustizia, non è stata ancora espressamente utilizzata in alcuna pronuncia da parte del giudice comunitario che preferisce ricorrere al concetto di “contratti di cooperazione” tra enti pubblici.

³²³ Parla di partenariato pubblico di tipo contrattuale, M. MAZZAMUTO, *L’apparente neutralità comunitario sull’autoproduzione pubblica*, cit, 1419; diversamente C.E. GALLO, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, cit., 1181 parla di «coordinamento [...] non in forma istituzionale ma in forma procedimentale».

³²⁴ Come è stato evidenziato nel primo capitolo, il principio di autoorganizzazione dei pubblici poteri nello svolgimento delle funzioni pubbliche ad essi affidate è riconosciuto e garantito tanto a livello europeo quanto a livello nazionale.

Per quel che concerne il diritto europeo, tale principio si desume dalla lettura dell’artt. 4 e 5 TUE; dell’art. 345 TFUE; art 6 e 10 della Carta delle autonomie locali. In dottrina si vedano L.M. DIÉZ PICAZO, *cit.*, 4/2004; P. PÈREZ TREMPES – L. VIOLINI, *La costituzione europea e l’organizzazione territoriale degli stati membri*, *Riv. it. dir. pubbl. com.* 6/2004; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 265, R. SCHUTZE, *European Constitutional law*, Cambridge, 2012.

Per quanto riguarda il diritto nazionale, tale principio si desume dalla lettura dell’art 97 della Carta costituzionale; art 30 e ss DLgs 267/01; artt. 1 co. 2 e 15 L.

tratti di una fattispecie giuridica del tutto nuova a livello europeo³²⁵, i cui contorni sono stati – forse ancora solo in parte – tratteggiati dal giudice comunitario onde evitarne un’applicazione elusiva da parte delle amministrazioni.

I profili di assoluta novità che caratterizzano l’istituto di natura giurisprudenziale degli accordi di partenariato pubblico-pubblico impongono una ricostruzione della vicenda da cui hanno tratto origine, al fine di potere apprezzare l’innovativo percorso argomentativo seguito dal giudice comunitario.

3.1 La sentenza *Amburgo*.

La sentenza *Amburgo* trae origine da un ricorso ex art. 258 TFUE (ex art. 226. Co. 2 Trattato CE), nel quale la Commissione Europea ha contestato alla Repubblica federale di Germania l’inadempimento agli obblighi incombenti dalla direttiva 92/50/CEE³²⁶, in ragione del fatto che quattro *Landkreise*³²⁷ avevano stipulato con la *Stadtreinigung Hamburg* (cioè, con i Servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, costituiti in un ente pubblico) un contratto di smaltimento dei rifiuti in un impianto di termovalorizzazione, in modo diretto e per un periodo di vent’anni.

In particolare, il contratto prevedeva che, a fronte di un corrispettivo annuo – composto di una parte fissa e di una variabile in funzione del quantitativo di rifiuti consegnato – a favore della *Stadtreinigung Hamburg*, quest’ultima si obbligasse verso i *Landkreise* a riservare loro un terzo della capacità di conferimento del nuovo impianto di termovalorizzazione, all’epoca ancora in fase di progettazione e la cui costruzione era condizionata proprio al raggiungimento dell’accordo con le circoscrizioni amministrative³²⁸.

241/90. In dottrina tra i tanti si vedano M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, nonché *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell’)*, Enc. Giur., II, Roma, 1988; V. BACHELET, *In profili giuridici della organizzazione amministrativa. Strutture tradizionali e tendenze nuove*, Milano, 1965; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Roma, 1950.

³²⁵ C.P. SANTACROCE, *Osservazioni sul “partenariato pubblico-pubblico”, tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, cit.

³²⁶ D. 92/50/CEE del 18 giugno 1992 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di servizi.

³²⁷ I *Landkreise* sono distretti amministrativi sovracomunali e fanno parte degli enti pubblici territoriali locali tedeschi.

³²⁸ Pt. 38 della sentenza *Amburgo*.

Come si evidenzierà meglio nel prosieguo, il contratto prevedeva anche obblighi prestazionali ulteriori: da una parte, infatti, i quattro Landkreise si obbligavano a mettere a disposizione della *Stadtreinigung Hamburg* le parti, non sfruttate, delle proprie discariche, ad una tariffa concordata, in modo da permettere alla città di Amburgo di fare fronte ad un'ipotetica saturazione delle capacità ricettive delle strutture presenti in città; dall'altra parte, la *Stadtreinigung Hamburg* s'impegnava ad offrire ai quattro distretti amministrativi capacità sostitutive presso altri impianti in caso di malfunzionamento o arresto dell'impianto di termovalorizzazione³²⁹.

Nell'ambito delle conclusioni presentate nella causa Amburgo³³⁰ – del tutto disattese dalla Corte di Giustizia –, l'Avvocato Generale J. Mazàk aveva proposto una ricostruzione della vicenda in linea con la precedente e tradizionale giurisprudenza del giudice europeo.

Ripercorrendo l'evoluzione della disciplina in materia di pubbliche commesse, l'Avvocato Generale aveva evidenziato che le direttive Appalti trovano applicazione ogni qual volta un'amministrazione aggiudicatrice stipula un contratto, a titolo oneroso, con un ente da essa giuridicamente distinto, «indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice»³³¹ e che la giurisprudenza della Corte di Giustizia aveva, nel tempo, enucleato una sola eccezione all'applicazione delle direttive Appalti e cioè l'istituto dell'*in house providing*, nelle due forme di *in house* semplice e pluripartecipato.

Successivamente, nel verificare se tale deroga potesse essere considerata applicabile al caso di specie, l'avvocato generale aveva dato una risposta negativa.³³² In particolare, era stata esclusa la sussistenza del controllo analogo per il fatto che i Servizi di nettezza urbana costituivano un ente pubblico distinto ed autonomo rispetto ai *Landkreise*, e che l'unico legame con quest'ultimi era proprio il contratto per lo smaltimento dei rifiuti.

Richiamando l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato della Corte, che considera il controllo analogo come un legame funzionale e strutturale tra l'amministrazione concedente e l'affidatario, l'Avvocato generale ha ritenuto che «un generico riferimento agli scopi comuni è decisamente insufficiente, un controllo (ndr analogo) deve avere un fondamento più concreto³³³» e che pertanto la *Stadtreinigung Hamburg* non potesse essere considerata un «proprio strumento» da parte delle circoscrizioni amministrative.

³²⁹ Pt. 39 della sentenza *Amburgo*.

³³⁰ Conclusioni dell'Avv. gen. J. Mazak del 19 febbraio 2009 in causa C-480/06, *Commissione delle comunità europee c. Repubblica federale di Germania*.

³³¹ § 28 delle conclusioni dell'Avv. gen. J. Mazak. Richiama CGCE, 18 novembre 1999 C-107/98, *Teckal*, pt. 50 e 51; CGCE, 11 gennaio 2005, C-26/03 *Stadt Halle* pt. 47.

³³² § 31 delle conclusioni dell'Avv. gen. J. Mazak.

³³³ § 45 delle conclusioni dell'Avv. gen. J. Mazak.

Avendo escluso la sussistenza del controllo analogo e essendo ormai inutile verificare la presenza dell'elemento dell'attività dedicata prevalente, l'Avvocato Generale aveva invitato la Corte a ritenere che il contratto avrebbe dovuto essere attribuito mediante applicazione della normativa sugli appalti pubblici.

La Corte, da parte sua, pur condividendo l'impostazione per la quale non risultavano integrate le condizioni di ammissibilità dell'eccezione *in house*, non ha tuttavia accolto le conclusioni dell'Avvocato generale³³⁴ (pt. 44) e ha dichiarato, invece, la conformità al diritto comunitario del contratto di smaltimento di rifiuti sottoscritto – in modo diretto – tra i Servizi di nettezza urbana della città di Amburgo e i *Landkreise* limitrofi³³⁵.

Il risultato cui giunge la Corte è chiaramente innovativo in materia: esso prende le basi, ma le sviluppa, da quel filone giurisprudenziale che riconosceva alle pubbliche amministrazioni la libertà di adempiere alle funzioni di pubblico interesse facendo ricorso ai “propri strumenti”³³⁶, al fine di dare vita ad una struttura organizzativa il più confacente possibile alle proprie esigenze, anche prevedendo forme di collaborazione con altri enti pubblici.

Così, partendo da questa premessa, il giudice europeo ha affermato che, se da un lato è ormai considerata legittima una cooperazione amministrativa che si traduce «nella creazione di un organismo di diritto pubblico che i vari enti avrebbero incaricato di svolgere la funzione di interesse generale di smaltimento dei rifiuti» (cd. *in house* pluripartecipato), medesime

³³⁴ Pt. 36 della sentenza *Amburgo*.

³³⁵ L'unico precedente in materia è rappresentato da CGCE, 18 dicembre 2007, C-532/03 *Commissione c. Irlanda* sull'affidamento diretto del servizio di ambulanza. In quell'occasione tuttavia, la Corte di Giustizia aveva ritenuto conforme al diritto europeo il contratto per il fatto che da un lato «né gli argomenti della Commissione né i documenti prodotti dimostrano che vi sia stata un'aggiudicazione di un appalto pubblico, posto che non può escludersi che il DCC fornisca servizi di trasporto d'urgenza in ambulanza nell'esercizio delle proprie competenze, derivanti direttamente dalla legge. Del resto, la semplice esistenza, fra due enti pubblici, di un meccanismo di finanziamento riguardante servizi di tal genere non implica che le prestazioni di servizi in questione rappresentino un'aggiudicazione di appalti pubblici che debba essere esaminata alla luce delle norme fondamentali del Trattato» e dall'altro che «la legislazione nazionale consente al DCC [ndr. all'affidatario] di effettuare servizi di trasporto d'urgenza in ambulanza».

³³⁶ Pt. 45 della sentenza *Amburgo*. Precedenti in materia, CGCE, 11 gennaio 2005, C-26/03 *Stadt Halle e RPL Lochau* pt. 48; CGCE, 13 novembre 2008, C-324/07 *Coditel Brabant SA* pt. 48-49. Si leggano inoltre le Concl. Avv. Gen. A. La Pergola 19 febbraio 1998 C-360/96, *BFI Holding c. Arnhem*, pt. 26; Concl. Avv. Gen. S. Alber, 18 marzo 1999 C-108/98, *RISAN srl c. Comune di Ischia* pt. 49; CGCE, 11 marzo 2003, C-186/01, *Dory*; Concl. Avv. gen. J. Kokott, 1 marzo 2005, C-458/03, *Parking Brixen* pt. 42.

considerazioni dovrebbero valere anche per una cooperazione che si traduce nella conclusione di un contratto, visto 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. [...] una cooperazione del genere (*ndr.* mediante contratto) tra autorità pubbliche non può rimettere in questione l'obiettivo principale 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 l'attuazione di tale cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico e poiché viene salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati³³⁷».

In sostanza, con la decisione in commento, la Corte ha considerato lo strumento contrattuale quale mezzo idoneo a dare vita ad una relazione, tra le parti contrattuali, di tipo collaborativo, finalizzata, nello specifico, a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune; il giudice stesso ha evidenziato come il contratto costituisca «tanto il fondamento quanto il quadro giuridico³³⁸» per l'adempimento in collaborazione del servizio pubblico comune.

Secondo la Corte, la circostanza che il contratto istituisce un'«iniziativa di cooperazione intercomunale tra le parti contrattuali³³⁹», si desumeva proprio dal fatto che, oltre alle prestazioni principali di dare e fare (secondo il cd. principio di scambio tra prestazione e controprestazione che caratterizza il sinallagma contrattuale), erano previsti anche impegni di reciproca assistenza «amministrativa»³⁴⁰ tra i contraenti, cui dare adempimento in caso di necessità³⁴¹: il contratto quindi, non risultava avere come oggetto immediato l'affidamento del servizio³⁴², ma piuttosto l'impegno ad instaurare una cooperazione interamministrativa mediante assistenza reciproca, al fine di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune³⁴³.

³³⁷ Pt. 47 della sentenza *Amburgo*.

³³⁸ Pt. 44 della sentenza *Amburgo*.

³³⁹ Pt. 37 e pt. 38 della sentenza.

³⁴⁰ F. LINDITCH, *La Cour de Justice accepte les prestation inter-collectivités dès lors qu'elles traduisent une véritable démarche de coopération*, cit., 2252.

³⁴¹ Pt. 42 della sentenza. In dottrina, P. PROOT, *Coopération locale et mutualisation de services, La semaine juridique et collectivités territoriales*, 27/2009, 2158; C.E. GALLO, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, cit., 1181; A. DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, cit., 711.

³⁴² Sulla nozione di oggetto immediato e sulla distinzione rispetto alla nozione di oggetto mediato si veda V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 315.

³⁴³ P. PROOT, *Coopération locale et mutualisation de services*, cit., 2160.

Così interpretato dalla Corte, il contratto interamministrativo esprime un valore meramente organizzativo: esso è il frutto di una scelta che rileva della “sfera di libertà³⁴⁴” propria di ogni pubblica amministrazione circa le modalità attraverso cui adempiere ai propri compiti istituzionali, una scelta che si pone in un momento antecedente rispetto all’apertura al mercato e che, proprio per tale ragione, non impone il ricorso alle regole a tutela della concorrenza³⁴⁵.

Nonostante, il ragionamento della Corte sia stato “calibrato” sulle circostanze proprie del caso di specie³⁴⁶ e sovente si rinvengano nel testo rinvii alla giurisprudenza sull’*in house*, la dottrina ritiene, da una parte, che il giudice comunitario abbia dato vita ad una nuova categoria di diritto e, dall’altra, che questa sia applicabile non solo a livello locale, ma estendibile in linea di principio ad ogni forma di cooperazione pubblico-pubblico³⁴⁷.

³⁴⁴ J-D. DREYFUS - S. RODRIGUES, «*La coopération intercommunale confortée par la CJCE?*», in *AJDA*, 2009, 1721 parlano di «sfera di immunità».

A ben vedere, come evidenzia G. DI GASPARE, *L’organizzazione amministrativa*, Dig. discp. Pub., X, Torino, 1994, 515 il contratto di partenariato emerge quale strumento organizzativo col mutamento della concezione di organizzazione amministrativa: quelle relazioni che un tempo erano interne in quanto “parte” della persona dello Stato, prive cioè di una dimensione giuridicamente qualificabile, acquistano adesso un rilievo giuridico “esterno”. L’abbandono di una concezione Stato-centrica permette di attribuire valore ai «tanti ed articolati baricentri organizzativi» divenuti «autonomamente responsabili» i quali intessono, in ossequio al principio di sussidiarietà, «una trama di relazioni attraverso i vari livelli di sistema a rete» variamente modulabili a seconda dei risultati perseguiti; in quest’ottica «forme flessibili di collaborazione funzionale e di partenariato sembrano in grado di soppiantare la rigidità dei tramandati rapporti organizzativi stato centri».

Sull’argomento F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.* 1/1993, 32 chiarisce che col passaggio ad uno stato pluralista, la *reductio ad unitatem* dell’amministrazione avviene attraverso due modalità: a) il coordinamento procedimentale e b) la collaborazione contrattuale amministrativa.

³⁴⁵ Come rileva J.D. DREYFUS, *Mutualisation des services et mise en concurrence*, cit., 1870, il contratto interamministrativo è una «convention d’organisation interne des unités administratives et techniques entre les communautés et leurs communes membres, ne relevant pas du droit communautaire de la commande publique».

³⁴⁶ Si vedano, P. DE LUCA, *Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Il diritto dell’Unione Europea*, 2/2013, 385; F. LINDITCH, *La Cour de Justice accepte les prestation inter-collectivités dès lors qu’elles traduisent une véritable démarche de coopération*, cit.

³⁴⁷ In tale senso, E. BROUSSY, F. DONNANT, C. LAMBERT, *Croniques de jurisprudence de la CJCE*, cit., 1541; A. SANTAMARIA DACAL, *Une nouvelle exception a l’application des directives “Marchés”* cit.; C.P. SANTACROCE, *Osservazioni sul “partenariato pubblico-pubblico”, tra elaborazioni ed*

I timori che questa nuova categoria possa essere utilizzata in modo elusivo al solo fine di non applicare le direttive Appalti, non è tuttavia sfuggita al giudice europeo; seppur in modo non chiaro e lineare, dal testo della sentenza possono comunque desumersi tutte le condizioni che legittimano l'affidamento diretto mediante contratto di cooperazione: e cioè a) che la cooperazione contribuisca allo svolgimento di una funzione comune connesso al perseguimento di obiettivi comuni di pubblico interesse (pt. 39-41-42); b) che il contratto preveda solo un rimborso dei costi sostenuti da una delle pubbliche amministrazioni per lo svolgimento del servizio e si situi pertanto “fuori dal mercato” (pt. 40 e 43); c) che il contratto crei una cooperazione tra sole pubbliche amministrazioni escludendo la partecipazione di soggetti privati (pt. 44); d) che il contratto non ponga alcuna impresa privata in una situazione di privilegio rispetto ai suoi concorrenti (pt. 47); ed infine che e) la cooperazione sia retta solamente da considerazioni di interesse pubblico e non sia finalizzata ad eludere la normativa in tema di appalti (pt. 44).

3.2. Questioni attuali sull'istituto del partenariato pubblico-pubblico.

All'indomani della pubblicazione della sentenza, i primi commentatori hanno immediatamente evidenziato che la decisione *Amburgo* s'inserisce nel solco già aperto dalla sentenza *Coditel Brabant*³⁴⁸ nella quale il giudice comunitario aveva ammesso una forma di cooperazione pura (tra sole amministrazioni) di tipo istituzionalizzato concretizzantesi nella creazione di un ente sul quale gli enti partecipanti esercitano un controllo analogo congiunto.

In realtà, con la sentenza *Amburgo* si va oltre e si chiarisce che la cooperazione non deve necessariamente assumere una forma particolare, ben potendosi sostanziare anche in un contratto di scambio che preveda obbligazioni di dare e fare nonché prestazioni assistenziali reciproche: in sostanza è come se la Corte avesse indirettamente affermato che agli “strumenti propri” dell'amministrazione, il cui utilizzo viene spesso esortato dai giudici europei³⁴⁹, debbano essere assimilati anche gli “strumenti propri di altre autorità pubbliche”³⁵⁰.

applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni, cit. 10.

³⁴⁸ S. PLATON – S. MARTIN, *L'exception de coopération entre autorités publique en droit européen de la commande publique*, in *AJDA* 2012, 7 rivelano che, in realtà, *in house* pluripartecipato e i contratti di partenariato pubblico-pubblico dovrebbero essere considerati «la manifestation d'une exception autonome» rispetto all'*in house* semplice in quanto si basano entrambi su un fondamento unico che è l'«exception de coopération entre autorités publiques».

³⁴⁹ Come evidenziato nel primo capitolo, la Corte di Giustizia e gli avvocati generali esortano spesso le amministrazioni ad utilizzare “propri strumenti”. Si

Ciò ha chiaramente un risvolto a livello pratico: la decisione della Corte modifica e ridefinisce i confini della “casa pubblica” nella quale le relazioni organizzative tra pubblici poteri per lo svolgimento delle funzioni pubbliche ad esse assegnate esulano dall’applicazione delle direttive appalti. Anzi, a ben dire, la Corte sembra compiere un passo fuori “della casa pubblica” – da sempre intesa restrittivamente come relazione tra una singola amministrazione (o gruppo di amministrazioni istituzionalizzato) ed una propria proiezione organizzativa ad essa collegata sia a livello strutturale e funzionale che economico – ammettendo che una relazione organizzativa possa evidenziarsi anche tra autorità pubbliche autonome, sia sul piano formale che sostanziale, a condizione che queste addivengano ad un contratto per la messa in comune dei mezzi necessari a garantire la funzione di un servizio pubblico comune.

Più semplicemente, il tema delle relazioni organizzative non sembra più relegato all’interno della “casa pubblica”, ma pare allargarsi fino a ricomprendere un cd. «*public group*³⁵¹».

Quanto appena detto ha sollevato un diverso problema in ordine alla necessità di individuare esattamente il concetto di “gruppo pubblico” nonché le materie in cui queste relazioni possono trovare applicazione: la questione, come ben si comprende, non è di poco momento in quanto permette di delimitare i confini di ciò che è organizzazione amministrativa e di ciò che è, invece, ricorso al mercato.

A tale questione può tuttavia essere data una risposta solo interpretando correttamente il testo della sentenza *Amburgo*, *leading sentence* della categoria europea del cd. partenariato pubblico-pubblico contrattuale.

Un primo ordine di problemi è sorto relativamente al concetto di “funzioni di servizio pubblico” che sono svolte in collaborazione dalle amministrazioni.

È chiaro infatti che il *public group* avrà un rilievo differente a seconda che i contratti di partenariato pubblico-pubblico siano ritenuti ammissibili

vedano ad esempio Concl. Avv. Gen. A. La Pergola 19 febbraio 1998 C-360/96, *BFI Holding c. Arnhem*, pt. 26; Concl. Avv. Gen. S. Alber, 18 marzo 1999 C-108/98, *RISAN srl c. Comune di Ischia* pt. 49; CGCE, 11 marzo 2003, C-186/01, *Dory*; Concl. Avv. gen. J. Kokott, *Parking Brixen* pt. 42; CGCE, 18 dicembre 2007, C-532/03 *Commissione c. Irlanda*; CGCE, *Stadt Halle* pt. 48; CGCE, 13 novembre 2008, C-324/07 *Coditel Brabant SA* pt. 48-49; Concl. Avv. Gen. V. Trstenjak, 75 ss; CGCE, *ASEMFO*, pt. 55; CGCE, 8 aprile 2008, n. 337/05, *Commissione c. Italia*, pt. 36; CGCE, *CONAME*, cit.; CGCE, *Kreis Duren*; CGCE, 10 settembre 2009, C-206/08 *Eurawasser*; CGCE, 25 marzo 2010 C-451/08 *Helmut Muller*.

³⁵⁰ F. LINDITCH, *La Cour de Justice accepte les prestation inter-collectivités dès lors qu’elles traduisent une véritable démarche de coopération*, cit..

³⁵¹ Sul punto, D. CASALINI, *Beyond EU law: the new “Public House”*, cit., 174.

solo in materia di pubblici servizi o anche nello svolgimento delle funzioni pubbliche proprie di ogni amministrazione.

Com'è noto, il concetto di “servizio pubblico³⁵²” è una nozione piuttosto specifica degli ordinamenti di *civil law* e difficilmente trasponibile negli ordinamenti di *common law*³⁵³.

A ciò si aggiunga che la definizione stessa di “*public service task*” a livello comunitario³⁵⁴ non ha contorni netti: l'unica categoria di servizio pubblico cui fa riferimento il TFUE, come evidenziato nel primo capitolo, è quella dei «servizi d'interesse economico generale³⁵⁵» (i cd. SIEG discipli-

³⁵² In generale, con il termine di servizio pubblico si fa riferimento a «servizi che soddisfano esigenze fondamentali della collettività»: così G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, in S. CASSESE (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, VI, Milano, 2006, 5517. Ricordiamo che sulla concezione di pubblico servizio nell'ordinamento nazionale si sono sviluppati due diversi orientamenti: il primo cd. soggettivo, considera servizio pubblico ogni attività che è assunta come tale dallo Stato in favore della collettività; il secondo orientamento, cd. oggettivo, considera servizio pubblico ogni attività economica, da chiunque svolta, indirizzata a fini sociali ai sensi dell'art. 43 Cost. Oggi è prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, questa seconda impostazione: da ultimo, Cons. St., Sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6131; Cons. St., Sez. VI, 22 novembre 2013 n. 5532; **Cons. St. Sez. VI 12 ottobre 2012 n. 5268**; Cons. St. Sez. VI 13 settembre 2012 n. 4870.

³⁵³ Gli ordinamenti di *common law* come quello anglosassone fanno riferimento alla categoria dei “*public utility regulation*”: con questo termine si indicano autonome iniziative private che per il fatto di essere “*affected with a public interest*”, vengono sottoposte a regolazione pubblica.

³⁵⁴ Nella dizione inglese della sentenza.

³⁵⁵ Nella prassi sono poi emersi: i “servizi di interesse generale” (SIG) che sono servizi che le Autorità pubbliche degli Stati membri considerano di interesse generale e sono l'oggetto di specifici obblighi di servizio pubblico (OSP); il termine riguarda sia attività economiche sia i servizi non economici. Al suo interno si distinguono quindi: “d'interesse economico generale” (SIEG) che «sono attività economiche i cui risultati contribuiscono all'interesse pubblico generale e che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento statale o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di qualità, sicurezza, accessibilità economica, parità di trattamento o accesso universale»; ed i servizi “d'interesse generale non economico” (SINEG), che si riferiscono, invece, a particolari prerogative pubbliche o ad attività puramente sociale, prive di rilievo economico e non sono, pertanto, subordinati alle regole sulla concorrenza. Esistono poi i “*Servizi sociali di interesse generale*” (SSIG) che sono attività previste da regimi obbligatori per legge o complementari che coprono i rischi fondamentali dell'esistenza (salute, vecchiaia, disoccupazione) ed una gamma di altri servizi essenziali forniti direttamente al cittadino con un ruolo preventivo e di coesione/inclusione sociale». Da ultimo si veda, Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale (SWD(2013) 53 final/2 del 29 aprile 2013).

nati agli artt. 14 e 106 TFUE³⁵⁶). Tale categoria, ancorché oggetto di una disposizione di legge, non ha un contenuto chiaro: ed infatti, se da una parte, il testo della norma sembra privilegiare una lettura oggettiva del servizio di interesse generale, la giurisprudenza della Corte di Giustizia sembra, però, preferirne una lettura soggettiva, dando rilievo alle modalità attraverso cui la stessa viene esercitata³⁵⁷, piuttosto che alla natura dell'attività erogata.

Per tale ragione, una parte della dottrina ritiene ormai che il richiamo alle «funzioni di servizio pubblico» compiuto dalla Corte di Giustizia debba, in realtà, essere letto semplicemente come “funzioni pubbliche³⁵⁸”.

Il secondo problema riguarda, invece, la circostanza che queste funzioni pubbliche debbano essere “comuni” alle pubbliche amministrazioni.

È chiaro che il concetto di *public group*, entro cui le relazioni contrattuali hanno una valenza organizzativa, precedendo la scelta di ricorrere al mercato, acquisterà un'estensione più o meno ampia a seconda dell'interpretazione accolta in dottrina³⁵⁹.

Un primo approccio cd. funzionale considera la comunanza delle funzioni, in termini concreti ed operativi e cioè facendo riferimento alle materie oggetto delle funzioni pubbliche (ex: smaltimento rifiuti, trasporti, edilizia etc.); accogliendo questa impostazione si ammetterebbero accordi tra amministrazioni disomogenee, per tipologia e livello, a condizione che queste esercitino funzioni ricomprese in una determinata materia comune (cd. cooperazioni verticali).

Un secondo approccio cd. formale, invece, riferisce il termine specificamente alle funzioni svolte; accogliendo questa impostazione si ammetterebbero accordi solo tra amministrazioni omogenee per tipologia e per livello (cd. cooperazioni orizzontali) in quanto titolari di funzioni pubbliche effettivamente comuni.

Ancorché le istituzioni comunitarie non abbiano fornito una definizione della categoria europea di servizi pubblici, la nozione di SIG incide sulle concezioni nazionali di servizio pubblico: tale situazione comporta che, in materia, ancora non si è giunti ad un'armonizzazione delle diverse interpretazioni fornite a livello nazionale dagli Stati membri. A tale proposito è opportuno ricordare che nel Libro Verde sui servizi di interesse generale, COM (2003)270, § 3, la Commissione afferma che «non è probabilmente né auspicabile né possibile elaborare un'unica e completa definizione europea del contenuto di servizi di interesse economico generale».

³⁵⁶ Nonché il Protocollo n. 26 al TFUE e l'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali.

³⁵⁷ Da ultimo, CGCE, 23 aprile 2009, C-357/07 *The Queen su istanza di TNT Post UK Ltd*, pt. 27; nello stesso senso, CGCE, 3 ottobre 2000, C-380/98, *University of Cambridge c. The Queen* pt. 15.

³⁵⁸ D. CASALINI, *Beyond EU law: the new “Public House”* cit., 176; P. PROOT, *Coopération locale et mutualisation de services*, cit., 2163.

³⁵⁹ Sul punto, P. DE LUCA, *Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Diritto Un. Eu.*, 2/2013, 397.

Un terzo ordine di problemi inerisce alla struttura del contratto di partenariato pubblico-pubblico ed il ruolo che gioca la cooperazione rispetto al libero mercato.

Com'è stato già evidenziato nel capitolo precedente, la Corte di Giustizia ritiene che i contratti a titolo oneroso sottoscritti tra amministrazioni sostanzialmente autonome, ricadano nell'ambito di operatività delle direttive Appalti, trattandosi di contratti pubblici d'appalto³⁶⁰; al contrario, è stato evidenziato come i contratti di partenariato siano considerati alla stregua di strumenti organizzativi e non ricadano pertanto nell'ambito di applicazione delle regole "per" il mercato.

Nonostante questa evidente differenza in punto di disciplina³⁶¹, si può notare che la linea di discrimine tra le due fattispecie è davvero labile³⁶²: un contratto di partenariato pubblico-pubblico al pari di un ordinario contratto pubblico di appalto presenta, infatti, un oggetto immediato individuato negli obblighi prestazionali (obbligo di fare un qualcosa/obbligo di pagare un corrispettivo) ed un oggetto mediato, individuato nel pubblico servizio oggetto delle prestazioni. La vera differenza sta nella ragione pratica dell'affare, nella causa cd. concreta del contratto³⁶³: nel contratto di partenariato, la causa

³⁶⁰ Si vedano sul punto CGCE, 18 maggio 1995, C-57/94, *Commissione c. Repubblica Italiana*, pt. 23. Si veda anche, CGCE, 28 marzo 1996, C-318/94, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, pt. 13; CGCE, 13 gennaio 2005, C-84/03, *Commissione c. Regno di Spagna*, pt. 48; CGCE, 18 gennaio 2007, C-220/05, *Jean Auroux c. Commune de Roanne*; CGCE, 6 aprile 2006, C-410/04, *ANAV c. Comune di Bari*.

³⁶¹ Dalla diversa qualificazione del contratto tra appalto e partenariato discendono anche differenze in punto di disciplina: in primo luogo, il contratto di appalto è regolato dal diritto civile, mentre quello di partenariato è retto dalle regole pubblicistiche; ciò determina quindi una differente giurisdizione: nel primo caso la cognizione è del giudice ordinario, nel secondo caso del giudice amministrativo.

³⁶² Evidenzia questa problematica G. RONDONI, *Convenzioni tra amministrazioni aggiudicatrici come appalto pubblico di lavori*, *Giorn. Dir. amm.*, 552.

³⁶³ G.B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in C. ANGELICI – G.B. FERRI (a cura di), *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino 1997, 97: l'Autore fu il primo a teorizzare la causa quale funzione economico-individuale del contratto e cioè quale ragione pratica del singolo specifico negozio. Ciò per superare l'impasse che la precedente teoria della causa (E. BETTI, *Causa del negozio* in *N.sso dig. It.*, III, Torino, 1957, 32) in astratto aveva creato e cioè quella della sovrapposizione del tipo contrattuale con la sua causa.

Solo recentemente la giurisprudenza della Cassazione ha cominciato a valorizzare tale concezione della causa in concreto: si vedano ad esempio, Cass. civ. Sez. I 30 aprile 2014 n. 9541; Cass. civ. SS.UU., 23/01/2013, n. 1521; Cass. civ. Sez. I 9 aprile 2012, n. 17200; Cass. civ., Sez. III, 01 aprile 2011, n. 7557; Cass. civ., Sez. III, 12 novembre 2009 n. 23941; Cass. civ., Sez. III, 7 ottobre 2008

in concreto è rappresentata proprio dalla finalità collaborativa mentre in quello d'appalto, sussiste una mera causa di scambio di fare/dare tipica dei contratti sinallagmatici.

Se così è, la cooperazione³⁶⁴, che tradizionalmente è stata intesa come strumento volto al perseguimento del fine pubblico comune, si conferma essere piuttosto l'obiettivo comune perseguito³⁶⁵: cooperare vuol dire accor-

n. 24769; Cass. civ. Sez. III, 8 maggio 2006 n. 10490. In senso opposto la precedente giurisprudenza, tra cui Cass. civ. 4 aprile 2003 n. 5324; Cass. civ. 19 marzo 1999 n. 2526; Cass. civ. 18 febbraio 1983 n. 1244; Cass. 22 gennaio 1976 n. 185; Cass. civ. 16 ottobre 1986 n. 3317.

³⁶⁴ Sul concetto di cooperazione, F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati scopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.* 1/1993, 21 ss. Secondo l'Autore, la cooperazione si persegue mediante la stipulazione di contratti amministrativi tra pubbliche amministrazioni che dispongono in modo paritario dei loro pubblici interessi: le amministrazioni in sostanza vincolano la propria futura attività in collaborazione con quella delle altre amministrazioni parti del contratto. Fenomeno sostanzialmente diverso quello dei procedimenti di coordinamento infrastrutturale in cui l'importanza degli interessi pubblici coinvolti varia a seconda della loro collocazione all'interno del procedimento.

Sul concetto di coordinamento amministrativo si veda in dottrina, V. BACHELET, *Coordinamento*, *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962; F. PIGA, *Coordinamento (principio del)*, in *Enc. Giur.* X, Roma, 1988; P. CARROZZA, *Principio di collaborazione e sistema delle garanzie procedurali (la via italiana al regionalismo cooperativo)*, in *Le Regioni*, 2/1989; GALLO C.E., *La collaborazione tra enti locali* in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, I, Milano, 1993. Da ultimo ripercorre l'evoluzione del concetto di coordinamento amministrativo, F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012.

³⁶⁵ Cfr. CG. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996, 92 «il coordinamento non esiste né come organizzazione né come attività. “esso è il risultato, un effetto”. Nello stesso senso, F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi* in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di) *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2001, 398. Se ciò è vero medesime considerazioni dovrebbero valere anche per la collaborazione: si ha collaborazione quando gli interessi pubblici diventano oggetto di valutazione contestuale da parte di tutte le amministrazioni che ne sono portatrici, le quali pervengono ad una scelta concordata in ordine alle modalità di esercizio dei loro poteri e delle loro funzioni per perseguire un risultato utile a tutte. «In questi casi il coordinamento si trasforma in collaborazione. Dal coinvolgimento degli interessi nella decisione si passa alla disponibilità paritaria disposizione paritaria degli interessi di cui le amministrazioni sono portatrici» così F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati scopo le recenti riforme*, cit., 30.

Si accennerà qui brevemente al fatto che una parte della dottrina non ha condiviso, e non condivide, la distinzione tra cooperazione e collaborazione: ne sono certamente testimonianza gli Atti del V Convegno di studi di scienza

darsi per perseguire attività di rilievo pubblico nel migliore modo possibile, anche in termini di efficacia, efficienza ed economicità, dandosi però assistenza reciproca, in attuazione del principio di sussidiarietà.

Proprio per questa ragione, le obbligazioni prestazionali dedotte in contratto non sono volte direttamente all'adempimento delle funzioni pubbliche proprie di ogni amministrazione ma sono messe al servizio, mediante la ripartizione di reciproci vantaggi e sacrifici³⁶⁶, di una finalità che prescindere i singoli interessi delle amministrazioni e che ne costituisce l'obiettivo comune³⁶⁷.

dell'amministrazione. Varenna 17-20 settembre 1959 intitolato *Coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali*, Milano, 1961 nel quale si fronteggiano opinioni piuttosto contrapposte: ad esempio M.S. GIANNINI a pag. 115 così si esprime: «Per quanto riguarda invece la collaborazione vi confesso la mia ignoranza. Io non sono riuscito a trovare né nella scienza del diritto né nella scienza dell'amministrazione un concetto di collaborazione»; diversamente, L. GIOVENCO che a pag. 280 così si esprime «può dirsi che il termine coordinamento vale a designare una qualificazione giuridica dell'attività amministrativa, cioè a un'attività ordinatoria di azioni (di soggetti diversi) collegate per avere parziale identità di oggetto di presupposti. Il termine collaborazione indica, invece, un mero fatto, cioè l'impegno spontaneo, volontario di soggetti diversi di concorrere secondo le rispettive possibilità al conseguimento di un determinato risultato, evitando dispersioni di mezzi e di tempo.» Nello stesso senso, più recentemente E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 28-29; F. PUGLIESE, *Fondamento e limiti della collaborazione tra enti territoriali in Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*. Atti del XLII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Tremezzo, 19-21 settembre 1996, Milano, 1997, 466; G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996, 94.

Recentemente ha ripreso la distinzione tra cooperazione e collaborazione N. BASSI, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, 2004, 22, secondo cui «il coordinamento implicherebbe solamente la condivisione, da parte dei soggetti interessati, di determinati *standards* comuni, i quali una volta introdotti opererebbero autonomamente, in virtù del semplice fatto della loro introduzione e della convenienza per tutti di rispettarli allo scopo di evitare le conseguenze negative di un comportamento non coordinato [...] La cooperazione segnerebbe invece un livello più elevato di integrazione, caratterizzato essenzialmente dalla necessità che i partecipanti assumano impegni positivi volti ad assicurare le controparti circa il loro comportamento futuro e dalla istituzione di meccanismi stabiliti di confronto dialettico e di controllo nonché di materiale scambio fra loro di utilità di comune interesse».

³⁶⁶ F.P. PUGLIESE, *Fondamento e limiti della collaborazione tra enti territoriali*. cit. 466.

³⁶⁷ In tale senso evidenzia anche F. LINDITCH, *La Cour de Justice accepte les prestation inter-collectivités dès lors qu'elles traduisent une véritable démarche de coopération*, cit, 2248 che la cooperazione, nei contratti di partenariato acquista

È la causa in concreto che permette la rilettura dell'oggetto contrattuale, ed è quindi la finalità di cooperazione la chiave di lettura da utilizzare per dare valore al regolamento contrattuale.

Solo in quest'ottica il contratto di partenariato pubblico-pubblico, che a prima vista pare essere non tanto differente – se non fosse per i risvolti di ordine applicativo – da un contratto pubblico di appalto, giacché può presentare un «risvolto economico significativo³⁶⁸» ed essere quindi potenzialmente idoneo ad incidere sul mercato³⁶⁹, può essere considerato un contratto organizzativo³⁷⁰.

una nuova chiave di lettura : «une autre lecture du droit public est possible, finaliste celle-là, non plus celle du moyen, mais celle de la finalité».

³⁶⁸ C.E. GALLO, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, cit., 1181.

³⁶⁹ Evidenzia F. LINDITCH, *La Cour de Justice accepte les prestation inter-collectivités dès lors qu'elles traduisent une véritable démarche de coopération*, cit., 2248 che le prestazioni assunte dalle parti al contratto potenzialmente s'iscrivono nella categoria degli scambi economici ma che la finalità collaborativa permette «d'en occulter la valeur marchande».

Come chiarirà la Corte di Giustizia nella sentenza 19 dicembre 2012, C-159/11 *Asl Lecce e altri c. Ordine degli ingegneri della Provincia di Lecce e altri*, pt. 29 «un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che le remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto». D'altra parte, che la «mera assenza di profitto non conferisce carattere di gratuità all'accordo contrattuale» è orientamento accolto anche dalla giurisprudenza nazionale. Da ultimo, Cons. St., Sez. V, 23 giugno 2014 n. 3130; Cons. St., Sez. III, 16 dicembre 2013 n. 6014; Cons. St., Sez. III, 16 dicembre 2013 n. 1837; Cons. St., Sez. V, 15 luglio 2013 n. 3849; Cons. St., Sez. V, 8 ottobre 2011 n. 5497; Cons. St., Sez. V, ord. 15 febbraio 2011 n. 966; Cons. St., Sez. V, 16 settembre 2011, n. 5207; TAR Abruzzo, 11 aprile 2011 n. 191; Cons. St., Sez. V, 10 settembre 2010 n. 6548 conferma TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 19 gennaio 2010 n. 74.

Le considerazioni svolte dalla Corte di Giustizia sono il risultato della mutata concezione della nozione di titolo oneroso europea che differisce da quella nazionale civilistica secondo la quale invece un contratto presenta profili di onerosità quando «un soggetto, per usufruire di un vantaggio, subisce un correlativo sacrificio e tra le due evenienze esiste un nesso di causalità», così M. MATTALIA, *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario*, in *Foro-CdS*, 2008, 1989. Come si chiarirà nel prosieguo, per il diritto europeo invece, la previsione di un rimborso spese non attribuisce necessariamente carattere di onerosità e la non onerosità non implica necessariamente la gratuità dell'accordo: è la struttura del contratto che conferisce o meno gratuità all'accordo qualora manchi del tutto lo scopo lucrativo. Sulla questione dell'onerosità del contratto e sul problema dei rimborsi dei costi in diritto europeo si veda F. LLORENS-P. SOLER-COUTEAUX, *Le gratuit et l'onéreux*, in *Contrats et marchés publics*, 3/2003; J.D. DREYFUS, *Mutualisation des services et*

L'affidamento del servizio in definitiva rimane sullo sfondo; questa circostanza rinvia però ad un profilo rimasto in ombra nella sentenza *Amburgo* e che avrebbe forse richiesto una maggiore analisi dell'intero quadro contrattuale³⁷¹ da parte del giudice europeo: quest'ultimo, infatti, pur richiedendo tra le condizioni di ammissibilità del contratto che questo «non ponga alcuna impresa privata in una situazione di privilegio rispetto ai suoi concorrenti», non ha affatto considerato la posizione del gestore dell'impianto di termovalorizzazione. È chiaro che se il contratto crea un vantaggio per la città di Amburgo, ancor più lo dovrebbe creare nei confronti del gestore dell'impianto giacché comporta un aumento dei rifiuti da smaltire: le considerazioni della Corte appaiono allora forse un po' "ingenua"³⁷² o comunque incomplete.

La sottile linea di demarcazione tra ciò che è considerato un contratto organizzativo e ciò che invece rappresenta un contratto pubblico d'appalto apre, poi, un terzo ordine di problemi: quello cioè dei controlli che dovranno essere svolti dalle istituzioni comunitarie (leggasi la Commissione europea).

La decisione *Amburgo*, infatti, indirettamente riconosce una presunzione di legalità delle operazioni amministrative in collaborazione per lo svolgimento di compiti istituzionali comuni³⁷³; tale impostazione si pone, però, in modo diametralmente opposto rispetto alla giurisprudenza tradizionale della Corte che ha invece sempre guardato con sospetto gli accordi tra amministrazioni.

mise en concurrence, *AJDA*, 2007, 1869; R. CIPPITANI, *La nozione di contratto "a titolo oneroso" negli appalti pubblici*, in *Contratti*, 5/2013, 523.

³⁷⁰ Riprendendo le parole di F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati scopo le recenti riforme*, cit., 30 «dal coinvolgimento degli interessi nella decisione si passa alla disponibilità paritaria degli interessi di cui le Amministrazioni sono portatrici. Muta l'atto finale, dal provvedimento amministrativo si passa al contratto di diritto amministrativo».

³⁷¹ B. PIRKER, *La jurisprudence de la Cour: Arret Commission c. Allemagne*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 3/2009, 574.

³⁷² C.E. GALLO, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, cit., 1182. Evidenza A. DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, cit., 718, che per vedere se il gestore del servizio risulta avvantaggiato dal contratto di partenariato è necessario guardare al momento di conclusione del contratto. Se l'accordo di partenariato è concluso prima della scelta del gestore non vi sono problemi: i concorrenti parteciperanno ad una procedura ad evidenza pubblica già modulata sulla base dell'accordo interamministrativo. Diverso è il caso in cui l'accordo di partenariato intervenga successivamente: il gestore si troverebbe infatti a beneficiare, per effetto del contratto, della gestione di un servizio a condizioni diverse da quelle che erano state oggetto della procedura; in questo caso l'affidamento diretto dovrebbe essere considerato illegittimo perché avvenuto senza un preventivo confronto concorrenziale.

³⁷³ Il pt. 47 della sentenza.

A ciò si aggiunga che, operando la presunzione di legalità, graverebbe sulla Commissione l'arduo compito di fornire la prova contraria³⁷⁴ e dimostrare la non conformità dell'accordo al diritto europeo³⁷⁵.

L'insieme di queste circostanze, hanno condotto una parte della dottrina a ritenere che, con la sentenza *Amburgo*, «la linea rigida seguita dalla Corte di giustizia [...] in ordine alla necessità di applicare sempre e comunque il meccanismo concorsuale per l'affidamento di servizi è ormai superata³⁷⁶».

Una tale affermazione potrebbe, a prima vista, apparire contrastante tanto con gli insegnamenti della Corte di Giustizia che con le finalità proprie perseguite dal legislatore comunitario che da sempre considerano subordinate alle direttive Appalti anche le relazioni tra pubbliche amministrazioni³⁷⁷. La realtà è che la valorizzazione della tutela e del rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri – e dal 2009 anche quella delle loro autonomie locali – (art. 4 § 2 TFUE) ha finito per aprire un breccia in una materia che sembrava ruotare solamente attorno al concetto di concorrenza.

La Corte, forse spinta anche dalle reazioni politico-istituzionali³⁷⁸, sembra avere riconosciuto la necessità di bilanciare due principi essenziali e

³⁷⁴ Sul punto, F. LINDITCH, *La Cour de Justice accepte les prestation intercollectivités dès lors qu'elles traduisent une véritable démarche de coopération*, cit.

³⁷⁵ Ne è conferma il pt. 48 della sentenza *Amburgo*.

³⁷⁶ C.E. GALLO, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, cit. 1180.

³⁷⁷ Chiaramente, sul punto, CGCE, 13 gennaio 2005, C-84/03 *Commissione c. Regno di Spagna* e CGCE, 18 gennaio 2007 C-220/05, *Jean Auroux c. Commune de Roanne*. Medesimi principi sono stati ribaditi anche in CGCE, 21 luglio 2005 C-231/03 *CONAME*; CGCE, 23 dicembre 2009, C-305/08 *CoNISM*.

³⁷⁸ Secondo il *Council of European Municipalities and Regions* (CCRE), la recente giurisprudenza del giudice comunitario avrebbe di fatto portato ad un graduale disconoscimento dei poteri di auto-organizzazione dei governi degli enti locali, senza che ciò venisse stabilito con un atto proveniente da un'istituzione a legittimazione democratica. Nel comunicato stampa del 14 ottobre 2005, il segretario generale del CCRE così si esprime “*we are witnessing an ongoing process of de facto legislation by decisions of an unelected court, outside the democratic control of the European Parliament and the Council of Ministers. The Parking Brixen case represents another worrying line of recent European Court of Justice decisions which is chiseling away our municipalities' right to decide how best to deliver services in their respective areas and to their respective citizens. This is now the third time in as many cases that the Court of Justice rules against Europe's towns and cities*”.

Lo stesso CCRE ha accolto con particolare favore la sentenza *Amburgo*; nel comunicato dell'11 giugno 2009, si legge: «*La décision constitue un tournant pour les collectivités locales européennes [...] La décision de la Court reprend ce que nous avons répété pendant des années [...] Enfin, la Cour de Justice a confirmé le*

soprattutto equiordinati, e cioè quello della concorrenza e quello del rispetto dell'autonomia istituzionale degli Stati membri³⁷⁹.

La soluzione tuttavia non è sempre agevole; si potrebbe forse sostenere che, in un periodo di crisi economica mondiale, dovrebbe essere opportuno favorire cooperazioni tra pubbliche amministrazioni qualora queste siano davvero il mezzo più efficiente, economico ed efficace per permettere il soddisfacimento del pubblico interesse. Resta però sempre sullo sfondo il timore di applicazioni elusive dell'istituto.

droit des collectivités locales de choisir quelle est la meilleure façon pour eux d'organiser les tâches qui leur incombent».

³⁷⁹ Evidenzia M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato pubblico-pubblico*, cit., 1417 che «assumere una tale prospettiva (ndr. quella della libera scelta tra autoproduzione ed esternalizzazione di un servizio d'interesse generale a carattere economico) in termini di “principio” potrebbe anche giustificare una totalizzante opzione “autarchica” di uno Stato membro sino a [...] confinare nel puro dover essere l'intera disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici».

CAP. III – LA COOPERAZIONE CONTRATTUALE TRA PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI.

Sez. I – La cooperazione contrattuale in Italia.

Come si è avuto modo di evidenziare nel precedente capitolo la valorizzazione del principio di autoorganizzazione amministrativa ha permesso alla Corte di Giustizia di pervenire ad un risultato fortemente innovativo in ambito europeo: la legittimità degli strumenti di cooperazione tra pubbliche amministrazioni anche di tipo contrattuale.

In realtà, strumenti non dissimili sono rinvenibili anche nell'ordinamento italiano: il legislatore ha previsto infatti, nell'ambito di leggi speciali, in un primo tempo e successivamente nella L. 241/90 sul procedimento amministrativo³⁸⁰, strumenti di cooperazione contrattuale tra pubbliche amministrazioni.

1. Premesse storiche e giuridiche.

Com'è stato rilevato dalla dottrina, le ragioni dell'emersione delle forme di cooperazione "esterna"³⁸¹ tra pubbliche amministrazione in Italia

³⁸⁰ Come si avrà modo di chiarire meglio nel prosieguo, nella categoria degli accordi tra amministrazioni pubbliche vengono generalmente ricomprese fattispecie tra loro molto diverse: accordi politici, accordi volontari, accordi procedurali; accordi in cui le pubbliche amministrazioni esprimono interessi paritari ed accordi in cui i pubblici poteri esprimono posizioni disomogenee. Vengono inoltre ricomprese le intese adottate nella chiamata in sussidiarietà (secondo l'insegnamento di Corte Cost. 1° ottobre 2003 n. 303) e gli accordi di cooperazione ex art. 15 L. 241/90, nonché i protocolli d'intesa aventi natura politica e gli accordi di programma ex art. 34 TUEL.

Ai fini del presente lavoro interesseranno solo gli accordi volontari che intercorrono tra amministrazioni paritarie per ragioni di collaborazione ai sensi degli artt. 15 L. 241/90 e 30 d.lgs. 267/00.

³⁸¹ Così G. DI GASPARE, *L'organizzazione amministrativa*, Dig. Disc. Pub, X, Torino, 1994, 515, che evidenzia come il contratto di partenariato emerga quale strumento organizzativo col mutamento della concezione di organizzazione amministrativa: quelle relazioni che un tempo erano interne in quanto "parte" della persona dello Stato, prive cioè di una dimensione giuridicamente qualificabile, acquistano adesso un rilievo giuridico "esterno". L'abbandono di una concezione Stato-centrica permette di attribuire valore ai «tanti ed articolati baricentri organizzativi» divenuti «autonomamente responsabili» i quali intessono, in ossequio al principio di sussidiarietà, «una trama di relazioni attraverso i vari livelli di sistema a rete» variamente modulabili a seconda dei risultati perseguiti; in quest'ottica «forme flessibili di collaborazione funzionale e di partenariato sembrano in grado di soppiantare la rigidità dei tramandati rapporti organizzativi stato centri».

devono essere ritrovate essenzialmente in due fenomeni che hanno caratterizzato l'età moderna.

Da una parte ha inciso, senz'altro, il passaggio dello Stato monocentrico – inteso quale unico detentore del potere esercitato mediante enti pubblici ausiliari in rapporto di gerarchia o direzione – ad uno Stato policentrico³⁸² caratterizzato da molteplici e diversi centri di potere dotati di autonomia organizzativa e funzionale in rapporto di equiordinazione tra loro. In proposito è stato scritto che alle base della diffusione della contrattualità nell'amministrazione vi è proprio «la concezione nuova della pluralità dei centri di potere, una pluralità effettiva, cioè paritaria, sia che riguardi centri di potere pubblici sia che riguardi i rapporti tra centri pubblici e privati³⁸³».

Dall'altra ha inciso, quale immediata conseguenza della moltiplicazione dei centri di potere autonomi, la naturale moltiplicazione degli interessi pubblici la cui cura è affidata, su diversi livelli, ai nuovi centri di potere che si sono creati.

In un questo contesto di forte pluralismo istituzionale e decentramento, senz'altro rafforzato dalle riforme che hanno caratterizzato l'ultimo ventennio³⁸⁴, non stupisce che «le esigenze di raccordo-coordinamento tra le

³⁸² Il suddetto fenomeno trova la sua legittimazione dal punto di vista costituzionale negli art. 5 e 114 Cost. Sulla tematica del policentrismo istituzionale in diritto amministrativo si legga A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, 183; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2008, 30.

Su come il policentrismo abbia inciso sulla diffusione di forme di amministrazione concordata si veda, tra i tanti, F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.* 1/1993, 21; G. PASTORI, *Accordo e organizzazione amministrativa* in MASUCCI A. (a cura di) *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, 1988, 39 ss; P. CARROZZA, *Principio di collaborazione e sistema delle garanzie procedurali (la via italiana al regionalismo cooperativo)*, in *Le Regioni*, 2/1989, 473 ss; R. FERRARA, *Gli accordi di programma. Potere, poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, Padova, 1993, 11; V. PEDACI, *Metodologie di coordinamento amministrativo: accordi tra amministrazioni e accordi di programma*, in *L'amministrazione italiana*, 1999, 1638 ss.

³⁸³ Così M. NIGRO, *Conclusioni* in A. MASUCCI (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, 1988, 79.

³⁸⁴ Si fa in particolare riferimento alla modifica del titolo V della Costituzione attuata con L. Cost. 3 del 2001 che ha dato piena attuazione dell'art. 5 Cost. che riconosce le autonomie locali quali enti esponenziali preesistenti alla formazione della Repubblica.

Seppur ancora all'esame delle Camere, non può non rilevarsi che l'attuale titolo V della Carta Costituzionale è stato recente oggetto di un disegno di legge costituzionale presentato dal Governo il 31 marzo 2014 che rivede gli equilibri tra competenze legislative statali e regionali e diminuisce gli enti territoriali

sfere di azione finiscono per prevalere su quelle di separazione comunque proprie di ogni forma di decentramento politico³⁸⁵»: la diversificazione e la pluralizzazione della “amministrazione” hanno spinto i pubblici poteri alla «continua invenzione di nuove e sempre diverse forme³⁸⁶» organizzative volte al raggiungimento delle finalità pubbliche, mediante la riduzione dell’azione amministrativa a punti di sintesi³⁸⁷.

Così, sono state le stesse amministrazioni – territoriali e non – a ricercare nuovi punti di raccordo e composizione degli interessi in strumenti di cooperazione istituzionale e contrattuale. In particolare, accanto alle tradizionali categorie di figure ricomprese nelle cd. relazioni organizzative³⁸⁸,

eliminando le province. Il d.d.l. cost. è attualmente consultabile sul sito www.governo.it.

³⁸⁵ P. CARROZZA, *op. ult. cit.*, 476.

Rileva ad esempio N. BASSI, *Gli accordi tra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano 2004, 2, che «il pluralismo di per sé non elide l’esigenza di assicurare comunque in qualche modo la salvaguardia del carattere realmente unitario dell’ordinamento in cui l’azione amministrativa si svolge. Occorre dunque che allo sgretolamento non corrisponda la completa perdita di un minimo di unità e coerenza dell’attività pubblica policentrica».

³⁸⁶ M. NIGRO, *Amministrazione pubblica*, *op. ult. cit.*, 3.

³⁸⁷ Sul tema si vedano tra i tanti V. BACHELET, *Profili giuridici della organizzazione amministrativa. Strutture tradizionali e tendenze nuove*, Milano, 1965; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; G. DI GASPARRE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992. In particolare M. NIGRO, *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell’)*, *Enc. giur.*, Roma, 1988, 3 rileva come “pubblica amministrazione” sia ormai solo un’espressione di sintesi: la nuova amministrazione si caratterizzerebbe infatti per il suo “plurimorfismo” e cioè per la sua continua invenzione di nuove e sempre diverse forme.

³⁸⁸ Per una chiara differenziazione tra le varie figure di relazioni tra pubbliche amministrazioni si veda D. D’ORSOGNA - F.G. SCOCA, *Le relazioni organizzative*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Dir. Amm.*, Torino, 2008, 59 ss che distingue tre tipologie di relazioni: la prima è quella tra uffici di una stessa struttura, cd. “relazioni infrastrutturali”; le seconde sono le relazioni tra strutture (o amministrazioni) diverse che danno luogo a “relazioni interorganiche” se le amministrazioni non hanno personalità giuridica ovvero, e questo è il terzo tipo, a “relazioni intersoggettive”, se le amministrazioni hanno personalità giuridica. Tra le relazioni tra organizzazioni, poi, si distinguono la delegazione, l’avvalimento e la sostituzione. Tra le relazioni tra uffici si distinguono invece la gerarchia, la direzione, il coordinamento, il controllo, l’avvocazione, la delegazione e la sostituzione. La gerarchia, il coordinamento, la direzione ed il controllo si caratterizzano per essere relazioni a carattere stabile; diversamente, hanno carattere temporaneo la delega delle funzioni e l’avvalimento. Sul punto più specificamente si vedano V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2005, 93 ss, nonché E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2010.

tipiche del modello stato centrico, sono emerse forme di coordinamento e cooperazione tra pubblici poteri, sia di tipo associativo-istituzionale³⁸⁹, sia di tipo contrattuale da intendere come «strumenti di risoluzione della complessità, capaci di garantire un margine di flessibilità e adattabilità all'azione amministrativa modellata per centri e ambiti di competenza³⁹⁰».

L'emersione di questi strumenti è avvenuta inizialmente soprattutto a livello politico-territoriale con l'avallo dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale che³⁹¹ ne ha incentivato l'utilizzo in applicazione del principio

³⁸⁹ Il rinvio è alla figura del consorzi (comunali ai sensi dell'art. 25 l. 142/90; comuni/province ex art. 156 ss L. com. prov.) che come chiaramente illustrato da F. BENVENUTI, *Gli ordinamenti consortili e i loro sviluppi in Coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali*. Atti del V Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna 17-20 settembre 1959, Milano, 1961 sono «il più semplice caso di soggettivizzazione di un rapporto perché la sua sostanza sembra dovuta piuttosto ad opportunità di carattere organizzatorio che all'esistenza di un interesse autonomo e distinto da quelli intersubiettivi». I consorzi comunali sono oggi disciplinati dall'art. 31 TUEL, cui si rinvia alla voce di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Articolo 31* in CAVALLO PERIN R.- ROMANO A. (a cura di) *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, 31. Altri tipi di consorzi disciplinati nelle leggi speciali sono i consorzi di bonifica ai sensi dell'art. 73 d.lgs. 616/77; i consorzi per le aree e i nuclei di sviluppo industriale ai sensi dell'art. 50 del d.p.r. 218/78 e ex art. 36 L. 317/91. Sui consorzi amministrativi si legga, G. DI GASPARE, *Consorzi amministrativi in Dig. Disc. Pub.*, IV, Torino, 1988, 474; S.A. ROMANO, *Consorzi amministrativi, Enc. Giur.*, V, Roma, 1989, 1 ss.

Seppur astrattamente sussumibili nella categoria degli strumenti di tipo associativo tra enti locali, si prescindere dal trattare delle Unioni dei Comuni ai sensi dell'art. 32 TUEL (ai sensi dell'art. 26 L. 142/90) nonché delle comunità montane ed isolate ex art. 28 e 29 TUEL in quanto, diversamente dal consorzio, danno vita ad «una dimensione comunitaria più ampia» cioè ad un ente territoriale di 2° grado, con autonoma potestà statutaria e finanziaria.

Delle convenzioni e degli accordi di programma, invece, si parlerà nel prosieguo essendo strumenti di tipo associativo-contrattuale, ricompresi nel *genus* degli accordi amministrativi tra pubbliche amministrazioni.

In generale, sulle forme associative tra enti locali, C.E. GALLO, *La collaborazione tra enti locali* in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, I, Milano, 1993; A. TRAVI, *Forme di cooperazione interlocale*, in *Diritto amministrativo*, 1996, 673.

³⁹⁰ B.L. BOSCHETTI, *Gli accordi organizzativi nell'equilibrio del sistema giuridico tra unità e differenziazione*, in *Amministrare*, 1-2/2008, 49.

³⁹¹ Si veda ad esempio Corte Cost. 2 novembre 1988 n. 214 ove la Corte ricollega la nozione di leale collaborazione proprio alla collaborazione paritaria tra amministrazioni. Nello stesso senso Corte Cost. 21 dicembre 1985 n. 359; Corte Cost. 27 giugno 1986 n. 151 e 153; Corte Cost. 30 giugno 1988 n. 747; Corte Cost. 12 aprile 1989 n. 180; Corte Cost. 27 dicembre 1991 n. 482; Corte Cost. 27 luglio 1992 n. 366; Corte Cost. 18 ottobre 1996 n. 341.

di leale collaborazione tra pubblici poteri ex art. 120 Cost.³⁹², nonché del principio di sussidiarietà verticale sancita all'art. 118 co. 1 Cost.³⁹³.

Il richiamo ai suindicati principi ha così giustificato la moltiplicazione di figure di accordo di tipo obbligatorio o politico³⁹⁴ tra pubbliche amministrazioni territoriali. Ai fini del presente lavoro interessano particolarmente gli accordi volontari tra pubbliche amministrazioni, sottoscritti per ragioni di cooperazione.

Muovendo dagli accordi volontari tra amministrazioni territoriali, si deve sottolineare come la loro giustificazione costituzionale sia senz'altro da rinvenirsi nei criteri di riparto delle funzioni amministrative ai sensi

³⁹² Il principio di leale collaborazione tra enti territoriali viene affermata con chiarezza dalla Corte costituzionale con la sent. n. 35 del 1° marzo 1972 ove si afferma che «competenza regionale e statale devono coordinarsi tra loro di guisa che possa realizzarsi un giusto temperamento delle finalità rispettive». Nello stesso senso Corte Cost. 14 luglio 1976 n. 175.

La costituzionalizzazione del principio avviene però progressivamente attorno agli anni ottanta inizialmente con le sentenze della Corte Cost. 22 febbraio 1984 n. 39; 1° aprile 1985 n. 94; 31 dicembre 1986 n. 294 e 18 febbraio 1988 n. 177 ove il fondamento costituzionale viene ritrovato nella tutela costituzionale dell'interesse tutelato dalle amministrazioni (in particolare art 9 e 32 Cost., a volte ricollegato all'art. 97 e 5 Cost). E' solo con le sentenze 10 febbraio 1997 n. 19 e 18 luglio 1997 n. 242 che la Corte Costituzionale afferma che il principio di leale collaborazione trova il suo fondamento nell'art. 5 Cost. In particolare, viene affermato che «Tale regola, espressione del principio costituzionale fondamentale per cui la Repubblica, nella salvaguardia della sua unità, "riconosce e promuove le autonomie locali", alle cui esigenze "adegua i principi e i metodi della sua legislazione" (art. 5 Cost.), va al di là del mero riparto costituzionale delle competenze per materia, e opera dunque su tutto l'arco delle relazioni istituzionali fra Stato e Regioni, senza che a tal proposito assuma rilievo diretto la distinzione fra competenze legislative esclusive, ripartite e integrative, o fra competenze amministrative proprie e delegate». Con la riforma del titolo V delle Costituzioni, attuata con L. Cost. 3/2001 il principio di leale collaborazione viene espressamente costituzionalizzato all'art. 120 Cost. con riferimento ai poteri sostitutivi dello Stato, ancorché la Corte costituzionale abbia affermato che trattasi comunque di un principio di carattere generale riferibile ad ogni livello di governo territoriale.

Recentemente, Corte Cost. 13 gennaio 2004 n. 6; Corte Cost. 27 gennaio 2006 n. 31; Corte Cost. 1° giugno 2006 n. 214.

Per un lettura storica-giuridica sul punto si legga, L. VANDELLI, *Interesse nazionale (dopo la riforma cost. del 2001)* in *Enc. dir.*, Annali II-2, Milano, 2008.

³⁹³ Con l'espressione "sussidiarietà verticale" si fa riferimento alle relazioni tra enti territoriali maggiori e minori: le competenze amministrative vengono devolute alla struttura di potere pubblico più vicina ai cittadini fatte salve quelle che richiedono un esercizio ad un più elevato livello istituzionale, regionale o statale.

³⁹⁴ Le fattispecie in cui il principio di leale collaborazione assume rilievo sono molteplici ma quella chiamata in sussidiarietà e della conferenza Unificata Stato-regioni-enti locali, sono senz'altro le ipotesi più importanti.

dell'art. 118 co. 1 Cost.: e cioè nei principi di adeguatezza e differenziazione. Com'è noto infatti, da una parte, l'adeguatezza permette di allocare la funzione amministrativa al livello di governo più adeguato con riferimento alla tipologia e alla qualità degli interessi da soddisfare³⁹⁵; dall'altra la differenziazione impone di tenere conto della capacità di governo dei diversi enti (anche della medesima categoria³⁹⁶) nell'imputazione delle funzioni.

Tuttavia, è noto che lo strumento degli accordi amministrativi non è limitato ai soli accordi tra enti territoriali, potendo invece coinvolgere anche enti pubblici di altra tipologia e livello: in tale caso, il fondamento giuridico di queste figure contrattuali deve ricercare, più correttamente, nel principio di buon andamento ex art. 97 Cost³⁹⁷.

Tale principio diviene parametro essenziale per orientare le scelte del legislatore verso un riparto di funzioni quanto più efficiente ed economico: è chiaro infatti che l'amministrazione, essendo orientata alla cura di interessi pubblici, deve possedere un'organizzazione adeguata agli obiettivi da conseguire e tale organizzazione adeguata può essere "costruita" anche in accordo con altri enti territoriali onde evitare che la funzione venga allocata al livello di governo di grado più elevato³⁹⁸.

³⁹⁵ Sul principio dell'adeguatezza allo scopo o specialità o funzionalità G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 75.

³⁹⁶ Il principio di differenziazione può in realtà assumere valore sia da un punto di vista tecnico-organizzativo delle dinamiche ordinamentali; sia da un punto di vista formativo-interpretativo rispetto alle scelte legislative e amministrative. Sul punto si rinvia a C. IAIONE, *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2007, 80 ss.

³⁹⁷ In particolare, ricollegano al principio costituzionale del buon andamento ex art. 97 Cost. l'esigenza di coordinamento/cooperazione tra centri di potere: G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 95 nt. 33; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 26-27; G.D. COMPORTE, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996, 170; N. BASSI, *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di esperienza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte. Prima parte: profili generali*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2001, 634; R. FERRARA, *L'accordo... e gli accordi di programma. consensuale* (Nota a Cons. Stato, sez. IV, 1° agosto 2001, n. 4206, e Corte conti, sez. contr. stato, 10 aprile 2000 n. 30) in *Foro it.*, 3/2002, 138. Sulla funzione dell'art. 97 Cost. si veda tra tutti M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 88; nonché *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')*, *Enc. Giur.*, II, Roma, 1988, 1.

Nello stesso senso, seppur con riferimento alla conferenza dei servizi, anche Corte Cost. 16 febbraio 1993 n. 62; Corte Cost. 28 luglio 1993 n. 348; Corte Cost. 19 marzo 1996 n. 79.

³⁹⁸ R. FERRARA, *L'accordo... e gli accordi di programma. Spunti sulla c.d. amministrazione*, cit., 138 rileva come gli strumenti consensuali «sono volti a razionalizzare il regime delle competenze politico-amministrative, troppo spesso

In quest'ottica allora l'art. 97 Cost. permette di spiegare agevolmente ogni tipo di accordo amministrativo tra pubblici poteri – e soprattutto quelli volontari di cooperazione – nel rilievo che tale disposizione indirettamente impone alle amministrazioni l'adozione degli strumenti che si ritengono più confacenti al raggiungimento del proprio fine³⁹⁹; e ciò in quanto l'organizzazione «non può non adeguarsi alle necessità della funzione^{400, 401}».

È quindi in un'ottica di buona andamento che devono certamente valorizzarsi forme di cooperazione contrattuale volontaria che permettono «a più unità operative, di realizzare i propri fini con un vantaggio quanto alla efficienza dell'azione e con risparmio quanto alla misura delle forze che dovrebbero essere impiegate per raggiungere singolarmente gli stessi fini⁴⁰²».

2. La classificazione degli accordi amministrativi tra pubblici poteri.

La categoria degli accordi tra pubblici poteri presenta, come precedentemente accennato, un contenuto molto vasto e variegato: questa situazione è il risultato della stratificazione di discipline di settore più risalenti nel tempo (si pensi infatti agli accordi politici, alle intese istituzionali di programma ex art 2 co. 203 L. 662/1996, convenzioni e accordi di programma ex art. 25 e 26 L. 142/90) e della disciplina generale contenuta nell'art. 15 della L. 241/90 .

allocate secondo criteri di disordine funzionale presso i diversi livelli di governo dell'ordinamento repubblicano».

³⁹⁹ Richiamando il pensiero di un autorevole autore, la «buona amministrazione esprime un concetto: è l'attività amministrativa perfettamente adeguata, nel tempo nei mezzi, al fine specifico da raggiungere» cfr. R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, 128. Così anche M. NIGRO, *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')*, cit. 1988, 1 per cui «l'organizzazione e attività non sono due fenomeni distinti. La organizzazione, qualunque organizzazione, non si contrappone all'attività ma è il momento di predisposizione, coordinamento, razionalizzazione ed anche di inizio dell'attività».

⁴⁰⁰ U. ALLEGRETTI, *La verità è nell'assunto: Stato e Istituzioni nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, Jus, 2000, 403.

⁴⁰¹ Come evidenzia A. TRAVI, *Forme di cooperazione interlocale*, in *Dir. Amm.*, 1996, 693 il criterio fondamentale per la lettura delle disposizioni sulle forme associative e di cooperazione non può essere il riconoscimento di una piena libertà di manovra per l'ente locale ma deve essere la realizzazione di un sistema adeguato «al servizio dello sviluppo economico, sociale e civile»: quindi l'esercizio di una funzione nell'ottica del raggiungimento del risultato cui tende.

⁴⁰² G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996, 77.

Per questa ragione non è agevole delineare con precisione una figura generale che possa ricomprendere tutte le differenti fattispecie parimenti riconducibili nella categoria degli accordi amministrativi⁴⁰³.

Per conseguenza pare allora utile limitarsi a rilevare che di accordi amministrativi si può parlare ogniqualvolta un atto o negozio sia il risultato della concorde volontà delle amministrazioni che vi partecipano.

A ciò occorre poi aggiungere alcuni elementi distintivi di tali accordi ossia la natura dell'atto finale adottato; la posizione rivestita dagli interessi delle amministrazioni nell'ambito della contrattazione e l'effettiva esistenza della concorde volontà dei pubblici poteri.

Tale operazione appare senz'altro indispensabile nell'economica del lavoro, al fine di circoscrivere con esattezza l'ambito di operatività degli accordi organizzativi tra pubblici poteri (nella duplice accezione di accordi di coordinamento e accordi di collaborazione ex art. 15 L. 241/90 e leggi speciali) e di chiarire la loro relazione con gli accordi di cooperazione orizzontale di creazione comunitaria.

2.1 Gli accordi di concerto, gli atti politici e gli atti obbligatori.

Tradizionalmente si esclude che rientrino negli accordi di coordinamento e cooperazione le fattispecie consensuali che, pur essendo collegate all'esercizio di potestà amministrative, non danno luogo ad un effettivo incontro di volontà da cui scaturisca l'assunzione di reciproci impegni oppure abbiano un ruolo all'interno del procedimento meramente servente rispetto all'adozione del provvedimento finale.

Ci si riferisce in particolare agli accordi adottati nell'ambito della conferenza di servizi ex art. 14 L. 241/90, così come modificata dalla L. 15/2005, nonché alle intese e ai concerti.

Per quel che riguarda la prima tipologia di accordi, generalmente ricondotti negli accordi di auto-coordinamento⁴⁰⁴, si ritiene perlopiù che essi

⁴⁰³ Parte della dottrina ha tentato di ricostruire in modo unitario la categoria dell'accordo fra pubbliche amministrative (come E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 89-90). Altra parte della dottrina ritiene invece che una ricostruzione unitaria sia impossibile e evidenzia solo due connotati tipici delle relazioni consensuali: la loro eterogeneità e la loro dinamicità risultante dal processo di frammentazione degli interessi pubblici. Sul punto D. IELO, *Commento all'art. 15 "accordi fra pubbliche amministrazioni"* in AA.VV. *L'azione amministrativa. Commento alla L. 7 agosto 1990 n. 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dal decreto legge 14 marzo 2005 n. 35*, Milano, 2005, 491.

⁴⁰⁴ Così F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati scopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.* 1/199 35 ss parla in proposito di coordinamento infrastrutturale evidenziando come queste fattispecie si caratterizzino per il «coinvolgimento di interessi di cui le P.A. sono portatrici» che sfocia con l'adozione di un provvedimento amministrativo. Nello stesso senso, E.

svolgano un ruolo accessorio al provvedimento finale adottato dall'amministrazione e che non possano essere considerati quali espressione effettiva di una volontà comune delle amministrazioni che partecipano alla conferenza⁴⁰⁵. Si tratterebbe piuttosto di un fenomeno di etero-coordinamento – che dà luogo a decisioni pluristrutturate o atti complessi – giustificato sulla base della natura e delle posizioni che i differenti interessi rivestono all'interno del procedimento. Ciò, d'altra parte, si evincerebbe da due elementi desumibili dalla loro disciplina attuale: da una parte, infatti, la regola dell'unanimità è stata sostituita con quella della prevalenza degli interessi, e dall'altra, gli eventuali dissensi manifestati dalle amministrazioni partecipanti possono essere superati anche se riguardano materie sensibili o competenze regionali ex art. 14-*quater* co. 1 e 3.

Per analoghe motivazioni non sono assimilabili agli accordi ex art. 15 L. 241/90 le intese, e i concerti, né fattispecie contrattuali che rispondono a logiche di politica organizzativa o che si sostanziano in dichiarazioni di intenti.

Nel primo caso lo strumento contrattuale ha valenza preparatoria, cioè interna al procedimento, ed è quindi prodromico alla successiva adozione del provvedimento finale⁴⁰⁶; nel secondo caso è privo di un «contenuto

STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa*, cit, 249; G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit, 200.

⁴⁰⁵ Cfr. F.G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.* 1999, 279. Oggi a seguito delle modifiche legislative (L. 15/2005 e da ultimo L. 122/2010 e L. 106/2011) pare difficilmente sostenibile che gli accordi adottati nell'ambito della conferenza di servizi siano accordi amministrativi di auto-coordinamento. Sul punto N. BASSI, *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di esperienza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte. Prima parte: profili generali*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2001, 640.

⁴⁰⁶ Così N. BASSI, *Accordi amministrativi verticali e orizzontali: la progressiva ibridazione dei modelli in Territorialità e del localizzazione nel governo locale* M. CAMMELLI (a cura di), Bologna, 2007, 453 ss.

Il concerto è un modulo strutturale proprio delle relazioni interorganiche mediante il quale più organi di una medesima amministrazioni, portatori di interessi differenti, partecipano alla medesima decisione circa l'esercizio di un determinato potere amministrativo. La decisione non è collegiale ma ciascuna amministrazione manifesta la propria volontà (così Corte conti sez. contr. 10 novembre 1983 n. 1387); tuttavia per adottare l'atto finale è necessario l'accordo di tutti gli organi concertati. L'atto finale viene imputato solo all'organo concertante con i relativi risvolti in punti di impugnazione.

Diversamente le intese sono strumenti tipici delle relazioni intersoggettive (così, ad esempio, Cons. St. Sez. IV, 20 dicembre 1992 n. 911; Cons. St. Sez. VI 1 agosto 1986 n. 603). Anche in tale ipotesi vi è un'autorità cui formalmente è imputato il potere, cioè l'amministrazione procedente, che deve interpellare l'organo di altra amministrazione per raggiungere l'intesa. Senza l'intesa il potere

obiettivamente considerato che comportamenti impegni reciproci tra coloro che su esso convergono⁴⁰⁷».

Rientrano in queste ipotesi, ad esempio, le intese raggiunte nell'ambito della cd. chiamata di sussidiarietà. Tali intese, rispondendo ad una logica di leale cooperazione tra pubbliche amministrazioni, sono atti prodromici all'adozione della legge sussidiaria da parte dello Stato⁴⁰⁸: appaiono pertanto il risultato di un accordo necessitato tra pubblici poteri in vista dell'adozione dell'atto finale esterno, che non è assimilabile ad un negozio volontario.

Ugualmente anche i protocolli d'intesa sono da considerare privi di rilievo giuridico in difetto di una precisa disciplina positiva: tali atti sono piuttosto espressione di volontà politica⁴⁰⁹.

non può essere esercitato. Il problema in questi casi è come superare l'eventuale mancato raggiungimento dell'accordo. Le strade percorribili sono due: o l'impugnazione del rifiuto innanzi al TAR; ovvero se si tratta di relazioni Stato-Regioni l'elevazione davanti alla Corte Costituzionale di un conflitto ai sensi dell'art. 134 Cost. Sul punto si rinvia a V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2005, 364 ss. e P. D'ANGIOLILLO, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, 2009, 210.

⁴⁰⁷ G.D. FALCON, *Convenzioni ed accordi amministrativi*, in *Enc. Giur.*, Roma 1988, 1.

⁴⁰⁸ Com'è noto, la cd. chiamata in sussidiarietà permette di attrarre al livello statale funzioni amministrative di competenza regionale concorrente o esclusiva. Corte Cost. 1° ottobre 2003 n. 303, ha rilevato che «l'esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un *iter* in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero sia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà».

Da ultimo, Corte Cost. 28 maggio 2014 n. 144; 11 luglio 2012 n. 179; 27 giugno 2011 n. 165. In dottrina si rinvia al recente contributo di C. MAINARDIS, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo Stato-regioni*, in *Le Regioni*, 2011, 445.

⁴⁰⁹ Per quanto riguarda i protocolli d'intesa è stato rilevato come tale locuzione venga spesso utilizzata in modo improprio nella prassi: ciò impone una ricognizione della categoria caso per caso in base al loro effettivo contenuto onde indagare l'esistenza di prestazioni pretendibili dalla controparte.

Così ad es. è stata attribuita natura di accordo amministrativo *ex art.* 15 L. 241/90 ad un protocollo d'intesa sottoscritto da alcuni sindaci in quanto «espressione della volontà di assumere impegni reciproci in vista della comune gestione di un servizio di smaltimento rifiuti» (così Cass. civ. SS.UU. 13 luglio 2006 n. 15893); nello stesso senso anche TAR Sardegna, sez. II, 14 aprile 2006 n. 662 relativamente ad un protocollo d'intesa finalizzato all'ottenimento di un finanziamento.

2.2 Gli accordi di coordinamento e di collaborazione nelle leggi speciali.

Vengono, invece, ricomprese nel genere degli accordi organizzativi di cooperazione e coordinamento alcune fattispecie convenzionali tra pubbliche amministrazioni disciplinate da leggi di settore.

Com'è stato precedentemente rilevato, infatti, il legislatore ha dapprima disciplinato ipotesi particolari e solo successivamente ha introdotto una norma generale che attribuisca alle amministrazioni la facoltà di concludere accordi organizzativi.

In particolare, nella legislazione speciale si rinvencono due tipologie di accordi: quelli di coordinamento e quelli di collaborazione⁴¹⁰.

Sul punto si nota anzitutto che la distinzione tra coordinamento e cooperazione non è risultata agevole in dottrina⁴¹¹ – ed anzi è stata fortemente

Diversamente è stata negata la natura di accordo amministrativo ad un protocollo d'intesa stipulato tra la Provincia, un consorzio di bacino ed i comuni interessati alla realizzazione di un termovalorizzatore di rifiuti perché contenente esclusivamente indicazioni di intenti (così TAR Piemonte, 1 dicembre 2007 n. 3607). Da ultimo, Cons. St., Sez. III 24 giugno 2014 n. 3194 ha riconosciuto natura di accordo amministrativo protocollo d'intesa sottoscritto tra la Regione e una Università per lo svolgimento di servizi deputate allo svolgimento di attività scientifico-didattico-assistenziali inscindibilmente connesse con l'attività universitaria sulla base della preventiva analisi dell'esatto contenuto degli accordi che intercorrono tra amministrazioni «atteso che detti accordi possono avere contenuti molto diversi ed essere, prevalentemente, di natura politico istituzionale, che necessitano di successivi molteplici atti per il perseguimento in concreto degli obiettivi comuni indicati».

Sulla questione della natura dei protocolli d'intesa in particolare G.D. FALCON, *Convenzioni ed accordi amministrativi*, cit., 5.

⁴¹⁰ Così B. ARGOLAS – B.G. MATTARELLA, *Attività amministrativa e moduli convenzionali*, in C. FRANCHINI (a cura di) *I contratti di appalto pubblico* in P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, 8, Torino, 2010, 109; la distinzione è ripresa anche da A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 1196 che inquadra gli accordi di cooperazione, insieme agli accordi di coordinamento, nell'ambito dei procedimenti di concertazione, che, assieme ai procedimenti concessori e ai procedimenti contrattuali, costituiscono i procedimenti di tipo consensuale.

⁴¹¹ Sull'esatta delimitazione del concetto di cooperazione e coordinamento, la scienza giuridica ha avuto modo di occuparsi nell'ambito del V Convegno di studi di scienza dell'amministrazione tenutosi a Varenna in data 17-20 settembre 1959. In dottrina tuttavia non sono stati raggiunti orientamenti unanimi: secondo alcuni Autori le nozioni di coordinamento e di collaborazione, pur apparendo simili sul loro piano etimologico, descrivono in realtà due momenti differenti: l'uno descrive una finalità dell'attività, l'altra il modo di essere di questa (BACHELET V., *Coordinamento*, *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 629; M.S. GIANNINI, *Intervento*, in *Coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali*, Milano, 1961, 115).

Secondo altri entrambe le nozioni rappresenterebbero una finalità degli strumenti di riconduzione *ad unitatem* di una pluralità di interessi esternati da più amministrazioni e pertanto non sarebbero distinguibili sul piano giuridico (E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 28-29; F. PUGLIESE, *Fondamento e limiti della collaborazione tra enti territoriali* in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*. Atti del XLII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Tremezzo, 19-21 settembre 1996, Milano, 1997, 466; G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., 94); secondo altri ancora, invece, il coordinamento presupporrebbe una disomogeneità di interessi mentre la cooperazione richiederebbe interessi omogenei (F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati scopo le recenti riforme*, cit., 30). Un'ultima impostazione ritiene configurabile il coordinamento quando l'uniformità dell'azione è imposta dall'ordinamento giuridico mentre la cooperazione quando l'uniformità è raggiunta spontaneamente (così DE LANGLADE, *Intervento*, in *Coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali*, Milano, 1961, 127). Di recente, ha ripreso la distinzione tra coordinamento e collaborazione N. BASSI, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, 2004, 22 nonché P. D'ANGIOLILLO, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, cit., 211-212.

A prescindere dalla possibile distinzione sul piano strutturale delle due nozioni sembra condivisibile sostenere che entrambe costituiscano, più che una tipologia di relazione intersoggettiva, un risultato cui l'attività amministrativa deve tendere. Così F. PIGA, *Coordinamento (principio del)*, *Enc. giur.* X, Roma, 1988, 3 secondo cui «coordinamento non sarebbe un istituto giuridico quanto un principio cioè una regola generale dell'organizzazione della funzione amministrativa e dell'azione pubblica», Ugualmente anche, CG. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., 92 secondo cui «il coordinamento non esiste né come organizzazione né come attività: "Esso è il risultato, un effetto»; nonché F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi* in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di) *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2001, 398 e E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit., 28. La ricostruzione del concetto di coordinamento quale risultato è invero approdo dottrinale abbastanza recente; in passato infatti sul concetto di coordinamento amministrativo in dottrina sono state fornite diverse interpretazioni: da una parte, vi è chi lo ha considerato come una figura inautonoma rientrante nella figura organizzativa della gerarchia (così, R. LUCIFREDI, *Intervento*, in *Coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali*, Milano, 1961, 121); secondo altri (in particolare, V. BACHELET, *Coordinamento*, cit.) il coordinamento si collegherebbe strettamente alla nozione di indirizzo per cui «indirizzando si coordina e coordinando si indirizza»; secondo altri il coordinamento doveva considerarsi, invece, quale figura organizzativa attraverso cui un medesimo disegno operativo viene imposto ad istanze tra loro indipendenti (così M.S. GIANNINI, *Intervento*, in *Coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali*, Milano, 1961, 114).

contrastata da una parte di questa – nel rilievo che entrambi i concetti inibirebbero una medesima funzione di composizione degli interessi delle amministrazioni paritarie, dando luogo ad una forma di cd. auto-coordinamento spontaneo⁴¹².

In quest'ottica, unico elemento di discriminazione tra le due nozioni sembrerebbe potersi ravvisare nella diversa modulazione del grado di libertà lasciato alle amministrazioni contraenti.

I contratti di cooperazione sembrerebbero, infatti, caratterizzarsi per una maggiore libertà riguardo all'*an* ed al *quomodo* che incide sul contenuto dell'accordo. Le amministrazioni coinvolte addivengono in modo del tutto spontaneo all'accordo vincolante, avente ad oggetto le modalità di svolgimento congiunto della attività rispetto alla quale sussistono interessi comuni e coincidenti; così danno luogo ad «un livello più elevato di integrazione, caratterizzato essenzialmente dalla necessità che i partecipanti assumano impegni positivi volti ad assicurare le controparti circa il loro comportamento futuro e dalla istituzione di meccanismi stabiliti di confronto dialettico e di controllo nonché di materiale scambio fra loro di utilità di comune interesse⁴¹³».

In breve, l'accordo di cooperazione troverebbe luogo ogni qualvolta le amministrazioni pubbliche sono in grado di eseguire una data funzione autonomamente ma, per ragioni di efficienza ed economicità, decidono liberamente di eseguirla insieme. D'altra parte lo stesso art. 15 L. 241/90 afferma che tali accordi trovano luogo «anche al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 14», che come noto disciplina la conferenza di servizio obbligatoria, sottolineando quindi la libera operatività *ex lege*.

Diversamente, i contratti di coordinamento si caratterizzerebbero per una minore libertà riguardo all'*an*, nonché al *quomodo* che incide chiaramente sul contenuto dell'accordo.

In questi casi, infatti, le amministrazioni addivengono certamente ad una scelta consensuale nell'ambito di un procedimento amministrativo, ma ciò per attuare politiche che implicano, a monte, l'adozione di scelte programmatiche che coinvolgono una pluralità di interessi diversi. L'accordo, in tali fattispecie, acquista un valore prioritariamente semplificatorio e acceleratorio in quanto permette di abbreviare i tempi di procedimenti portati

Da ultimo, ripercorre l'evoluzione del concetto di coordinamento F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012.

⁴¹² Cfr E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit., 118 che ritiene che coordinamento e cooperazione siano «due facce della stessa medaglia rappresentando entrambe un modo di riduzione equiordinata ad unità di pluralità di centri di poteri»; nello stesso senso. N. BASSI, *Gli accordi di programma. I^a parte*, cit., 636; G.D. COMPARTI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit. 141.

⁴¹³ N. BASSI, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, cit., 22.

avanti dalle singole pubbliche amministrazioni: in queste ipotesi verrebbe a determinarsi «solamente la condivisione, da parte dei soggetti interessati, di determinati *standards* comuni, i quali una volta introdotti opererebbero autonomamente, in virtù del semplice fatto della loro introduzione e della convenienza per tutti di rispettarli allo scopo di evitare le conseguenze negative di un comportamento non coordinato⁴¹⁴».

In sostanza, la sottoscrizione dell'accordo di coordinamento, pur se spontaneo, appare piuttosto indotto dalle circostanze del caso, dando luogo ad un «coordinamento dinamico dell'esercizio singolare di potestà pubbliche⁴¹⁵».

Nonostante tale differenziazione risulti molto sottile e non da tutti condivisa, essa appare utile per ordinare in categorie giuridiche unitarie le diverse e variegate discipline di settore che hanno preceduto la categoria degli accordi organizzativi *ex art. 15 L. 241/90*.

Di seguito, pertanto, si analizzeranno le tipologie contrattuali principali.

2.2.a Gli accordi di programma *ex art. 34 TUEL*⁴¹⁶.

⁴¹⁴ N. BASSI, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, 2004, 22. Nello stesso senso, F. MONNI, *Gli accordi tra le pubbliche amministrazioni con particolare riguardo all'ordinamento degli enti locali*, Lexitalia, 2003.

⁴¹⁵ G. DI GASPARE, *Accordi di programma*, in *Le Regioni*, 1988, 290.

⁴¹⁶ Art. 34 TUEL: «1. Per la definizione e l'attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento che richiedono, per la loro completa realizzazione, l'azione integrata e coordinata di comuni, di province e regioni, di amministrazioni statali e di altri soggetti pubblici, o comunque di due o più tra i soggetti predetti, il presidente della regione o il presidente della provincia o il sindaco, in relazione alla competenza primaria o prevalente sull'opera o sugli interventi o sui programmi di intervento, promuove la conclusione di un accordo di programma, anche su richiesta di uno o più dei soggetti interessati, per assicurare il coordinamento delle azioni e per determinarne i tempi, le modalità, il finanziamento ed ogni altro connesso adempimento. 2. L'accordo può prevedere altresì procedimenti di arbitrato, nonché interventi surrogatori di eventuali inadempienze dei soggetti partecipanti. 3. Per verificare la possibilità di concordare l'accordo di programma, il presidente della regione o il presidente della provincia o il sindaco convoca una conferenza tra i rappresentanti di tutte le amministrazioni interessate. 4. L'accordo, consistente nel consenso unanime del presidente della regione, del presidente della provincia, dei sindaci e delle altre amministrazioni interessate, è approvato con atto formale del presidente della regione o del presidente della provincia o del sindaco ed è pubblicato nel bollettino ufficiale della regione. L'accordo, qualora adottato con decreto del presidente della regione, produce gli effetti della intesa di cui all'articolo 81 del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, determinando le eventuali e conseguenti variazioni degli strumenti urbanistici e sostituendo le

Il primo esempio di accordi di coordinamento è quello disciplinato all'art. 34 del DLgs 267/01 (cd. TUEL)⁴¹⁷: i cd. accordi di programma⁴¹⁸.

concessioni edilizie, sempre che vi sia l'assenso del comune interessato. 5. Ove l'accordo comporti variazione degli strumenti urbanistici, l'adesione del sindaco allo stesso deve essere ratificata dal consiglio comunale entro trenta giorni a pena di decadenza. 6. Per l'approvazione di progetti di opere pubbliche comprese nei programmi dell'amministrazione e per le quali siano immediatamente utilizzabili i relativi finanziamenti si procede a norma dei precedenti commi. L'approvazione dell'accordo di programma comporta la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza delle medesime opere; tale dichiarazione cessa di avere efficacia se le opere non hanno avuto inizio entro tre anni. 7. La vigilanza sull'esecuzione dell'accordo di programma e gli eventuali interventi sostitutivi sono svolti da un collegio presieduto dal presidente della regione o dal presidente della provincia o dal sindaco e composto da rappresentanti degli enti locali interessati, nonché dal commissario del Governo nella regione o dal prefetto nella provincia interessata se all'accordo partecipano amministrazioni statali o enti pubblici nazionali. 8. Allorché l'intervento o il programma di intervento comporti il concorso di due o più regioni finitime, la conclusione dell'accordo di programma è promossa dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, a cui spetta convocare la conferenza di cui al comma 3. Il collegio di vigilanza di cui al comma 7 è in tal caso presieduto da un rappresentante della Presidenza del Consiglio dei ministri ed è composto dai rappresentanti di tutte le regioni che hanno partecipato all'accordo. La Presidenza del Consiglio dei ministri esercita le funzioni attribuite dal comma 7 al commissario del Governo ed al prefetto»

⁴¹⁷ Gli accordi di programma vengono per la prima volta disciplinati all'art. 27 L. 142/90 sul modello dei *contrats de plan* francesi. La legislazione speciale prevede differenti tipologie di accordi di programma in materia di programmazione e realizzazione di opere tanto che gli accordi disciplinati nel TUEL vengono, relativamente alle disposizioni di settore, considerati generali (così E. CASSETTA, cit., 596 ss.).

Appartengono alla categoria ad esempio gli accordi ai sensi dell'art. 8 L. 22 dicembre 1984 n. 887 sul trasporto integrato nelle aree metropolitane; ex art. 25 L. 17 maggio 1985 n. 210 sugli accordi dell'Ente ferrovie; ai sensi dell'art. 7 L. 1 marzo 1986 n. 64 sugli accordi relativi all'intervento straordinario nel Mezzogiorno; ex art. 17 L. 67/1988 per la realizzazione del programma di difesa idrogeologica del bacino Flumendosa; ex art. 1 L. 28 marzo 1988 n. 99 in materia di opere pubbliche e personale negli enti locali in Sicilia; ex art. 1 L. 5 maggio 1989 n. 160 in materia di trasporti e concessioni marittime; ex art. 4 co. 2 L. 28 agosto 1989 n. 305 in materia di programmazione triennale per la tutela dell'ambiente; ex art. 3 co. 3 L. 9 maggio 1989 n. 168 relativo ad accordi relativi alla ricerca scientifica; ex art. 3 L. 29 novembre 1990 n. 380; d.l. 31 gennaio 1995 n. 26 in punto di accordi nell'ambito degli strumenti di programmazione del sistema universitario. Sui problemi di gestione e coordinamento di tali strumenti G. DI GASPARE, *L'accordo di programma* cit., 278 ss.

La letteratura sugli accordi di programma è oggi molto vasta. Si segnalano S. AMOROSINO, *Gli accordi di programma*, in AA.VV., *I modelli di organizzazione regionale. Atti del Convegno Formez*, Milano, 1985; S. CASSESE, *Le intese e gli*

Tali accordi costituiscono lo strumento giuridico con cui si assicura «il coordinamento delle azioni di più amministrazioni e si determinano i tempi, le modalità, il finanziamento ed ogni altro connesso adempimento allo scopo di definire e attuare opere, interventi o programmi di intervento che richiedono, per la loro completa realizzazione, l'azione integrata e coordinata di soggetti pubblici⁴¹⁹»: sono ipotesi in cui le amministrazioni, per svolgere una determinata azione, sono di fatto obbligate a prevenire ad un accordo. Finalità essenziale di esso è dunque quella di programmare la futura azione delle amministrazioni coinvolte, ancor prima di organizzare lo svolgimento delle funzioni: questa è, senz'altro, la ragione per cui tale accordo è considerato come una particolare ipotesi di accordo organizzativo⁴²⁰.

accordi di programma in AA.VV., *L'ente ferrovie dello Stato. Le forniture, gli appalti, i contratti alla luce della normativa introdotta dalla L. 17 maggio 1985*, Rimini, 1986; G. CORSO, *Gli accordi di programma* in A. MASUCCI (a cura di) *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, 1988; G. DI GASPARE, *L'accordo di programma*, cit., 13; L. TORCHIA, *Gli accordi di programma tra regioni e enti locali*, in *Regioni e governo locale*, 1990; G. GRECO, *Accordi di programma in Il diritto dell'economia*, Milano, 1990; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit.; R. FERRARA, *Gli accordi di programma. Poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, cit.; ID. *L'accordo... e gli accordi di programma. Spunti sulla c.d. amministrazione consensuale* cit.; A. TRAVI, *Forme di cooperazione interlocale*, cit.; S. CIMINI, *La concertazione amministrativa: note sugli accordi di programma*, in *Il diritto della Regione* 4/5 1999; V. PEDACI, *Metodologie di coordinamento amministrativo: accordi tra amministrazioni e accordi di programma*, in *L'amministrazione italiana*, 1999; ID., *Pluralismo organizzativo e mezzi di coordinamento: note sugli accordi tra amministrazioni e su quelli di programma*, in *Riv. amm. rep. it.*, 4, 1999; N. BASSI, *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di esperienza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte*, cit.; F. MONNI, *Le convenzioni e gli accordi di programma degli Enti locali: i modelli ideal-tipici della legislazione statale*, in *Regioni e comunità locali*, 1/2 2004; A. SAVATTERI, *Articolo 34* in R. CAVALLO PERIN – A. ROMANO (a cura di) *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006; S. VALAGUZZA, *L'accordo di programma: peculiarità del moello e impiego delle norme*, in *Dir. Amm.* 2/2010, 395 ss.

⁴¹⁸ F. MONNI, *Gli accordi tra le pubbliche amministrazioni con particolare riguardo all'ordinamento degli enti locali*, cit.

⁴¹⁹ A. SAVATTERI, *Articolo 34*, cit., 200.

⁴²⁰ Così Cons. Stato, Ad. gen., 19 febbraio 1987 n. 7 secondo cui gli accordi di programma sono da considerarsi accordi organizzativi in quanto «[...] ciascuna amministrazione autolimita [...] la propria discrezionalità in vista di ottenere che la sua competenza si sviluppi in armonia con quelle parallele».

Evidenziano il carattere organizzativo bilaterale di tali accordi E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit. 96, nonché R. FERRARA, *Gli accordi di programma*, cit. 97 ss il quale tuttavia sottolinea la specificità dello strumento rispetto a quello ai sensi dell'art. 15 L.

A ciò si aggiunga che, se è pur è vero che si tratta di uno strumento di coordinamento tra amministrazioni paritarie che porta all'adozione di un atto negoziale, frutto della concorde volontà di tutti i pubblici poteri coinvolti, non può non rilevarsi come la disposizione dell'art. 34 TUEL sia costruita in termini fortemente prescrittivi, imponendo regole e principi alle amministrazioni stipulanti⁴²¹ e quindi, di fatto, limitando la discrezionalità delle amministrazioni in ordine alla formazione dell'accordo: basterà ad esempio evidenziare il fatto che per pervenire all'accordo è necessario seguire una particolare fase procedimentalizzata e che, nonostante le amministrazioni siano tra loro equiordinate, è comunque possibile individuare un'amministrazione dotata di "competenza primaria o prevalente" all'interno del procedimento.

Altra funzione fondamentale degli accordi di programma è poi quella di essere uno strumento di semplificazione dell'azione amministrativa in quanto permettono di pervenire «alla rapida conclusione di molteplici procedimenti indispensabili per la ponderazione di interessi pubblici concorrenti⁴²²».

Proprio in considerazione della doppia funzione rivestita dagli accordi di programma, accanto ad un primo filone interpretativo, prevalente in dottrina e giurisprudenza⁴²³, che li considera come una *species* degli accordi ex

241/90 in quanto prevede «un sistema di coordinamento organizzativo proiettato al di fuori di un mero rapporto collaborativo fra enti pubblici e strettamente strumentale alla concreta e pragmatica attuazione di un intervento dotato di immediata evidenza esterna. Ciò varrebbe agli accordi di programma il carattere «direzionale» piuttosto che «più schiettamente consensuale».

⁴²¹ L. TORCHIA, *Gli accordi di programma tra regioni e enti locali*, in *Regioni e governo locale*, 1990, 220; G.D. FALCON, *Il coordinamento regionale degli enti locali. Gli strumenti consensuali*, in *Regione e governo locale*, 1990, 213 ss.

⁴²² TAR Lazio Sez. I 20 gennaio 1995 n. 62; Cons. Stato, Sez. IV, 1 agosto 2001 n. 4206.

⁴²³ In giurisprudenza TAR Puglia, Bari, Sez. I 4 giugno 2013 n. 899; TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 30 aprile 2010 n. 1635; TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 22 giugno 2009 n. 4095; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 14 gennaio 2009 n. 90; Cass. civ., SS.UU., 13 luglio 2006 n. 15893; Cass. civ., SS.UU. 14 giugno 2005 n. 12725; Cons. St., Sez. VI, 5 gennaio 2001 n. 25; Corte Conti, Sez. contr. 10 aprile 2000 n. 30; TAR Liguria, Sez. I, 29 gennaio 2001 n. 52; Cass. civ., SS.UU., 2 marzo 2001 n. 87; TAR Abruzzo, 20 novembre 2001 n. 679; Corte conti, Sez. contr., 6 novembre 1998 n. 119; TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 11 agosto 1995 n. 458.

Contrariamente, soprattutto in riferimento alla giurisdizione TAR Sicilia, Sez. II, 20 maggio 2003 n. 850.

In dottrina, l'orientamento che considera gli accordi una tipologia dell'art. 15 L. 241/90, si contrappone a quello che li qualifica come contratti di diritto pubblico (G. GRECO, *Accordi di programma in Il diritto dell'economia*, Milano,

art. 15 L. 241/90, un secondo orientamento insiste per configurare gli accordi come un modello procedimentale peculiare tipizzato dalla legge⁴²⁴.

2.2.b Le intese istituzionali di programma ex art 2 co. 203 lett.

b) L. 662/1996⁴²⁵.

L'intesa istituzionale di programma ex art. 2 co. 203 lett. b) L. 662/1996 costituisce⁴²⁶, invece, l'unico strumento della categoria della programmazione negoziata riconducibile agli accordi di cooperazione tra amministrazioni in quanto⁴²⁷, essendo «il livello più alto di programmazione», i privati ne sono direttamente esclusi⁴²⁸.

1990; E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, *Enc. dir.*, agg V, Milano, 2001, 30) e a quello che li considera contratti di diritto comune (così, G.D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996, 321; G. DI GASPARE *Accordi di programma*, cit., 289 ss). Vi è poi chi li qualifica come figure ibride (N. BASSI, *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di esperienza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte*, 645; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit).

⁴²⁴ R. FERRARA, *Gli accordi di programma. Poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, cit., 138 ss. secondo cui accordi di programma come «procedimenti speciali fortemente tipizzati ai quali si applicano le regole fondative proprie ed originarie il cui punto di approdo è costituito da un atto amministrativo in cui risulta trasfuso il regolamento negoziale»; nello stesso senso, F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2001, 1738. Contra, V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001, 498.

⁴²⁵ Art. 2 co. 203 lett. b) L. 662/1996: "*Intesa istituzionale di programma*", come tale intendendosi l'accordo tra amministrazione centrale, regionale o delle province autonome con cui tali soggetti si impegnano a collaborare sulla base di una ricognizione programmatica delle risorse finanziarie disponibili, dei soggetti interessati e delle procedure amministrative occorrenti, per la realizzazione di un piano pluriennale di interventi d'interesse comune o funzionalmente collegati».

⁴²⁶ Sugli accordi di programmazione negoziata l'elaborazione dottrinale è meno ampia. Si segnalano comunque F.G. COCA, *Accordi e semplificazione*, in *Nuove autonomie*, 3-4/2008, 566; P. D'ANGIOLILLO, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, cit., 287 ss; G.D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, cit., 245

⁴²⁷ Riconduce tale categoria agli accordi di coordinamento anche F. MONNI, *Gli accordi tra le pubbliche amministrazioni con particolare riguardo all'ordinamento degli enti locali*, cit.

⁴²⁸ Così la delibera 20 novembre 1995 «*Criteri ed indirizzi per il coordinamento, nelle aree depresse, degli investimenti pubblici oggetto delle singole forme di programmazione negoziata: intese, accordi, contratti, patti, previste dall'art. 1 della legge 7 aprile 1995 n. 104 e dall'art. 8 agosto 1995 n. 341*».

La disciplina originaria era contenuta all'art. 1 L. 104/1995: l'assenza di una normativa chiara tuttavia aveva portato a considerare tali accordi alla stregua di

Esso costituisce lo strumento di base della «macro *governance* istituzionale⁴²⁹» tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano attraverso cui questi enti s'impegnano a collaborare, sulla base di una ricognizione delle risorse finanziarie disponibili, per la realizzazione di un piano pluriennale di interventi d'interesse comune o funzionalmente collegati pianificando gli obiettivi di ciascuno sulla base dei caratteri del territorio e della condizione socio-economica reale.

Gli accordi in oggetto fungono da presupposti per l'adozione di successivi accordi generali di programma con i privati interessati; è proprio però la partecipazione dei privati al procedimento che impedisce di qualificare queste intese come accordi interamministrativi⁴³⁰.

2.2.c Gli accordi ex artt. 4 co. 1 e 8 dlgs 281/1997 e le intese regionali ex art. 8 D.P.R. 616/77.

Rientrano poi nell'ambito degli accordi di coordinamento le ipotesi di convenzioni stipulate nell'ambito delle Conferenze Stato-Regioni ai sensi dell'art. 4 D.Lgs. 281/97, Stato-Città ed autonomie locali o conferenza Unificata⁴³¹ (art. 8 e ss)⁴³².

patti di natura politica non idonei a generare vincoli di natura giuridica. La disciplina attuale è stata poi integrata dalla delibera CIPE 21 marzo 1997 n. 29 «disciplina della programmazione negoziata» pubblicata in G.U. 8 maggio 1997 n. 105.

⁴²⁹ G. DI GASPARE, *Gli strumenti negoziali della governance esterna e della governance istituzionale* in www.amministrazioneincammino.it, 31.

⁴³⁰ Rientrano ad esempio nella categoria della programmazione negoziata non riconducibile all'art. 15 L. 241/90 il cd. patto territoriale, il contratto d'area, il contratto di programma, il contratto di filiera, il contratto di localizzazione

⁴³¹ Le conferenze sono considerate organi di cooperazione e mediazione sul piano eminentemente politico. Si esprimono per "corpi" ma in ogni caso è necessario l'assenso del Governo nonché quello dei rappresentanti degli altri enti territoriali partecipanti. L'assenso è generalmente espresso all'unanimità ma ove non raggiunto può essere espresso anche a maggioranza (cfr. artt. 2 co. 2 e 9 co. 4 D.lgs. 281/97).

⁴³² Art. 4: «*Il Governo, regioni e province autonome di Trento e di Bolzano, in attuazione del principio di leale collaborazione e nel perseguimento di obiettivi di funzionalità, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa, possono concludere in sede di Conferenza Stato - regioni accordi, al fine di coordinare l'esercizio delle rispettive competenze e svolgere attività di interesse comune. 2. Gli accordi si perfezionano con l'espressione dell'assenso del Governo e dei Presidenti delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano*»;

Art. 8: «*1. La Conferenza Stato - città ed autonomie locali e' unificata per le materie ed i compiti di interesse comune delle regioni, delle province, dei comuni e delle comunità montane, con la Conferenza Stato - regioni. 2. La Conferenza Stato - città ed autonomie locali e' presieduta dal Presidente del Consiglio dei Ministri o, per sua delega, dal Ministro dell'interno o dal Ministro per gli affari regionali;*

Il ricorso a tali convenzioni si ha qualora risulti necessario «armonizzare le rispettive legislazioni o il raggiungimento di posizioni unitarie o il conseguimento di obiettivi comuni»⁴³³; l'accordo è raggiunto all'unanimità e non è possibile superare l'eventuale dissenso.

Diversamente, proprio per il fatto che il legislatore ha previsto uno strumento per superare il dissenso, non possono essere ricondotte alla categoria ex art. 15 L. 241/90 le intese adottate nell'ambito della Conferenza Stato-Regioni ex art. 3 L. 281/1997.

Costituisce invece l'ipotesi più risalente di accordo interamministrativo di cooperazione tra pubblici poteri l'intesa regionale disciplinata all'art. 8 del D.P.R. 24 luglio 1977 n. 616⁴³⁴. La disposizione prevede che due o più regioni spontaneamente si accordino mediante intese per la gestione «delle attività e dei servizi che interessano territori finitimi».

2.2.e Le convenzioni ex art. 30 TUEL.

Devono essere ricomprese nella categoria degli accordi di cooperazione anche le cd. convenzioni⁴³⁵ disciplinate all'art. 30 TUEL (ex art. 24 L. 142/90).

ne fanno parte altresì il Ministro del tesoro e del bilancio e della programmazione economica, il Ministro delle finanze, il Ministro dei lavori pubblici, il Ministro della sanità, il presidente dell'Associazione nazionale dei comuni d'Italia - ANCI, il presidente dell'Unione province d'Italia - UPI ed il presidente dell'Unione nazionale comuni, comunità ed enti montani - UNCEM. Ne fanno parte inoltre quattordici sindaci designati dall'ANCI e sei presidenti di provincia designati dall'UPI. Dei quattordici sindaci designati dall'ANCI cinque rappresentano le città individuate dall'articolo 17 della legge 8 giugno 1990, n. 142. Alle riunioni possono essere invitati altri membri del Governo, nonché rappresentanti di amministrazioni statali, locali o di enti pubblici. 3. La Conferenza Stato - città ed autonomie locali e' convocata almeno ogni tre mesi, e comunque in tutti i casi il presidente ne ravvisi la necessità o qualora ne faccia richiesta il presidente dell'ANCI, dell'UPI o dell'UNCEM. 4. La Conferenza unificata di cui al comma 1 e' convocata dal Presidente del Consiglio dei Ministri. Le sedute sono presiedute dal Presidente del Consiglio dei Ministri o, su sua delega, dal Ministro per gli affari regionali o, se tale incarico non e' conferito, dal Ministro dell'interno».

⁴³³ La giurisprudenza ha infatti escluso che si tratti di atti meramente politici: sul punto, Corte Cost. 31 marzo 1994 n. 116; TAR Lazio, Roma, 1 agosto 2005 n. 6068; Corte Cost., 1 febbraio 2006 n. 31; Corte Cost. 21 marzo 2007 n. 98; **Corte Cost., 18 aprile 2008 n. 105**; Cons. St., sez. V, 7 ottobre 2009 n. 6167.

⁴³⁴ Sul punto, R. FERRARA *Gli accordi di programma* cit., 32 ss.

⁴³⁵ Così come per gli accordi di programma, anche le convenzioni costituiscono una ampia categoria nell'ambito della legislazione speciale di cui l'art. 30 TUEL costituisce solamente una disposizione a carattere generale: ad es. si veda l'art. 5 D.P.R. 902/1986; l'art. 9 co. 3 L. 5 gennaio 1994 n. 36 per la realizzazione del servizio idrico integrato; l'art. 10 D.P.R. 465/1997 sulla costituzione di uffici comuni di segreteria.

Queste convenzioni sono, infatti, il risultato spontaneo dell'accordo di due o più amministrazioni – espressione, dunque, della loro autonoma determinazione⁴³⁶ – circa lo svolgimento in modo congiunto «di funzioni e servizi determinati» cui, in linea di principio, queste avrebbero potuto provvedere autonomamente⁴³⁷.

La convenzione costituisce senz'altro la forma più semplice di cooperazione tra enti locali in quanto non porta alla creazione di un nuovo soggetto giuridico come nel caso del consorzio o dell'unione dei comuni⁴³⁸: in realtà, il fondamento giuridico di queste forme di cooperazione è sempre una convenzione tanto che è forse possibile distinguere gli accordi di cooperazione deboli – per indicare forme contrattuali di cooperazione – e accordi di cooperazione forti – per indicare forme istituzionalizzate di cooperazione.

Proprio al fine di valorizzarne la funzione organizzativa la convenzione presenta un profilo teleologico fortemente definito che trova fondamento nella predeterminazione legislativa dei suoi contenuti essenziali: le parti devono indicare infatti i fini, la durata del rapporto, le forme di consultazione degli enti contraenti nonché i loro rapporti finanziari, gli obblighi e le garanzie reciproche.

L'art. 30 TUEL dispone che oggetto dell'accordo siano «funzioni e servizi»: tale locuzione porta agevolmente a ricomprendervi non solo le funzioni amministrative in senso stretto ma anche i servizi pubblici locali, economici e non, rientranti nell'ambito delle rispettive attribuzioni delle amministrazioni coinvolte. Senonché le ultime riforme legislative e la giurisprudenza amministrativa escludono l'operatività di tali forme di coopera-

La dottrina in materia è molto ampia. Si rinvia, *ex multis*, A. TRAVI, *Forme di cooperazione interlocale*, cit., 673; F. MONNI, *Le convenzioni e gli accordi di programma degli Enti locali: i modelli ideal-tipici della legislazione statale*, cit.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Articolo 30* in R. CAVALLO PERIN – A. ROMANO (a cura di) *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, 177 ss.

⁴³⁶ Secondo A. TRAVI, *Forme di cooperazione interlocale*, cit., 679 la finalità dell'istituto poggerebbe sul ruolo esclusivo attribuito alla volontà degli enti locali.

⁴³⁷ F. MONNI, *Le convenzioni e gli accordi di programma degli Enti locali*. *Cit.*, 23.

⁴³⁸ La giurisprudenza ritiene che alla base dell'istituto del consorzio vi sia proprio una convenzione sussumibile nel *genus ex art. 15 L. 241/90*: si tratterebbe di una forma di “collaborazione contrattuale strutturata” (così TAR Campania sez. 1 dicembre 2005 n. 2496).

In giurisprudenza si vedano Cons. St. Sez. V, 8 ottobre 2008 n. 4952; TAR Lombardia Brescia Sez. I, 2 agosto 2007 n. 721; TAR Campania, Salerno, Sez. I, 1° dicembre 2005 n. 2496; TAR Lombardia, Brescia, 11 aprile 2005 n. 303; TAR Campania, Salerno, Sez. I, 01 dicembre 2005, n. 2496; TAR Lombardia Milano Sez. I, 08 novembre 2004, n. 5620; Cons. Stato, Sez. VI, 4 giugno 2004 n. 349; Cons. Stato sez. VI 07 febbraio 2002 n. 699. Contra TAR Marche, Sez. I 30 giugno 2006 n. 506.

zione in materia di servizi pubblici locali a rilievo economico: e ciò in quanto, da un lato, il legislatore nazionale ha previsto i servizi pubblici di natura economica debbano essere svolti mediante società per azioni in house o miste (art. 113 TUEL); dall'altro perché, essendo i servizi pubblici locali oggetto di un disciplina specifica ex art. 113 TUEL e non prevedendo tale articolo la gestione mediante convenzione, tale strumento può essere utilizzato quale fonte di disciplina delle modalità di gestione, ma non come una modalità di gestione⁴³⁹.

Quanto precede permette di concludere che, lungi dal ritenere di avere fornito un'elencazione esaustiva delle fattispecie negoziali che vengono suscitate dagli accordi organizzativi tra pubblici potere⁴⁴⁰, le convenzioni ex

⁴³⁹ Sul punto, TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 17 luglio 2006 n. 1837, confermata anche da Cons. St., Sez. V, 28 dicembre 2007 n. 6736.

⁴⁴⁰ R. FERRARA, Art. 15. *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M.A. SANDULLI (a cura), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 677 che parla di categoria «magmatica e caotica».

L'elencazione svolta si sofferma solo sulle ipotesi più importanti degli accordi di cooperazione e coordinamento nella legislazione speciale. Si è consci del fatto che la diversità e pluralità delle differenti fattispecie sussumibili in questa categoria non ne permettono una trattazione esaustiva. Ad esempio, una recente giurisprudenza (CGA, Sez. giur. ord. 12 settembre 2014, n. 534; TAR Campania, Napoli Sez. I, 24 settembre 2009, n. 5058; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 3 agosto 2006 n. 7849; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 30 giugno 2006 n. 7223) ha ricompreso nella categoria degli accordi ex art. 15 L. 241/90 anche i cd. protocolli di legalità in materia di appalti che coinvolgono il Prefetto, la stazione appaltante, il contraente generale e gli operatori della filiera dell'opera pubblica «per la prevenzione, il controllo ed il contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa, nonché per la verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro» (così Avcp, determinazione 10 ottobre 2012 n. 4). Diversamente altro orientamento CGA, 19 dicembre 2008, n. 1100 considera tali patti come «atti politici di indirizzo non vincolanti le Amministrazioni nell'esercizio della loro attività amministrativa». Il dibattito circa la natura di tali accordi non risulta sopito nemmeno a seguito dell'introduzione dell'art. 1 co. 17 L. 6 novembre 2012 n. 190.

Andrebbero, inoltre, inseriti nella categoria degli accordi anche le convenzioni di cooperazione sottoscritte tra comuni e province ex art. 9 L. 5 gennaio 1994 n. 36: così TAR Lazio, Latina, Sez. I, 25 luglio 2012 n. 600.

Recentemente, C. PIO SANTACROCE, *Accordi tra pubbliche amministrazioni e atti amministrativi complessi nella copianificazione per la tutela del paesaggio*, *Riv. giur. urb.* 3/2012, 601 ha evidenziato che a seguito del II correttivo introdotto dal d.lgs. 63/08, all'art. 143 co. 2 d.lgs. 42/04 (Codice dei beni culturali e del paesaggio) è stata introdotta una nuova fattispecie di accordi ex art. 15 L. 241/90. Il correttivo ha infatti previsto la necessaria collaborazione tra Stato e Regioni nell'esercizio del potere di pianificazione paesaggistica imponendo una preventiva intesa per la definizione delle modalità di elaborazione del piano, senz'altro sussumibile nella categoria degli accordi organizzativi, e un accordo sul contenuto del piano. Secondo l'Autore tale accordo quando riguardi tutto il territorio

art. 30 del TUEL sono quelle che, per struttura e per ambito di applicazione, richiamano maggiormente la disciplina generale ex art. 15 L. 241/90⁴⁴¹: come si avrà occasione di evidenziare più avanti, tutte le osservazioni che verranno svolte relativamente all'art. 15 L. 241/90 – in punto di struttura dell'accordo, suo ambito applicativo oggettivo e soggettivo, sua natura giuridica – dovranno considerarsi valide anche per le convenzioni stipulate dalle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 30 TUEL.

Come si avrà modo di evidenziare più avanti, le novità raggiunte a livello europeo avranno incidenza proprio in riferimento agli accordi di cooperazione (art. 30 TUEL e art. 15 L. 241/90) in quanto, questa tipologia di accordi si caratterizza per una piena libertà circa l'*an* e il *quomodo* dell'accordo in capo alle amministrazioni più facilmente utilizzabile per fini elusivi delle regole del libero mercato.

3. Gli accordi di cooperazione nella legge sul procedimento amministrativo.

Appare pertanto a questo punto necessario soffermarsi sull'analisi degli accordi ex art. 15 L. 241/90 per delimitarne i caratteri essenziali e procedere all'analisi dei profili teorici della cooperazione contrattuale interamministrativa alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Come si è avuto modo di evidenziare precedentemente, gli accordi di cooperazione e di coordinamento presenti nelle leggi speciali vengono generalmente ricondotti nell'ambito della disposizione generale contenuta all'art. 15 L. 241/90.

Tale disposizione generale, come si è detto, è intervenuta, nell'ordinamento nazionale, solo dopo le diverse discipline di settore⁴⁴². Ciò non ha

regionale dovrebbe avere valenza di accordo ai sensi dell'art. 15 L. 241/90 caratterizzandosi per l'incontro del tutto volontario e paritario tra Stato e Regione; diversamente quando riguarda solo i beni paesaggistici dovrebbe essere ricondotto alla categoria degli atti amministrativi pluristrutturati essendo il risultato di un atto necessitato *ex lege*.

⁴⁴¹ Accomuna i due istituti in ragione della medesima esigenza di collaborazione, G. PERICU- M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in MAZZAROLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 1684.

⁴⁴² L'art. 15 L. 241/90 è il risultato degli emendamenti legislative posti in essere dagli uffici legislativi della Presidenza del Consiglio del disegno di legge della Commissione Nigro (pubblicato in *Quad. reg.* 1984, 1339) ed in particolare degli artt. 6 e 7. Nel documento originario erano stati, infatti, raggruppati in un'unica norma, in particolare l'art. 6, tutti i tipi di accordo ad oggetto pubblico suddividendoli in a) procedimentali; b) normativi; c) organizzativi; d) sostitutivi di provvedimenti sanzionatori. All'art. 7 era stato, invece, tracciato un regime giuridico comune a tutte le fattispecie. Ancor prima di essere inviata al Consiglio di Stato in sede consultiva, questa bozza di legge fu però oggetto di una serie di emendamenti. Le modifiche non furono di poco momento e riguardarono

inciso sulla sua struttura di norma in bianco capace di «disciplinare una categoria multipla, polivalente e a contenuto aperto⁴⁴³», essendo chiaro che esiste un rapporto di genere a *species* con tutte le fattispecie organizzative – di coordinamento o cooperazione negoziale – tra pubblici poteri finora analizzate, volte a completare eventuali lacune delle loro discipline normative⁴⁴⁴.

3.1 La funzione.

L'art. 15 L. 241/90 ammette che «anche al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 14 della medesima legge, le amministrazioni pubbliche possano sempre concludere tra loro accordi (*ndr.* organizzativi) per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune».

Rispetto a quelli previsti dalle normative di settore (fatta eccezione per le convenzioni) si evince subito come tali accordi si caratterizzino per «una straordinaria misura di libertà⁴⁴⁵» lasciata alle amministrazioni «in ordine all'*an*, nel senso che la loro conclusione è rimessa alla loro valutazione discrezionale, e nel *quomodo* nel senso che possono assumere qualunque contenuto, anche quelli meno tradizionali, per i rapporti tra apparati pubblici⁴⁴⁶».

Sono proprio questi caratteri – e cioè la effettiva libertà nell'*an* e nel *quomodo* – che permettono di ritenere che l'art. 15 L. 241/90 attribuisca alle amministrazioni il potere di addivenire sempre, e cioè tutte le volte che lo reputino necessario, ad accordi organizzativi di cooperazione. È però necessario precisare quanto segue: tali strumenti organizzativi hanno, senz'altro, una natura atipica⁴⁴⁷ da cui discende la loro flessibilità ed adattabilità ad

soprattutto l'introduzione della “consensualità” dell'azione amministrativa: in particolare venne eliminato ogni riferimento al principio di contrattualità quale principio generale della legge e furono anche ridotte la fattispecie consensuali ai soli accordi procedurali e organizzativi.

⁴⁴³ G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit. 141.

⁴⁴⁴ G.D. COMPORI, op. ult. cit. 144.

⁴⁴⁵ G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit. 142-143.

⁴⁴⁶ G.D. COMPORI, op. ult. cit. 142.

⁴⁴⁷ Aderendo all'impostazione che considera il coordinamento e la cooperazione come principi organizzatori dell'attività amministrativa corollario del buon andamento (art. 97 Cost.), si comprende come l'accordo ex art. 15 L. 241/90 acquisti la valenza proprio di strumento organizzativo mediante cui perseguire il coordinamento e la cooperazione, che sotto il profilo strutturale appaiono essere «due facce della stessa medaglia rappresentando un modo di riduzione equoordinata ad unità». Sul punto E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit., 28. Riprendendo il pensiero di G. BERTI, *Dalla unilateralità alla consensualità nell'azione amministrativa* cit., 39 ss, l'accordo è non solo uno strumento di autoorganizzazione dei compiti mediante il quale si disciplinano le modalità di svolgimento dell'attività amministrativa ma anche strumento ordinario e alternativo di normazione sull'amministrazione in quanto

ogni circostanza concreta, pur in mancanza di una disposizione specifica; ma deve risultare chiaro che atipico non è il potere esercitato dalle amministrazioni, che permane funzionalizzato alla cura del pubblico interesse predeterminato *ex lege*; atipico è solamente lo strumento utilizzato per manifestare tale potere⁴⁴⁸.

3.2 La natura giuridica.

Dibattuta, in dottrina ed in giurisprudenza, è la natura giuridica degli accordi di cooperazione.

La questione, come si comprende, è di non poco momento in quanto a seconda dell'impostazione che viene accolta muta, sul piano pratico, la disciplina giuridica applicabile nonché i profili interpretativi della disposizione in oggetto.

Sulla questione, in particolare, si registrano due diversi orientamenti accolti sia in dottrina che in giurisprudenza.

Secondo le impostazioni più recenti gli accordi organizzativi avrebbero natura pubblicistica in quanto espressione di potere funzionalizzato e discrezionale⁴⁴⁹: si tratterebbe, in sostanza, di atti bilaterali a contenuto non negoziale⁴⁵⁰ ovvero di fattispecie procedurali di tipo speciale⁴⁵¹; secondo altri, invece, si tratterebbe di negozi giuridici di diritto comune, nel rilievo

permette di disciplinare con flessibilità i modi per il più efficiente svolgimento dei compiti amministrativi.

⁴⁴⁸ G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*. Cit. 142; nello stesso senso, G. DI GASPARE, *cit.*, 289. E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, *cit.*, 117; ugualmente R. FERRARA, *Gli accordi di programma*, *cit.*, 96 e 146 e *L'accordo...e gli accordi di programma*, *cit.* 139.

⁴⁴⁹ TAR Sardegna, Sez. I, 21 giugno 2012 n. 633 che afferma espressamente che «gli accordi tra pubbliche amministrazioni costituendo strumenti di contemperamento di interessi pubblici e di esplicazione di poteri amministrativi funzionalizzati, in quanto tali inconiugabili con una loro qualificazione in termini negoziali, privatistici».

⁴⁵⁰ Così E. STICCHI DAMIANI *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, *cit.*, 107 ss. Vi è invece chi ha sostenuto, per conciliare le due coppie contrattuali contrapposte dell'autonomia contrattuale e della discrezionalità, che la manifestazione di volontà dell'amministrazione sia sempre rappresentata da un atto amministrativo di adesione alla convenzione, inautonomo nella produzione degli effetti, ma espressione di potere discrezionale: così G.D. FALCON, *Convenzioni ed accordi amministrativi*, *cit.*, 159 ss.

⁴⁵¹ G. GRECO, *Accordi di programma e procedimento amministrativo* in *Il diritto dell'economia*, 1990; R. FERRARA, *Gli accordi di programma*, *cit.*, 137 ss. Alla luce delle osservazioni svolte in punto di conferenza di servizi, tale ultima impostazione deve essere, però, considerata superata.

che la funzionalizzazione del potere non è in grado di incidere sulla natura dello strumento che si utilizza per il suo esercizio⁴⁵².

3.3 I requisiti essenziali.

La problematica circa l'esatta natura dell'articolo è certamente la conseguenza della disciplina "generica ed essenziale"⁴⁵³ prevista dall'art. 15 che non precisa né quali siano le procedure da rispettare per addivenire ad accordi, né l'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo.

La norma infatti così recita: «Anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune».

3.3.1. I soggetti.

La prima questione che viene in rilievo concerne senz'altro l'esatta interpretazione della nozione di «pubbliche amministrazioni»⁴⁵⁴: se infatti la norma afferma da un lato che l'istituto abbia una valenza generale⁴⁵⁵, dall'altro non chiarisce quali enti pubblici possano utilizzare tale forma di cooperazione. Sono stati così sollevati dubbi sull'esatta interpretazione della nozione di «pubblica amministrazione» in riferimento a questa categoria.

Se in un primo momento, tanto la dottrina che la giurisprudenza erano concordi nell'aderire ad un concetto meramente formale per cui le amministrazioni si identificavano sulla base delle disposizioni contenute all'art. 1, co. 2 DLgs 165/01 (cd. Testo Unico sul Pubblico Impiego)⁴⁵⁶, dell'elenco

⁴⁵² In giurisprudenza, Cons. St. Sez. VI, 29 maggio 2012 n. 3202; TAR Toscana, Sez. II, 2 agosto 2012 n. 1420; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 17 giugno 2011 n. 3241; Corte Conti, Sez. Contr. enti 6 novembre 1998 n. 119.

In dottrina, G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit. 321; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico* cit., 118; R. FERRARA, *Gli accordi di programma*, cit., 70; F. PUGLIESE, *Fondamento e limiti della collaborazione*, cit., 467; A. TRAVI, *Le forme associative* cit., 383; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, 2005, 398.

⁴⁵³ F. MONNI, *Gli accordi tra le pubbliche amministrazioni, con particolare riguardo all'ordinamento degli enti locali*, cit., 2003.

⁴⁵⁴ Com'è noto, nel nostro ordinamento manca una disposizione normativa che reca una nozione generale di pubblica amministrazione; generalmente le poche disposizioni esistenti si riferiscono a particolari materie così, ad esempio, l'art. 22 co. 1 lett. e) L. 241/90 in tema di accesso o l'art. 1 co. 2 d.lgs. 165/01 in tema di pubblico impiego.

⁴⁵⁵ Attribuisce valore generale all'art. 15 L. 241/90, Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2002 n. 1902; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 16 marzo 2005 n. 612.

⁴⁵⁶ In particolare, M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Roma, 1950, 348 includeva nella nozione di pubblica amministrazione: gli organi, gli organi-persone di amministrazioni, aziende autonome, persone giuridiche pubbliche e titolari di munera.

ISTAT o del dato legislativo testuale, in conseguenza del recepimento delle direttive comunitaria in tema di appalti⁴⁵⁷ si è andata progressivamente accogliendo una qualificazione sostanziale della nozione di «pubblica amministrazione».

Questo ha chiaramente avuto delle ripercussioni nel diritto interno in quanto, l'«allargata» area della soggettività pubblica ha permesso di ricomprendervi anche quei soggetti che non sono pubblici da un punto di vista strutturale (come gli organismi di diritto pubblico o le SpA di tipo strumentale), così attribuendo anche a questi soggetti la possibilità di concludere accordi organizzativi⁴⁵⁸.

Dubbi sussistono oggi ancora per quei soggetti che agiscono secondo moduli di diritto privato come ad esempio enti pubblici economici e le imprese pubbliche anche se non mancano in giurisprudenza recenti aperture⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ Il giudice comunitario infatti, proprio per evitare che l'effetto utile delle direttive Appalti venga eluso, ha abbracciato una nozione sostanziale di pubblica amministrazione capace di ricomprendere tutte quelle situazioni in cui un soggetto, dotato di personalità giuridica di diritto pubblico o privato, per l'influenza pubblica su di sé esercitata da un'amministrazione e per la funzionalizzazione della sua attività al perseguimento di interessi generali, possa farsi condizionare da ragioni extra-economiche, anche di natura politica, e quindi eludere la normativa in tema di pubbliche commesse: si rinvia a CGCE, 17 dicembre 1998, C-353/96, *Commissione c. Irlanda*; CGCE, 10 novembre 1998, C-360/96, *BFI Holding BV*; CGCE, 27 febbraio 2003, C-373/00, *Adolf Trudley*.

In dottrina si veda, J.A.M. MOLINA, *Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione*, Riv. it. dir. pubbl. com., 1998, 587.

⁴⁵⁸ Ad esempio, è pubblica amministrazione per il TAR Campania, Napoli, Sez. I, 4 aprile 2012 n. 1580 il CISEM (Centro per l'Innovazione sperimentale educativa di Milano), che è un'associazione di diritto privato; per il TAR Lombardia, Milano, sez. I, 12 febbraio 2009 n. 1253 lo è l'ANAS (Azienda Nazionale autonoma delle Strade) che ha veste di società per azioni; recentemente, TAR Veneto, Sez. I, 28 febbraio 2008 n. 494 ha riconosciuto legittimo un accordo tra una IPAB (Istituto pubblico di assistenza e beneficenza, ormai depubblicizzato definitivamente con L. 328/00 art. 10) e una Azienda ospedaliera; ugualmente TAR Lombardia, Sez. III, 16 marzo n. 612 e Cons. St. Sez. V, 12 aprile 2007 n. 1707 hanno qualificato come amministrazione la Croce Rossa Italiana che riveste la forma di ente pubblico non economico. Sul punto in particolare, TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 19 novembre 2014 n. 456 ha ritenuto che la CRI manterrà la sua natura di ente pubblico non economico fino al 1 gennaio 2015. In passato, anche Cons. St., Sez. V, 22 novembre 1996 n. 1396 aveva ritenuto legittimo l'accordo amministrativo tra un'unità sanitaria locale ed un'azienda municipalizzata.

⁴⁵⁹ Così TAR Puglia Bari, Sez. I 20 maggio 2004 n. 2201 ha ritenuto legittimo un accordo tra un'università e un'azienda ospedaliera considerata dalla giurisprudenza come un ente pubblico economico (ad esempio, TAR Calabria, Catanzaro Sez. II 17 gennaio 2001 n. 37; Cons. St., Sez. V, 9 maggio 2001 n. 2609 Cons. St., Sez. V, 5 aprile 2002 n. 809); TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 16 marzo 2005 n. 612 ha ritenuto legittimo un accordo tra un'azienda ospedaliera e la

Sul punto, non soccorre nemmeno la lettera dell'art. 29 L. 241/90, anche se la sua lettura combinata con l'art. 15, dovrebbe almeno permettere di affermare che tutti i soggetti qualificabili come pubbliche amministrazioni, in senso formale e sostanziale, dovrebbero essere abilitati a concludere accordi organizzativi.

3.3.2 Il consenso e la capacità giuridica.

La seconda questione che viene in rilievo riguarda la natura del consenso prestato dalle amministrazioni. Per quanto esso non sia stato identificato quale requisito essenziale degli accordi organizzativi tra pubbliche amministrazioni, la dottrina e la giurisprudenza concordano sul fatto che l'*in idem consensu* sia elemento centrale della fattispecie.⁴⁶⁰ Si registrano sul punto due diverse interpretazioni, una di matrice civilistica e l'altra stampo pubblicistico.

Quanti sostengono la natura privatistica degli accordi, argomentano, in punto di consenso, proprio in base all'autonomia negoziale delle pubbliche amministrazioni.⁴⁶¹ A tale proposito evidenziano come le amministrazioni possano sempre avvalersi della propria capacità negoziale, salvo il rispetto dei limiti imposti dalla disciplina pubblicistica⁴⁶².

Croce rossa italiana. Contra, Cons. St., Sez. III, 25 gennaio 2012 n. 324 che ha escluso la legittimità di un accordo concluso tra una ASL e un'Azienda speciale. Recentemente, Cass. civ., SS.UU., 28 maggio 2014 n. 11917 ha assegnato alla giurisdizione amministrativa l'accordo concluso tra una Regione ed una ONLUS svolgente attività di ricerca per fini sociali.

⁴⁶⁰ Sul punto E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit., 19 che evidenzia come «il filo rosso che in qualche modo le collega [ndr. le varie fattispecie ricollegate all'art. 15] è il filo comune della qualità del potere, di un potere che è potere amministrativo e si realizza, al contempo, non nello schema dell'autorità ma in quello del consenso».

⁴⁶¹ Così, G. DI GASPARE *Accordi di programma*, cit., 291 secondo cui in questo ambito la discrezionalità amministrativa cederebbe il posto proprio all'autonomia negoziale delle amministrazioni; R. FERRARA, *Gli accordi di programma*, cit., 78 secondo cui gli accordi provvedimentali, di cui farebbero parte anche gli accordi organizzativi, si realizzano mediante l'esercizio di autonomia di tipo negoziale.

⁴⁶² Ciò in quanto ogni persona giuridica, anche pubblica, goda, nel campo del diritto civile, della stessa capacità giuridica delle persone fisiche (cd. capacità giuridica generale di diritto comune). Da ciò discenderebbe un'evidente conclusione e cioè che le Amministrazioni ed i soggetti ad essa equiparati, nei limiti del rispetto dell'identità pubblica, possono utilizzare, per il perseguimento dei loro fini istituzionali, tutti i *genera* contrattuali conosciuti dal diritto privato finanche ricorrere a figure particolari quali i contratti misti ed i contratti innominati salvo il dovere di agire esclusivamente per il conseguimento dei propri fine nonché salvo il divieto di stipulare contratti aleatori o contratti aventi ad oggetto diritti della persona.

Di diverso avviso, invece, sono coloro i quali qualificano la fattispecie alla stregua di un atto pubblicistico ritenendo inconciliabile il binomio autonomia negoziale/discrezionalità⁴⁶³: in questo senso, la capacità giuridica verrebbe ricollegata all'esercizio autoritativo di tipo discrezionale.

A prescindere dal fatto che la riconduzione degli accordi all'area del potere amministrativo discrezionale non dovrebbe precludere la loro qualificazione in termini contrattuali, dovendosi affermare la neutralità del mezzo rispetto alla pubblicità dell'azione amministrativa⁴⁶⁴, la giurisprudenza pare propensa a ritenere che, «a prescindere che l'atto consensuale sia qualificabile o non come un vero e proprio contratto⁴⁶⁵», la volontà dalla pubblica amministrazione altro non è che manifestazione di un potere discrezionale esercitato su base consensuale e quindi, in ogni caso, funzionalizzato alla cura concreta del pubblico interesse⁴⁶⁶.

Si rinvia alle trattazioni di G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, IV, 1958, 466; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 735 ss; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 225 ss; AA.VV. *Diritto amministrativo*, F.G. COCCA (a cura di), Torino, 2008, 179 ss; M. CORRADINO, *Il diritto amministrativo alla luce della recente giurisprudenza*, Padova, 2007, 350; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010; S.A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979, 150.

⁴⁶³ Rileva G.D. COMPORITI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit. 297 come sul piano della teoria generale, la dottrina abbia sempre mostrato una certa difficoltà a conciliare tra di loro autonomia negoziale dei pubblici poteri e discrezionalità amministrativa. Così, ad es., G.D. FALCON, *Convenzioni ed accordi amministrativi*, cit. secondo cui le due sequenze, privatistiche e civilistiche, tendono a divaricarsi sempre di più. Sulla questione si vedano E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit., 111 ss; F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1962, 127; P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998. Più di recente, F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004.

⁴⁶⁴ Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2002 n. 1902; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 14 gennaio 2009 n. 90. In dottrina si veda S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, cit., 99 ss il quale tra l'altro conclude nel considerare tali strumenti accordi associativi di diritto privato. *Contra*, E. STICCHI DAMIANI *Convenzioni ed accordi amministrativi*, cit. 111-116; E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, cit., 30.

⁴⁶⁵ Così, TAR Toscana, Sez. II, 2 agosto 2012 n. 1420.

⁴⁶⁶ Secondo la giurisprudenza l'accordo non può essere utilizzato per modificare l'ordine delle competenze amministrative in quanto si tradurrebbe in una violazione del principio di legalità: così TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 14 gennaio 2009 n. 90; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 16 marzo 2005 n. 612. Nello stesso senso, G.D. COMPORITI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., 142; G. DI GASPARE, cit., 289. E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit. 117; ugualmente R. FERRARA, *Gli accordi di programma*, cit. 96 e 146 e *L'accordo...e gli accordi di programma*, cit. 139. Di

Elemento centrale della fattispecie è il fatto che, a prescindere dal valore contrattuale del piano d'azione concordato, le pubbliche amministrazioni si vincolano ed «autolimitano la propria discrezionalità» in vista del perseguimento di un obiettivo pubblico comune⁴⁶⁷: questo auto-vincolo ha certamente un valore giuridico incidente sull'esercizio delle funzioni amministrative, in quanto preclude che le amministrazioni possano in futuro decidere unilateralmente di esercitare quelle stesse funzioni in modo autonomo, fintanto che siano legate alla convenzione⁴⁶⁸.

3.2.3. L'interesse pubblico e la natura delle attività.

Il terzo profilo controverso attiene alla nozione di «attività di interesse comune», oggetto della cooperazione: nello specifico, la dottrina e la giurisprudenza si sono chieste come dovesse essere interpretato il concetto di «comunanza» dell'interesse e quali tipi di attività essa concerna.

Sulla prima questione si sono registrati diversi orientamenti.

Secondo un primo orientamento la comunanza dell'interesse sussiste solo laddove vi siano omogeneità e sovrapposibilità delle competenze delle amministrazioni⁴⁶⁹. In adesione a questa impostazione, però, dovrebbero ritenersi operanti solo gli accordi tra amministrazioni omogenee per livello territoriale e struttura; tale impostazione appare eccessivamente rigida e contrasta con la finalità della norma che parla genericamente di cooperazione tra pubbliche amministrazioni⁴⁷⁰.

Un secondo orientamento considera, invece, «comune l'interesse» se le amministrazioni sono competenti ad intervenire in una stessa materia, qualora la cooperazione sorga proprio in riferimento a quel preciso ambito

contrario avviso F.P. PUGLIESE, *Fondamento e limiti della collaborazione tra enti territoriali*, cit., 465 secondo cui oggetto degli accordi non è la sola organizzazione dei soggetti ma proprio l'organizzazione dei compiti, con possibilità di derogare alla disciplina delle competenze in senso proprio.

⁴⁶⁷ Cons. Stato. Ad. Gen. 19 febbraio 1987 n. 7.

⁴⁶⁸ Sulla possibilità di recesso e sulle diverse teorie prospettate dalla dottrina si dirà più avanti.

⁴⁶⁹ Sembra accogliere quest'impostazione, Corte Conti Lombardia, sez. contr., 11 marzo 2014 n. 107 laddove ritiene che gli accordi «sono attuati per svolgere compiti che vanno svolti da tutti gli enti partecipanti che, in assenza di tale modulo organizzativo, dovrebbero comunque erogarli e quindi sostenere i relativi costi».

⁴⁷⁰ Ed infatti Cons. St., Ad. Gen. 19 febbraio 1987 n. 7 al pt. 22 aveva affermato, in occasione del parere reso alla L. 241/90, che «non si hanno rilievi da muovere alla norma in questione capace di offrire utili servizi specie quando le intese intervengano in amministrazioni che dispongono di competenze separate e distinte», legittimando la conclusione di accordi tra amministrazioni disomogenee per livello e struttura

di attività⁴⁷¹. Questa impostazione ha senz'altro il pregio di legittimare anche accordi tra amministrazioni disomogenee, ma ne limita l'applicabilità solo ad ambiti di funzioni istituzionali comuni in una stessa materia: non sarebbero quindi possibili accordi di tipo trasversale, che toccano contestualmente diverse materie.

Secondo un terzo orientamento la comunanza dell'interesse dovrebbe discendere dal solo fatto di "operare insieme": secondo questa impostazione, sarebbero da considerare comuni anche attività svolte nell'interesse di una delle amministrazioni che sono parte all'accordo⁴⁷². Tuttavia – e come si chiarirà meglio successivamente – nel momento in cui si valorizza «il mettere in comune risorse e strumenti per il perseguimento di un piano d'azione concordato» appare inevitabile che l'interesse da perseguire sia effettivamente condiviso tra le amministrazioni: se così non fosse, la cooperazione non sarebbe altro che una *fictio iuris* volta a celare la vera causa del contratto, e cioè una causa di scambio come avviene in qualunque contratto sinallagmatico.

Un quarto orientamento ritiene invece che per realizzare la "comunanza dell'interesse" è necessario che le funzioni di cui ogni amministrazione è titolare «convergono sinergicamente» alla composizione in un quadro unitario degli interessi pubblici di cui ciascuna di esse è portatrice conformemente ai loro scopi istituzionali⁴⁷³.

Secondo questa ricostruzione, la comunanza si dedurrebbe semplicemente dalla complementarità reciproca delle attività svolte in conformità agli scopi istituzionali prefissati dalla legge, ma ciò senza spingersi a ritenere che le attività siano coincidenti o appartenenti alla stessa materia: l'unica condizione è che gli interessi di cui ogni amministrazione è titolare non siano tra loro confliggenti⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ *Contra* Cons. St., ord. 15 febbraio 2011 n. 966; Cons. St., Sez. VI, 19 giugno 2008 n. 3066.

⁴⁷² Corte Conti, Sez. contr. 11 marzo 2014 n. 107; Cons. St., Sez. V, 12 aprile 2007 n. 1707; Cons. St., Sez. V, 13 luglio 2010 n. 4539; Cons. St., Sez. V 10 settembre 2010 n. 6548; TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 21 luglio 2010 n. 1791.

⁴⁷³ TAR Campania, Napoli, Sez. I, 4 aprile 2012 n. 1580; Cons. St., Sez. V 16 settembre 2011 n. 5207; TAR Liguria, Sez. II, 30 settembre 2008 n. 1925; Cass. civ., SS.UU., 13 luglio 2006 n. 15893; TAR Sardegna, 14 aprile 2006 n. 662; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 16 marzo 2005 n. 612; Corte Conti Puglia, Sez. III, 21 marzo 2003 n. 244; Cons. St., Sez. VI, 8 aprile 2002 n. 1902.

⁴⁷⁴ Questa impostazione richiama l'insegnamento di G. BERTI, *Dalla unilateralità alla consensualità nell'azione amministrativa*, cit., 28 che evidenziava come, «i due protagonisti (*ndr* che pervengono ad un accordo) non hanno armi per confliggere e definire il loro rapporto attraverso il conflitto, ma solo braccia per unirsi e sommersi, condotti all'abbraccio da una forza ineluttabile». Secondo G.D. COMPORTELLI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., 324 gli interessi particolari dei contraenti rimangono, nell'ambito dell'accordo, in un livello comunque di

Questo orientamento sembrerebbe senz'altro più flessibile in quanto permetterebbe di estendere l'ambito di applicabilità dell'art. 15 nel rispetto del limite segnato dalla natura delle attività comuni svolte.

Com'è noto, infatti, nella prassi si distinguono due tipologie di accordo organizzativo: la prima, i cd. accordi organizzativi non normativi, ha ad oggetto «la diretta ed immediata disposizione del potere amministrativo nello strumento convenzionale⁴⁷⁵»; la seconda, i cd. accordi organizzativi normativi, riguarda «l'impegno a un futuro esercizio»: in entrambe le ipotesi il modulo negoziale dispone, in modo diretto o indiretto circa le attività svolte dall'amministrazione.

La seconda domanda che si sono allora poste la dottrina e la giurisprudenza ha riguardato la definizione del concetto di «attività» di interesse comune.

A fronte di un orientamento più restrittivo, diffusosi soprattutto in dottrina, che considera deducibile in accordo solo la disciplina delle funzioni pubbliche istituzionali o comunque attività pubblicisticamente qualificate⁴⁷⁶, essendo l'accordo uno strumento sostanzialmente alternativo al provvedimento unilaterale⁴⁷⁷, si pone oggi una seconda impostazione – diffusasi soprattutto in giurisprudenza⁴⁷⁸ – che vi ricomprende ogni tipo di attività giu-

subalterità rispetto a quello generale volto al mantenimento del rapporto e al perseguimento del fine, che è per l'appunto l'interesse comune.

⁴⁷⁵ Così, G.D. FALCON, *Convenzione ed accordi amministrativi*, cit., 4.

Secondo una parte della dottrina, l'art. 15 L. 241/90 parrebbe legittimare, in realtà, solo una particolare categoria di accordi organizzativi e cioè quelli di valore normativo volti a disciplinare attività future: così, R. FERARRA, *Accordi di programma*, 97.

⁴⁷⁶ Cfr. M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Roma, 1950, 349; G.D. FALCON, *Convenzione ed accordi amministrativi*, cit., 4; G.D. FALCON, *Convenzioni ed accordi amministrativi*, cit., 3. In giurisprudenza, di recente, Cons. St., Sez. III, 24 giugno 2014 n. 3194; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II 7 luglio 2011 n. 988; TAR Puglia Lecce Sez. III, 13 maggio 2008 n. 1372.

⁴⁷⁷ Così G. BERTI, *Dalla unilateralità alla consensualità nell'azione amministrativa*, cit., 28; G. DI GASPARE, *Accordi di programma* cit., 289.

⁴⁷⁸ Cons. St. Sez. VI 8 aprile 2002 n. 1902; TAR Lombardia Milano Sez. III, 16 marzo 2005 n. 612; Corte App. Genova, 9 luglio 2007; TAR Liguria, Sez. II, 30 ottobre 2008 n. 1925; TAR Toscana, Sez. II, 22 marzo 2011 n. 467; Cons. St., Sez. V, 10 settembre 2010 n. 6548.

In dottrina, N. BASSI, *Gli accordi tra soggetti pubblici nel diritto europeo*, cit., 261; G. PASTORI, *Accordo e organizzazione amministrativa*, cit., 46.

Non mancano, anche in giurisprudenza, orientamenti contrari alla deducibilità in accordo di attività materiali che fanno leva sulla considerazione per cui l'accordo avendo un oggetto pubblico, potrebbe disciplinare solo beni e situazioni giuridiche che sono sottratte alla comune circolazione essendo sottoposte alle regole di "circolazione" del diritto amministrativo. Così TAR Lombardia,

ridica, sia essa amministrativa di diritto pubblico sia essa di diritto privato – cioè attività funzionalizzata al perseguimento del pubblico interesse – nonché attività di diritto comune, come quelle attinenti alla gestione patrimoniale, all’acquisizioni di beni e di servizi strumentali allo svolgimento di attività finali delle amministrazioni o ad attività connesse alla prestazione di servizi pubblici: quindi, tanto attività funzionalizzata quanto attività materiale da svolgere «nell’espletamento di un pubblico servizio e direttamente in favore della collettività⁴⁷⁹»⁴⁸⁰.

All’interno dell’accordo, verrebbero quindi incluse sia prestazioni concernenti l’esercizio di un pubblico potere in senso stretto, quanto attività di diritto privato a regime concorrenziale: proprio da qui discende la necessità di ricercare chiari elementi di distinzione rispetto ai contratti di appalto onde evitare che lo strumento negoziale possa essere utilizzato dalle amministrazioni con finalità elusive della concorrenza.

3.2. La disciplina giuridica applicabile agli accordi di cooperazione.

La questione che forse più è stata dibattuta in giurisprudenza e dottrina, riguarda tuttavia, la delimitazione della disciplina applicabile agli accordi di cooperazione. Come si è detto la normativa in materia è alquanto scarsa nei suoi contenuti e si limita ad assoggettare tali figure «alle disposizioni previste dall’articolo 11, commi 2 e 3»: la forma scritta⁴⁸¹, i principi di diritto comune in materia di obbligazioni e contratti⁴⁸² “ove non diversamente previsto”, e la disciplina dei controlli pubblicistici⁴⁸³.

Milano, Sez. III, 17 luglio 2006 n. 1837; Cons. St. Sez. V, 28 dicembre 2007 n. 6736; Cons. St., Sez. V, 10 settembre 2010 n. 6529.

⁴⁷⁹ Testualmente, TAR Toscana, Sez. II, 22 marzo 2011 n. 467.

⁴⁸⁰ Quanto alla natura degli obblighi che nascono dal contratto il tema in questione si riconnette al problema della natura giuridica degli accordi. Vi è chi ritiene che l’accordo dia luogo ad obbligazioni e diritti (così G. DI GASPARE, *Accordi di programma*, cit., 290); vi è chi invece parla di obblighi e diritti (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 423); vi è ancora chi sostiene che l’accordo sia fonte tanto di obblighi che di obbligazioni: nascerebbero obbligazioni dagli impegni relativi all’esecuzione di determinate opere e obblighi dagli impegni relativi allo svolgimento di funzioni pubbliche discrezionali (così, G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., 291).

⁴⁸¹ Da ultimo, Cass. civ. Sez. I 8 febbraio 2012 n. 1774; Cons. St. Sez. VI, 29 maggio 2012 n. 3202; TAR Puglia Lecce, Sez. I, 13 maggio 2011 n. 851.

Dal 1° gennaio 2013 inoltre tali accordi devono essere sottoscritti con firma digitale, con firma elettronica avanzata o con altra firma elettronica qualificata a pena di nullità: così impone il co. 2 bis dell’art. 15 modificato dall’art. 6 co. del. 70/2011 convertito con L. 134/2012.

⁴⁸² TAR Toscana, Sez. II, 2 agosto 2012 n. 1420.

Il rinvio ai principi del diritto comune costituisce una scelta necessitata al fine di assicurare all'”auto-vincolo” delle amministrazioni un ragionevole grado di stabilità⁴⁸⁴, necessario sia che si ritenga che si tratti di un accordo di natura pubblicistica sia che lo si consideri uno strumento contrattuale.

Questa osservazione si collega necessariamente ad una delle questioni più dibattute in dottrina e giurisprudenza ossia la possibilità per una delle amministrazioni contraente di recedere unilateralmente dall'accordo, stante il mancato rinvio dell'art. 15 L. 241/90 al co. 4 dell'art. 11 della medesima legge.

Basterà qui evidenziare come sul punto si registrano diversi orientamenti: un primo orientamento ritiene sempre recedibile unilateralmente l'accordo, facendo leva sul principio dell'inesauribilità del potere amministrativo che non tollera l'imposizione di vincoli al riesame dell'assetto di interessi concordati⁴⁸⁵; diversamente un secondo orientamento esclude questa possibilità facendo leva sul criterio dell'*in idem consensus* e sul principio del *pacta sunt servanda* per cui il mancato rinvio sarebbe una «chiara indicazione normativa⁴⁸⁶» nel senso che il legislatore ha espressamente escluso questo potere⁴⁸⁷.

Ad esempio, nel caso in cui sorga una controversia sull'accordo, il giudice amministrativo dovrà interpretarlo facendo applicazione dei principi del codice civile e cioè art. 1362 ss: così, TAR, Friuli Venezia-Giulia, Sez. I, 30 aprile 2010 n. 271; TAR Molise, Sez. I 3 novembre 2009 n. 692.

⁴⁸³ Corte Conti, Sez. contr. 3 ottobre 1994 n. 88.

⁴⁸⁴ D'altra parte si chiarisce ancora che accogliere l'impostazione della natura negoziale dell'accordo non vuole dire escludere la natura autoritativa del potere esercitato. Così, Cons. St., Sez. V. 8 ottobre 2008 n. 4952.

⁴⁸⁵ Ammettono il recesso, ad esempio, Cons. St., Sez. IV, 25 marzo 2014 n. 1457; TAR Molise, 30 ottobre 2012 n. 600; Cons. St. Sez. VI, 23 novembre 2011 n. 6162; TAR Marche, Sez. I, 19 settembre 2003 n. 1015; TAR Sardegna, 21 giugno 2012 n. 633; Corte Conti, Reg. Puglia, 21 marzo 2003 n. 244. In dottrina, G. GRECO, *Commento all'art. 15*, cit., 286; A. PIOGGIA, *Gli accordi di programma*, in B. CAVALLO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2001, 174; E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, cit. 3.

⁴⁸⁶ G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., 322.

⁴⁸⁷ Non ammettono il recesso, *ex multis* Cons. St., Sez. IV, 4 giugno 2014 n. 2859; Cons. St., Sez. VI, 29 maggio 2012 n. 3202; TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 12 dicembre 2012 n. 1986; TAR Molise, Sez. I, 30 ottobre 2012 n. 600; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 14 gennaio 2009 n. 90; TAR Sardegna Sez. II 14 aprile 2006 n. 662; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 16 marzo 2005 n. 612; TAR Lazio, Roma, Sez. I 3 ottobre 1997 n. 1434. La giurisprudenza citata ammette che l'accordo, però, possa essere sciolto per mutuo dissenso e nelle altre cause ammesse dalla legge ex art. 1372 c.c. In dottrina, G.D. COMPORI, op. ult. cit., 321; R. FERRARA, *Gli accordi di programma*, cit., 58 ss, 70 e 174; E. STICCHI DAMIANI,

I differenti orientamenti in punto di recesso degli accordi di cooperazione altro non sono che il risultato della diversa interpretazione circa la natura dell'accordo fornita dalla dottrina e dalla giurisprudenza⁴⁸⁸.

Oscillazioni giurisprudenziali si hanno peraltro anche in merito alla possibilità di utilizzare strumenti di tutela contrattuali: anche qui la soluzione muta a seconda della impostazione prescelta⁴⁸⁹.

Per quel che concerne poi la giurisdizione in materia l'art. 133, co. 1 n. 2 dlgs 104/2010 non pone alcun dubbio, attribuendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione delle controversie in punto «di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi amministrativi»⁴⁹⁰.

4. Conclusioni: I criteri differenziali tra accordi e contratti pubblici nel diritto italiano.

Attività amministrativa consensuale e accordi di programma, cit., 104; N. BASSI, *Gli accordi di programma dopo un decennio.. Parte seconda, Il dir. dell'econ.*, 2002, 90.

Non mancano comunque posizioni intermedie che ritengono ammissibile il recesso solo ove previsto in convenzione, così TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 8 novembre 2004 n. 5620; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 11 dicembre 2006 n. 10471; Cons. St., Sez. V, 13 ottobre 2005 n. 5660.

Recentemente, ripercorre i termini della questione della recedibilità degli accordi tra amministrazioni C.P. SANTACROCE, *La stabilità degli accordi tra pubbliche amministrazioni*, San Giuliano Milanese, 2014.

⁴⁸⁸ Una terza via è fornita da G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, 45 che ritiene che, ancorché si tratti di strumenti negoziali, questi si caratterizzerebbero per una disciplina peculiare rispetto a quella del contratto, fondando lo *ius poenitendi* delle amministrazione sul rispetto del vincolo di scopo del contratto.

⁴⁸⁹ È chiaro che aderendo all'impostazione privatistica si ammetterebbe anche l'uso degli strumenti di tutela negoziali previsti nel codice civile quali ad esempio il rimedio *ex art. 1453 c.c.* sulla risoluzione per inadempimento (una prima apertura già in TAR Campania, Napoli, Sez. I, 17 giugno 2011 n. 3241), nonché l'art. 2932 c.c., sull'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto (ammesso da R. FERRARA, *Art. 15*, cit., 690; *contra*, TAR Liguria, Sez. II, 22 gennaio 2001 n. 51)

⁴⁹⁰ La giurisdizione esclusiva del G.A. sussisterebbe anche quando la controversia si riferisce all'esecuzione dell'accordo o all'inadempimento dell'obbligazione pecuniaria: così Cass. civ., SS.UU., 2 dicembre 2012 n. 24419; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 4 aprile 2012 n. 1580; Cass. civ., SS.UU., 14 marzo 2011 n. 5923; TAR, Friuli venezia Giulia, Sez. I, 30 aprile 2010 n. 271; TAR Molise, Sez. I, 12 maggio 2008 n. 218; Cass. civ., SS.UU., 14 giugno 2005 n. 12725; TAR Piemonte sez. II 3 giugno 2003 n. 815; Cons. St., Sez. VI, 8 aprile 2002 n. 1902; Cass. Civ., SS.UU., 2 marzo 2001 n. 87; Cass. civ., SS.UU., 9 luglio 1992 n. 8392.

Come si è avuto precedentemente modo di evidenziare, l'orientamento oggi prevalente ammette che l'accordo interamministrativo possa incidere, direttamente o indirettamente, sulle modalità di disposizione del pubblico potere in senso stretto, nonché sulle attività di diritto amministrativo o di diritto privato a regime concorrenziale (approvvigionamento di beni e servizi, servizi pubblici, attività materiali per l'espletamento di un servizio pubblico a favore della collettività).

Tra le attività che possono costituire oggetti di accordi rientrerebbero dunque anche fattispecie ibride, per le quali, in linea di principio esiste un mercato liberalizzato o semi-liberalizzato a cui le amministrazioni dovrebbero rivolgersi al fine di selezionare, mediante procedure imparziali, l'operatore economico più idoneo⁴⁹¹: la deducibilità in accordo di queste attività può avere effetti distorsivi sulle logiche del libero mercato, in quanto, come più volte evidenziato, l'accordo non presuppone l'applicabilità della normativa in tema di concorrenza, essendo un strumento di auto-organizzazione.

A questa circostanza si deve aggiungere che la giurisprudenza comunitaria ha più volte evidenziato come i contratti di appalto possano essere stipulati anche da pubbliche amministrazioni e che un accordo tra PP.AA. non è perciò *a priori* escluso dalla normativa in materia di pubbliche commesse⁴⁹².

Da qui la rinnovata necessità di distinguere quando un accordo interamministrativo è sottoscritto con finalità organizzativa e quando invece esso ha come unico scopo l'elusione della normativa a tutela della concorrenza⁴⁹³, sottintendendo quindi una causa di scambio tipica dei contratti sinalgmatici.

⁴⁹¹ Si rinvia alla lettura ad esempio della sentenza Cons. St., Sez. I, 17 aprile 1996 n. 3670; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 16 marzo 2005 n. 612 nelle quali si pone in luce proprio la circostanza per cui gli accordi organizzativi spesso vengono utilizzati in settori di mercato libero o parzialmente libero in cui avrebbe potuto in realtà operare un contratto di natura privata con un operatore economico, pubblico o privato, selezionato sulla base di una procedura ad evidenza pubblica.

⁴⁹² Si fa riferimento in particolare alla nota sentenza CGCE, 13 gennaio 2005 C-84/03 *Commissione c. Regno di Spagna*, pt. 38 e 40 nella quale la Corte ha ritenuto non corretta la trasposizione delle direttive appalti nella *Ley de Contratos de las Administraciones Publicas* 16 giugno 2000 in quanto all'art. 3 n. 1 lett. c) venivano esclusi dall'ambito di applicazione gli accordi di collaborazione stipulati tra amministrazioni pubbliche. Principio successivamente ribadito da CGCE, 18 gennaio 2007, C-220/05, *Jean Auroux c. Commune de Roanne*.

⁴⁹³ D'altra parte il rischio che attraverso gli accordi interamministrativi vengano eluse le regole dell'evenienza pubblica è stato messo in luce da differenti autori: A. CRISMANI, *La partecipazione alle gare di operatori economici pubblici*, in *Il "giusto" prezzo tra Stato e mercato – Liber amicorum per Mauro Giusti*, Torino, 2009, 273; A. DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico* in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), cit., 708.

Difatti, il timore di ammettere fattispecie elusive della normativa europea ha spinto nel tempo la giurisprudenza nazionale a ricercare, sulla base delle indicazioni fornite dalla dottrina civilistica, criteri obiettivi di differenziazione tra le due fattispecie; si è così rilevato che un contratto è il frutto di interessi confliggenti che si “accordano”⁴⁹⁴, presuppone una causa di scambio (cd. causa commutativa) ed è suscettibile di una valutazione patrimoniale delle prestazioni ivi dedotte.

Il sistema europeo a tutela della concorrenza ha tuttavia ribaltato il rapporto tra accordi e contratti tra amministrazioni, introducendo una velata “presunzione di illegittimità” degli accordi organizzativi così interpretati, più cautelativamente, come contratti di appalto. Sulla base delle indicazioni del giudice europeo, la giurisprudenza nazionale ha così concluso che una interpretazione in termini di accordi organizzativi diventa possibile solo ove venga dimostrata l’assenza di un rilievo imprenditoriale della pubblica amministrazione e l’assenza di onerosità dell’accordo⁴⁹⁵.

4.1 La valorizzazione del criterio dell’assenza di onerosità.

Il primo criterio utilizzato in giurisprudenza è stato quindi quello dell’assenza di onerosità dell’accordo.

L’elaborazione di questo criterio è la logica conseguenza dell’impostazione prevalente, in dottrina e giurisprudenza⁴⁹⁶, secondo cui, per quanto gli accordi di cooperazione possano essere considerati fonti di diritti/obbligazioni difetti in essi il requisito della patrimonialità (art. 1174 c.c.). Al di là degli insegnamenti civilistici⁴⁹⁷, la dottrina amministrativa ri-

⁴⁹⁴ Cons. St., Sez. I, 17 aprile 1996 n. 3670.

⁴⁹⁵ Così ad esempio TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 16 marzo 2005 n. 612; Cons. St., Sez. I, 17 aprile 1996 n. 3670.

⁴⁹⁶ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 349 nonché *Dir. amm.*, Milano, 1993, II, 423 ss. criticando l’inserimento degli accordi nei contratti ad oggetto pubblico, evidenziava l’impossibilità di assimilare accordi e contratti in quanto gli accordi non hanno ad oggetto prestazioni di carattere patrimoniale, ma comportamenti non costitutivi di obbligazioni ma di obblighi. In giurisprudenza, Cons. St., Sez. V, 23 giugno 2014 n. 3145; TAR Napoli, Sez. III, 14 febbraio 2014 n. 1039; Cons. St., Sez. V, 15 luglio 2013 n. 3849

⁴⁹⁷ Tale impostazione richiama una interpretazione della dottrina civilistica per cui tra accordo e contratto vi sarebbe una differenza da un punto di vista economico in quanto, mentre il contratto ha un sicuro contenuto patrimoniale ai sensi dell’art. 1321 c.c. e 1174 c.c., lo stesso non potrebbe dirsi per l’accordo, che corrisponde al mero atto del consenso essenziale per pervenire al contratto: in questa ottica, l’accordo altro non sarebbe che un elemento del genere contrattuale. In realtà, la scelta di limitare la nozione di contratto ai soli accordi aventi ad oggetto un contenuto patrimoniale è stata adotta in contrapposizione alla scelta compiuta dall’ordinamento tedesco che identifica, invece, con la nozione di contratto qualunque negozio giuridico diretto a costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico, sia esso patrimoniale che non patrimoniale. Tale criterio

tiene⁴⁹⁸, infatti, che alle pubbliche funzioni non sia possibile attribuire un valore economico. A medesime conclusioni si perverrebbe anche nelle ipotesi in cui l'accordo abbia ad oggetto operazioni materiali connesse: la patrimonialità di queste prestazioni, che costruirebbero obblighi accessori all'esercizio della pubblica funzione, dovrebbe di conseguenza essere quantificate sulla base della loro idoneità a soddisfare interessi pubblici.

Questa tesi appare in realtà non più attuale una volta che si estende l'oggetto di tali accordi anche ad attività contendibili sul mercato, ancorché connesse⁴⁹⁹, e comunque non sembra considerare che il contenuto dell'accordo di cooperazione così concordato può avere un valore economico ove si intenda la patrimonialità in senso soggettivo od oggettivo⁵⁰⁰, al-

differenziale ad oggi non pare più così sicuro. Il processo di depatrimonializzazione del diritto privato e l'accentuazione della componente volontaristica degli istituti ha avuto come risultato quello di ridimensionare la patrimonialità del contratto. Non stupisce quindi l'emersione di orientamenti semi-abrogativi che attribuiscono rilievo alla sola volontà della parti di attribuire valore economico anche a prestazioni che intrinsecamente non l'avrebbero. La patrimonialità in sostanza di riassume in un problema più ampio che è quello della negoziabilità della prestazione: solo in questo modo si possono spiegare anche fattispecie quali i contratti normativi. Su tali questioni, si leggano tra i tanti G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1955, 277; G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità delle prestazioni*, in *Riv. dir. civ.* 1968, I, 222; A. DI MAJO, *Contratto e negozio. Linee di una vicenda* in C. SALVI (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, Milano, 1978, 108.

⁴⁹⁸ Si è detto in proposito «gli accordi tra amministrazione non sottendono un'operazione economica in senso proprio dato che tutti i contraenti agiscono nel perseguimento di interessi pubblici e non di finalità di profitto: così, E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, cit. 33. Nello stesso senso, M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit.

⁴⁹⁹ Di questo avviso anche S. VALAGUZZA, *L'accordo di programma: peculiarità del moello e impiego delle norme*, in *Dir. Amm.* 2/2010, 399, secondo la quale la non patrimonialità non sarebbe un elemento in grado di connotare il modello una volta che si ammette che nell'accordo possano trovarsi tanto elementi non patrimoniali che elementi patrimoniali puri (ex. previsione di finanziamenti, realizzazione di opera per importi precisi).

⁵⁰⁰ Nel diritto civile la patrimonialità viene intesa in una duplice accezione.

Secondo un primo orientamento (A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, A. SCIALOJA–G. BRANCA (a cura di) *Commentario al codice civile*, Bologna, 1988, 257) la patrimonialità dovrebbe essere valutata nell'ambito del più ampio contesto sociale, al fine di giudicare, di volta in volta, se i vantaggi che discendono dalle prestazioni sono valutabili in termini economici e quindi giustificano un onere a carattere patrimoniale. Se così è, ed in riferimento alla tematica degli accordi, pare possibile affermare che i vantaggi che discendono dalla cooperazione sono, senz'altro, valutabili in termini economici: il che si

meno per quel che concerne il risparmio di spesa pubblica che potrebbe discendere dallo svolgimento congiunto delle funzioni.

La giurisprudenza prevalente, «ancorata ad una, per verità resistente, visione pubblicistica delle vicende negoziali⁵⁰¹», accoglie ancora la tesi della non patrimonialità delle attività oggetto degli accordi di cooperazione e ritiene che, che mentre i contratti d'appalto sono contratti sinallagmatici «a titolo oneroso», perché vi è un circolazione di beni economicamente valutabili (in particolare, si tratterebbe dello scambio tra prestazione e controprestazione economica), all'opposto gli accordi di cooperazione, avendo una funzione organizzativa e concernendo attività sottratte alla valutazione economica, non possano presentare profili di onerosità⁵⁰².

Nella pratica, tale criterio è risultato di agevole applicazione ed ha finito per costituire un punto di qualificazione essenziale dell'accordo alla stregua di uno strumento meramente organizzatorio tanto per le amministrazioni che per i giudici⁵⁰³.

ricaverebbe dal risparmio di risorse pubbliche che origina dallo svolgimento in comune della funzione.

Secondo un diverso orientamento, la patrimonialità dovrebbe essere intesa in senso soggettivo: la prestazione è patrimoniale se le parti hanno considerato di volerla così intendere (così, G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità delle prestazioni*, cit., 242). Anche gli accordi organizzativi quindi possono avere un contenuto patrimoniale, indipendentemente dalla non patrimonialità delle prestazioni, se le amministrazioni contraenti così hanno deciso.

⁵⁰¹ G.D. COMPORATI, *Il coordinamento infrastrutturale.*, cit., 292.

⁵⁰² In diritto civile si parla di onerosità di un contratto allorquando questo sia fonte diretta di vantaggi e sacrifici fondati su un nesso di reciprocità e ciò comporti uno scambio di utilità tra soggetti. Come vedremo, la nozione di onerosità europea differisce da quella nazionale accogliendo un'ampia concezione dello "scambio" da cui esula l'idea dello scambio materiale di prestazione/controprestazione economica. Sul punto, R. CIPPITANI, *La nozione di contratto "a titolo oneroso" negli appalti pubblici*, in *Contratti*, 5/2013.

⁵⁰³ Ad esempio, Cons. St., Sez. V, 15 luglio 2013 n. 3849 che esclude la riconducibilità dell'accordo tra un'Università ed un'azienda sanitaria locale nella categoria *ex art.* 15 L. 241/90 in quanto, dalla struttura dell'accordo, si evinceva che l'accordo era sorretto dalla previsione di un corrispettivo ed indirizzato al soddisfacimento del singolo interesse dell'Azienda sanitaria.

Si veda anche TAR Lombardia Milano Sez. III 16 marzo 2005 n. 612 confermata da Cons. St., Sez. V, 12 aprile 2007 n. 1707, che ha ritenuto legittimo l'affidamento diretto del servizio di trasporto infermi con autoambulanze dell'Azienda ospedaliera alla Croce rossa italiana in quanto, oltre a essere la CRI un ente dotato di personalità giuridica di diritto pubblico, l'affidamento del servizio avveniva senza previsione di alcun corrispettivo e con il semplice rimborso delle spese sostenute per lo svolgimento del servizio.

Un rinvio al principio di economicità è compiuto anche da TAR Veneto, Sez. I, 28 febbraio 2008 n. 494 sulla base del quale viene riconosciuto legittimo un accordo tra una IPAB e una Azienda ospedaliera.

Progressivamente, l'area della gratuità dell'accordo si è andata espandendo, soprattutto in applicazione della giurisprudenza comunitaria⁵⁰⁴, fino a ricomprendere anche ipotesi in cui l'accordo prevedeva forme di finanziamento o il rimborso dei costi di servizio sostenuti da una delle amministrazioni in esecuzione dell'accordo: l'idea era quella secondo cui il rimborso, avendo una funzione compensativa non parametrato agli effetti costi del mercato, non fosse in grado di conferire onerosità all'accordo.

4.2 La valorizzazione del criterio della mancata connotazione imprenditoriale delle amministrazioni.

Il criterio dell'economicità è stato poi spesso applicato insieme ad un altro criterio: quello dell'assenza della connotazione imprenditoriale delle amministrazioni.

Com'è noto infatti, la nozione di contratto d'appalto così come fornita dal legislatore europeo include quella di «contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici⁵⁰⁵».

Come già rilevato nel primo capitolo, l'operazione ermeneutica della Corte di Giustizia ha progressivamente allargato la concezione di operatore

Successivamente, l'utilizzo del criterio della non onerosità è stato applicato in TAR Liguria, Sez. II, 30 ottobre 2008 n. 1925 confermata da Cons. St. Sez. V, 13 luglio 2010 n. 4539. In particolare si trattava di un accordo sottoscritto tra la Regione e il corpo dei Vigili del fuoco per il trasporto d'urgenza in elisoccorso fronte del pagamento di un "costo orario convenzionale". È comunque opportuno chiarire che in questa sentenza l'argomento circa la non onerosità dell'accordo ha in realtà un ruolo secondario essendo la controversia risolta già facendo leva sul fatto che i vigili del fuoco devono considerarsi un'amministrazione priva di connotati imprenditoriali.

In passato, il Cons. St., Sez. V, 22 novembre 1996 n. 1396 aveva ritenuto che l'accordo tra un'unità sanitaria locale e un'azienda municipalizzata per lo smaltimento dei rifiuti ospedalieri fosse legittimo e non costituisse un evento elusivo delle regole dell'evidenza pubblica in quanto, l'economicità del sistema convenzionale è uno dei criteri fondamentali che regolano l'azione amministrativa.

⁵⁰⁴ CGCE, 18 dicembre 2007 C-532/03 *Commissione c. Repubblica d'Irlanda* che esclude la configurabilità come contratto di appalto dell'accordo sottoscritto tra il *Dublin City Council* e l'*Eastern Regional Health Authority* avente ad oggetto il servizio del trasporto ammalati tramite ambulanza in quanto la DCC otteneva dal servizio un mero rimborso dei costi, insufficiente ad attribuire il carattere dell'onerosità.

Successivamente, CGCE 29 novembre 2007 C-119/06 *Commissione c. Italia*, ha escluso la qualificazione come contratto d'appalto dell'accordo sottoscritto tra la Regione Toscana e la Croce rossa italiana relativamente al servizio di trasporto sanitario in quanto i pagamenti previsti in favore di quest'ultima erano fissati preventivamente e forfettariamente sulla base di tabelle.

⁵⁰⁵ Art. 1 co. 2 lett. a) D. 18/2004/CE e art. 1 co. 2 lett. a) D. 17/2004/CE

economico fino a ricomprendervi anche le pubbliche amministrazioni, a patto che esse operino sul mercato, offrendo beni e servizi o lavori ed opere e che, per tale ragione, siano potenzialmente idonee a partecipare alle gare pubbliche, a prescindere dal fatto che esse rivestano la qualifica d'imprenditore o d'impresa commerciale o che perseguano un fine di lucro⁵⁰⁶.

La nozione così delineata dalla Corte di Giustizia non s'incentra quindi sulla natura del soggetto che svolge l'attività⁵⁰⁷, ma sul tipo di attività svolta e sul regime di mercato delle suddette attività.

L'applicazione dei principi giurisprudenziali comunitari ha condotto le corti nazionali ad allargare il concetto di "operatore economico" e a ricomprendere anche enti pubblici o amministrazioni sostanziali⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ Appare quindi evidente che dal concetto di operatore economico esula il concetto di imprenditore *ex art. 2082 c.c.*, avendo una portata molto più estesa. Sul punto, A. CRISMANI, *La partecipazione alle gare di operatori economici pubblici in Il "giusto" prezzo tra Stato e mercato – Liber amicorum per Mauro Giusti*, Torino, 2009, 273; H. BONURA, *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica e la potestà organizzatoria degli enti locali*, *Giorn. dir. amm.*, 4/2013, 398 ss.

⁵⁰⁷ A seguito della mutata impostazione della Corte di Giustizia, l'aggiudicatario di un contratto d'appalto può essere tanto un operatore pubblico che privato: così CGCE, 7 dicembre 2000 n. 94/99 *ARGE Gewässerschutz*.

Da ultimo, CGCE, 29 novembre 2007, C-119/06, *Commissione c. Repubblica Italiana* secondo cui l'assenza di fini di lucro non esclude che tali enti esercitino attività economica e costituiscano imprese ai sensi del Trattato; nello stesso senso, già, CGCE, 16 novembre 1995 C- 244/94 *Fédération française des sociétés d'assurances*, pt. 21 e CGCE, 12 settembre 2000, in cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov*, pt. 117.

Sul punto G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti «in house»: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2005, 61 ss.

⁵⁰⁸ Così ad esempio sono state considerate alla stregua di operatori economici in relazione al servizio svolto e pertanto legittimati a partecipare ad una gara di appalti, gli enti pubblici economici e le società pubbliche (così chiaramente AVCP, parere precontenzioso 23 aprile 2008 n. 127); alcune persone giuridiche quali il CNR (che ha natura di ente pubblico), il CENSIS (che ha natura di fondazione), il FORMEZ (che ha natura di associazione riconosciuta sottoposta al controllo della Presidenza del Consiglio dei Ministri), l'IFOA (che ha natura di ente privato senza scopo di lucro) che sono state ammesse a partecipare ad una gara per l'affidamento del servizio di progettazione e realizzazione di un'iniziativa formativa in modalità e-learning per il miglioramento della capacità di accesso ai programmi di finanziamento (così AVCP, parere 23 aprile 2008 n. 127); un'impresa sociale *ex d.lgs. 24 marzo 2006 n. 155* per l'affidamento del servizio di implementazione del sistema di gestione ambientale di un comune (così AVCP, parere 22 ottobre 2009 n. 119); enti pubblici non economici come le ONLUS e associazioni di volontariato (così da ultimo Cons. St., sez. V, 26 agosto 2010 n.

5956, TAR Liguria, Sez. II, 13 maggio 2010 n. 2534; TAR Piemonte, Sez. I, 9 aprile 2009 n. 985; TAR Veneto, Sez. I, 26 marzo 2009 n. 881; Cons. St., Sez. III 20 novembre 2012 n. 5882; Cons. St., Sez. VI, 23 gennaio 2013 n. 387. *Contra*, AVCP, pareri 17 dicembre 2008 n. 266; parere 26 febbraio 2009 n. 26; parere 29 novembre 2009 n. 131); una facoltà universitaria facente parte di un RTI con altri soggetti per l'affidamento di servizi di ricerca finalizzati alla realizzazione di un rapporto annuale sulla domanda di orientamento (AVCP, parere 27 maggio 2010 n. 101); le cooperative sociali con orientamento ormai costante (così TAR Emilia Romagna, Sez. I 26 aprile 2010 n. 3831; TAR veneto, Sez. I, 27 gennaio 2010 n. 174; TAR Veneto, Sez. I, 26 marzo 2009 n. 881; TAR Lombardia 27 ottobre 2008 n. 1440; le fondazioni: così Cons. St., Sez. VI, 16 giugno 2009 n. 3897; Cons. St., Sez. V, 10 settembre 2010 n. 6528; TAR Lombardia 29 luglio 2009 n. 4500. *Contra* TAR Lazio, Sez. III 29 luglio 2008 n. 7591); un'Azienda speciale comunale rispetto all'affidamento del servizio di predisposizione e consegna dei medicinali prescritti per i pazienti in assistenza domiciliare integrata: così Cons. St., Sez. III, 25 gennaio 2012 n. 324;

Da ultimo, l'orientamento che escludeva dalla categoria degli operatori economici l'inserimento delle società semplici (*ex multis*, Cons. St., Sez. VI, 8 giugno 2010 n. 3638) sembra ormai superato da CGUE, Sez. VII, ordinanza 4 ottobre 2010, C-501/11, *Vivaio dei Molini c. AVCP*.

Lo stesso può dirsi anche per altri enti pubblici non economici. Da una parte, per quel che concerne le Università, nuove aperture sono state prospettate da CGCE, 23 dicembre 2009 C-305/08 *Co.NI.SMA* che ha ricompreso nella nozione di operatore economico anche organismi che non perseguono scopo di lucro a condizione che siano idonei a «garantire l'esecuzione dell'appalto in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto». Ripercorre con chiarezza la questione della partecipazione alle gare pubbliche di enti non a scopo di lucro, ma finalità di ricerca il parere Cons. St., Sez. II, 23 aprile 2008 n. 167. Sul punto ammette la qualifica come operatore economico delle Università relativamente al servizio di consulenza tecnico-scientifica relativa all'urbanistica, TAR Puglia, Lecce, Sez. 1, 21 luglio 2010 n. 1791. *Contra* Cons. St., Sez. V, 10 luglio 2010 n. 6548 che qualifica alla stregua di pubblica amministrazione l'Università relativamente all'affidamento diretto della redazione del PGT comunale. Relativamente alla CRI (Croce Rossa Italiana) dubbi sussistono ancora nel qualificarlo alla stregua di operatore economico: da ultimo, TAR Abruzzo Pescara, sez. I 19 novembre 2014 n. 456 esclude che fino a quando la CRI avrà uno statuto pubblico, cioè 1° gennaio 2015, essa potrà partecipare a gare per l'affidamento di pubblici contratti, potendo semmai addivenire ad convenzioni con le amministrazioni interessate. *Contra*, TAR Piemonte, Sez. I, ord. 26 marzo 2010 n. 212.

Non mancano tuttavia sentenze che hanno continuato a fare applicazione della nozione di operatore economico ex art. 2082 c.c.: ad esempio, TAR Lombardia Milano Sez. III 16 marzo 2005 n. 612 confermata da Cons. St., Sez. V, 12 aprile 2007 n. 1707, ha ritenuto che non sia qualificabile come un contratto d'appalto l'accordo sottoscritto tra un'azienda ospedaliera e la CRI avente ad oggetto il servizio di trasporto degli infermi in quanto, oltre a non essere previsto alcun corrispettivo per il servizio, la Croce rossa italiana non riveste la qualità di operatore economico; ugualmente è stata esclusa la qualifica di operatore

Tuttavia, se da una parte l'allargata nozione di operatore economico ha permesso di intendere come contratto d'appalto un accordo sottoscritto anche tra due pubbliche amministrazioni, dall'altra, il mancato riscontro del carattere "imprenditoriale" di una delle due parti all'accordo, ha agevolato la sua qualificazione in termini di contratto di cooperazione ex art. 15 L. 241/90.

Sez. II - Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto dell'Unione Europea.

1. Il tentativo di definizione della categoria da parte delle istituzioni europee.

I criteri di distinzione accolti dalla giurisprudenza nazionale in punto di discriminare tra fattispecie contrattuali organizzative e contratti d'appalto devono oggi essere valutati alla luce della nuova categoria giuridica, il cd. partenariato pubblico-pubblico⁵⁰⁹, elaborata dai giuridici europei a partire dalla sentenza C-480/06, *Commissione c. Repubblica federale di Germania (cd. Amburgo)*⁵¹⁰.

economico del Corpo dei Vigili del fuoco nell'assolvimento del servizio di elisoccorso da TAR Liguria, Sez. II, 30 ottobre 2008 n. 1925 confermata da Cons. St. Sez. V, 13 luglio 2010 n. 4539 nonché più di recente Cons. St. Sez. III 16 dicembre 2013 n. 6014. E' stata, inoltre, esclusa la qualifica del CISEM (ente no profit) quale operatore economico nell'affidamento diretto del servizio di realizzazione di prodotti e servizi del progetto SEFI (sistema educativo-formativo integrato) da parte della regione: così TAR Napoli, Sez. I, 4 aprile 2012 n. 1580. Da ultimo, Cass. civ. SS.UU. 28 maggio 2014 n. 11917 ha devoluto alla giurisdizione del G.A. l'accordo concluso tra una Regione ed una ONLUS istituita per attività di ricerca a fini sociali.

È appena il caso di evidenziare che per il diritto europeo, gli enti sanitari che garantiscono la fornitura di servizi di trasporto d'urgenza e di malati dovrebbero essere qualificate come imprese e assoggettate alle regole sulla concorrenza previste nei Trattati: così, CGCE, 25 ottobre 2001 C-475/99, *Ambulanz Glockner*, pt. 21 e 22.

⁵⁰⁹ Si ricorda che l'espressione partenariato pubblico-pubblico, pur ricorrendo nelle conclusioni degli Avvocati generali della Corte di Giustizia e in alcuni documenti istituzionali dell'Unione Europea, non è stata ancora espressamente utilizzata in nessuna sentenza della Corte di Giustizia UE che preferisce impiegare il termini di "contratti di cooperazione" tra enti pubblici.

⁵¹⁰ CGCE, Grande sezione, 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione c. Repubblica federale di Germania* con nota di C.E. GALLO, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, in *Urbanistica e appalti*, 2009; A. GHIRIBELLI, *Gli accordi tra pubbliche amministrazioni: disciplina normativa e pronunce giurisprudenziali*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 19/20, 2009; P. DE LUCA, *Il partenariato pubblico-pubblico nel*

Per comprendere tuttavia, le ricadute applicative che questa categoria potrebbe avere nell'ordinamento italiano, appare necessario soffermarsi sull'evoluzione giurisprudenziale e legislativa che ha riguardato, negli ultimi anni, l'istituto in oggetto. Com'è stato, d'altra parte, rilevato al termine del secondo capitolo la concisione dell'apparato motivazionale della sentenza C-480/09 ha dato luogo numerosi dissidi di ordine interpretativo, di cui si già è tentato di offrire un quadro il più possibile completo⁵¹¹.

Nonostante questa incertezza di fondo, la portata innovativa della sentenza nello scenario europeo è indiscussa tanto che si è reso necessario l'intervento delle istituzioni dell'Unione Europea, che hanno tentato di definire, in modo chiaro, l'istituto al fine di scongiurare ogni possibile effetto distorsivo sulla concorrenza ed ogni manovra elusiva della disciplina in materia di pubblici appalti⁵¹².

diritto comunitario degli appalti pubblici, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2/2013; B. PIRKER, *La jurisprudence de la Cour: Arret Commission c. Allemagne*, in *Revue du droit de l'Unione européenne*, 3/2009, 570; A. CHAMINADE, *Des possibilités de coopération accrues pour les collectivités territoriales*, in *La semaine juridique*, 2010 ; J-D. DREYFUS - S. RODRIGUES, «*La coopération intercommunale conforté par la CJCE?*», in *L'actualité Juridique Droit administratif*, 2009 ; F. LINDITCH, *La Cour de Justice accepte les prestation inter-collectivités dès lors qu'elles traduisent une véritable démarche de coopération*, in *La Semaine juridique Administrations et collectivités territoriales*, 44/2009 ; S. PLATON – S. MARTIN, *L'exception de coopération entre autorités publique en droit européen de la commande publique*, in *Actualité Juridique de Droit Administratif*, 2012 ; E. BROUSSY, F. DONNANT, C. LAMBERT, *Croniques de jurisprudence de la CJCE*, *AJDA*, 2009, 1541 ; A. SANTAMARIA DACAL, *Une nouvelle exception a l'application des directives "Marchés"*, in *Revue Juridique de l'Economie Publique (RJEP)*, 2009; S. ARROWSMITH, *Public procurement regulation: an introduction*, 2010, 119; T. KOTSONIS, *Co-operative arrangements between public authorities in the pursuit of a public interest task: Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany (C-480/06)*, *Public Procurement Law Review* 6/2009; K. PEDERSEN – E. OLSSON, *Commision v Germany – a new approach to in-house provinding?*, *Public Procurement Law Review*, 1, 2010; P. PROOT, *Coopération locale et mutualisation de services*, *La semaine juridique et collectivités territorialiales*, 27/2009, 2158.

⁵¹¹ Si rinvia al § 3.2 del capitolo II.

⁵¹² Questa possibilità viene espressamente considerata dall'Avv. gen V. Trstenjak che nelle sue conclusioni, 23 maggio 2012, *Asl Lecce, cit.*, pt. 90 ritiene che «se si consentisse alle amministrazioni aggiudicatrici di rivolgersi – al di là del settore del partenariato pubblico-pubblico – ad altre autorità pubbliche al fine di ottenere prestazioni di servizi senza essere assoggettate alle prescrizioni della normativa in materia di aggiudicazione di appalti, sarebbe fondato il timore che queste ultime possano essere alla lunga eluse e con ciò verrebbe frustrato, in ultima analisi, l'obiettivo dell'Unione di assicurare la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi nonché una concorrenza priva di restrizioni nel mercato interno. Al fine di impedire siffatto risultato, è necessario un rigoroso controllo

È appena il caso di accennare al fatto che la sentenza *Amburgo* stravolge l'orientamento costante della Corte di Giustizia⁵¹³, la quale aveva sempre considerato i contratti a titolo oneroso sottoscritti tra amministrazioni come contratti pubblici d'appalto rientranti nell'ambito di applicazione delle direttive adottate in materia. Con la sentenza *Amburgo* il contratto di partenariato pubblico-pubblico, nonostante presenti profili di sovrapponibilità con i contratti d'appalto pubblico, viene invece considerato come una scelta organizzativa di autoproduzione, e si pone "a monte" rispetto al ricorso al mercato esulando, pertanto, dall'ambito di applicazione delle regole concorrenziali.

1.1. La Risoluzione del Parlamento Europeo sui «nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici»⁵¹⁴.

A distanza di un anno dalla sentenza *Amburgo*, il Parlamento Europeo si è occupato della cooperazione contrattuale pubblico-pubblico con la risoluzione avente ad oggetto «i nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici» nella quale è dedicato un intero paragrafo all'argomento⁵¹⁵.

In tale atto, il Parlamento ha dapprima colto l'occasione per richiamare il fondamentale art. 4 § 2 del TFUE – che inserisce, per la prima volta,

dell'applicazione dei criteri stabiliti dalla Corte nella sentenza Commissione/Germania».

Analoghe preoccupazioni erano state espresse nelle conclusioni del 1 luglio 1999, *Teckal*, pt. 65 dall'avv. gen. Cosmas: « Se ammettiamo la possibilità delle amministrazioni aggiudicatrici di potersi rivolgere a enti separati, al cui controllo procedere in modo assoluto o relativo, per la fornitura di beni in violazione della normativa comunitaria in materia, ciò aprirebbe gli otri di Eolo per elusioni contrastanti con l'obiettivo di assicurare una libera e leale concorrenza che il legislatore comunitario intende conseguire attraverso il coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture».

⁵¹³ Si vedano sul punto CGCE, 18 maggio 1995, C-57/94, *Commissione c. Repubblica Italiana*, pt. 23. Si veda anche, CGCE, 28 marzo 1996, C-318/94, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, pt. 13; CGCE, 7 dicembre 2000, C-94/99, *Arge*; CGCE, 13 gennaio 2005, C-84/03, *Commissione c. Regno di Spagna*, pt. 48; CGCE, 18 gennaio 2007, C-220/05, *Jean Auroux c. Commune de Roanne*; CGCE, 6 aprile 2006, C-410/04, *ANAV c. Comune di Bari*.

⁵¹⁴ Risoluzione del Parlamento europeo «sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici» del 18 maggio 2010 (2009/2175(INI)), reperibile sul sito www.europarl.europa.eu.

⁵¹⁵ Par. 9-12 della risoluzione in oggetto.

Si veda P. DE LUCA, *Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2/2013, 386; C. PIO SANTACROCE, *Osservazioni sul «partenariato pubblico-pubblico», tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive in materia di appalti e concessioni*, in www.giustamm.it e in *Riv. giur. urb.* 2/2014, 174 ss.

nell'ordinamento europeo un espresso rinvio al "diritto all'autonomia regionale e locale" – e poi ha evidenziato come tale diritto si stia affermando sempre più anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, specialmente laddove si riconosce «la possibilità, per le pubbliche autorità, di ricorrere ai propri strumenti per adempiere alle missioni di servizio pubblico in collaborazione con altre autorità pubbliche⁵¹⁶», come alternativa alla esternalizzazione.

Tali le premesse, il legislatore europeo ha colto l'occasione per soffermarsi in particolare sulla giurisprudenza *Amburgo*, nella quale la Corte di Giustizia ha specificato che nelle ipotesi di cooperazione amministrativa «il diritto comunitario non impone alle autorità pubbliche di ricorrere a una particolare forma giuridica per svolgere in comune i loro compiti di servizio pubblico», lasciando sostanzialmente la scelta tra la creazione di un ente pubblico o la sottoscrizione di un contratto.

Così facendo, il Parlamento ha dimostrato di condividere il nuovo indirizzo giurisprudenziale in materia, riconoscendo che «i partenariati pubblico-pubblico, come gli accordi di collaborazione tra autorità locali e certe forme di cooperazione nazionale, non rientrano nel campo d'applicazione delle direttive sugli appalti pubblici» qualora rispettino determinati criteri: a) lo scopo del contratto deve coincidere con l'esecuzione di un compito pubblico spettante a tutte le autorità coinvolte; b) il compito pubblico deve essere svolto esclusivamente da autorità pubbliche senza la partecipazione di privati o imprese private; c) l'attività deve essere erogata essenzialmente a favore della autorità pubbliche parti del contratto.

Il documento licenziato dal Parlamento, sembra riproporre sostanzialmente le medesime osservazioni già svolte dal giudice europeo e non dà quindi particolari spunti innovativi al dibattito dottrinale. Si può, forse, soltanto ritenere che laddove il Parlamento richiede «l'esecuzione di un compito spettante a tutte le autorità coinvolte», esso sembra propendere per una concezione formale in virtù della quale i compiti svolti dalle varie amministrazioni devono essere omogenei e sovrapponibili. Ciò che appare comunque evidente è che anche il legislatore europeo incoraggia un'ampia diffusione dei modelli contrattuali di autoproduzione.

⁵¹⁶ In particolare la Risoluzione del Parlamento rinvia alla CGCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07.

In giurisprudenza, nello stesso senso, CGCE, 11 gennaio 2005, C-26/03 *Stadt Halle e RPL Lochau* pt. 48 nonché le Concl. Avv. Gen. A. La Pergola 19 febbraio 1998 C-360/96, *BFI Holding c. Arnhem*, pt. 26; Concl. Avv. Gen. S. Alber, 18 marzo 1999 C-108/98, *RISAN srl c. Comune di Ischia* pt. 49; CGCE, 11 marzo 2003, C-186/01, *Dory*; Concl. Avv. gen. J. Kokott, 1 marzo 2005, C-458/03, *Parking Brixen* pt. 42

1.2 Il Libro Verde della Commissione Europea sulla «modernizzazione della politica dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti»⁵¹⁷.

Nel testo della Risoluzione, il legislatore europeo aveva invitato gli Stati membri e la Commissione a diffondere informazioni circa l'impatto che il nuovo orientamento giurisprudenziale della Corte avrebbe potuto avere a livello europeo e a livello nazionale.

L'invito è stato accolto dalla Commissione che, subito, ha pubblicato il Libro Verde⁵¹⁸ sulla «modernizzazione della politica dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici», dedicando all'argomento una sezione intera.

La Commissione, in particolare, prendendo atto delle incertezze giuridiche in materia che determinano situazioni nelle quali «le amministrazioni non sempre sanno esattamente se e a quali condizioni le proprie azioni rientrano nel campo del diritto dell'Unione in materia di appalti

⁵¹⁷ Pt. 2.3 del Libro Verde della Commissione Europea “*sulla modernizzazione della politica dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*”, COM(2011)15 def. del 27 gennaio 2011 reperibile su www.eur-lex.europa.eu.

Si veda AA.VV., *EU Procurement Directives –modernisation growth & innovation. Discussions on the 2011 Proposals for Public Procurement directives*, Copenhagen, 2012, 22 ss; C. PIO SANTACROCE, *Osservazioni sul «partenariato pubblico-pubblico», tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive in materia di appalti e concessioni*, cit; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 37 ss.

In particolare, F. SATTA, *Vento nuovo per gli appalti*, in www.apertacontrada.it, 2012 ritiene che il Libro verde sia un «vero e proprio manifesto di rottura col passato» in quanto muove da una «visione globale del mercato e dell'economia» in cui è necessario sviluppare un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione soprattutto attraverso la domanda di mercato che è alla base del settore degli appalti.

⁵¹⁸ Si ricorda che il Libro Verde è un “documento di riflessione” mediante il quale la Commissione illustra lo stato di un determinato settore da disciplinare e chiarisce il proprio punto di vista invitando ad una consultazione a livello europeo. Diversa funzione hanno i Libri bianchi che sono, invece, documenti che contengono proposte di azione in specifici settori e costituiscono lo strumento per la loro realizzazione; questi libri, a volte, fanno seguito a un libro verde precedentemente pubblicato.

Nello specifico, il Libro Verde citato ha ricevuto più di 623 risposte da parte non solo degli Stati membri, ma anche dei loro enti territoriali e delle loro associazioni di cittadini e di imprese; questo a testimonianza del fatto che la tematica circa la modernizzazione delle pubbliche commesse sia argomento che anima profondamente il dibattito politico attuale. Per una sintesi alle repliche: www.ec.europa.eu/inter-national_market/consultations/docs/2011/public_Procurement/synthesis_document_en.pdf.

ci⁵¹⁹», ha rimarcato come sia ormai tempo «di definire se, e in che misura, le norme sugli appalti pubblici debbano applicarsi agli appalti conclusi tra amministrazioni pubbliche⁵²⁰», in particolare distinguendo «chiaramente tra le moderne forme di organizzazione dell'adempimento (congiunto) delle funzioni pubbliche da parte della amministrazioni aggiudicatrici, che sono guidate esclusivamente da considerazioni di interesse pubblico (ossia non sono regolate da norme in materia di appalti pubblici) da un lato; e dall'altro le operazioni puramente commerciali di vendita e di acquisto di beni e servizi nel mercato (regolate dalle norme)⁵²¹».

A tale fine, la Commissione ha fissato chiaramente i termini del problema: e cioè bilanciare due principi fondamentali, quello ad una «concorrenza equa ed aperta⁵²²» – che impedisce di escludere a priori gli appalti conclusi tra amministrazioni pubbliche dal campo delle direttive UE – e quello di autorganizzazione dei pubblici poteri nell'esercizio delle proprie funzioni.

Così facendo, essa ha distinto due tipi di «cooperazione pubblico-pubblico» che non sono coperti dalle direttive: la cooperazione “interna” e quella “orizzontale/non istituzionalizzata”.

Nella prima categoria, la Commissione ha ricompreso sia i casi di relazione *in house*, sia quelli di *in house* cd. pluripartecipato che la Commissione, nello specifico, definisce di “cooperazione verticale/istituzionale”.

Nella seconda categoria, invece, l'istituzione europea ha inserito i contratti volti all'«adempimento congiunto di una funzione pubblica esclusivamente da parte di enti pubblici, utilizzando risorse proprie, per un obiettivo comune e comportando diritti e obblighi reciproci che vanno al di là dell'«adempimento di una funzione a titolo oneroso» nel perseguimento dell'interesse pubblico⁵²³», e cioè i contratti di partenariato pubblico-pubblico contrattuale.

Una volta definiti gli istituti sussumibili nella categoria della «cooperazione pubblico-pubblico», la Commissione si è, poi, chiesta se sia possibile enucleare criteri comuni a questi due tipi di cooperazione pubblica.

In particolare, dall'analisi svolta, l'istituzione europea ha tratto tre requisiti comuni: a) queste forme di cooperazione devono rimanere puramente pubbliche⁵²⁴; b) gli enti partecipanti devono avere una «vocazione commerciale limitata⁵²⁵»; c) in mancanza di un controllo analogo – riscontrabile solo nelle cooperazioni interne – è necessario che la cooperazione comporti diritti ed obblighi reciproci che vadano al di là dell'«adempimento di una

⁵¹⁹ Così, pag. 23 del Libro Verde.

⁵²⁰ Pag. 22 del Libro Verde.

⁵²¹ Così, pag. 24 del Libro Verde.

⁵²² Pag. 22 del Libro Verde.

⁵²³ Così, pag. 23 del Libro Verde.

⁵²⁴ La Commissione richiama la CGCE, *Stadt Halle*, cit.

⁵²⁵ Rinvio a CGCE, *SEA*, cit., pt. 73.

funzione a titolo oneroso” nel perseguimento dell’interesse pubblico, con la conseguenza che il principale obiettivo della cooperazione non deve essere di natura commerciale⁵²⁶.

Con particolare riferimento alla cooperazione orizzontale, la Commissione ha richiamato in buona sostanza i requisiti enucleati dalla giurisprudenza comunitaria, aggiungendo tuttavia un nuovo requisito di legittimità consistente nella possibilità che le amministrazioni stipulanti possano avere una limitata vocazione commerciale.

È certo che il riferimento al mercato libero, ancorché limitato, costituisce un profilo innovativo rispetto alla categoria enucleata in principio dalla giurisprudenza.

Come si avrà modo di evidenziare successivamente, le differenze tra l’impostazione della Commissione e quella delle Istituzioni europee in generale in punto di esatta individuazione dei requisiti di legittimità del partenariato pubblico-pubblico contrattuale paiono accentuarsi ancora di più alla luce delle nuove direttive in materia di appalti 2014⁵²⁷.

1.3 Il documento di lavoro dei servizi della Commissione Europea del 2011 «*concernente l’applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici (“cooperazione pubblico-pubblico”)*».

Come preannunciato nello stesso Libro Verde, i servizi della Commissione hanno successivamente pubblicato un documento di lavoro «*concernente l’applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici (“cooperazione pubblico-pubblico”)*»⁵²⁸»

⁵²⁶ Rileva R. CARANTA, *I contratti pubblici, cit.*, che tale ultimo requisito appare una forzatura della giurisprudenza della Corte di Giustizia che invero non fa mai riferimento alla circostanza per la quale il principale obiettivo della cooperazione non deve essere di natura commerciale. Nel testo, l’Autore sottolinea, inoltre, che le basi su cui poggia la ricostruzione della Commissione, indipendentemente dalla loro fondatezza, appaiono deboli perché non tengono conto interamente della giurisprudenza della Corte di Giustizia, basandosi spesso «su passaggi motivazionali ambigui e tutto sommato non centrali» delle sentenze del giudice europeo.

⁵²⁷ Nelle nuove direttive è inserita una disposizione intitolata «*Appalti pubblici tra enti nell’ambito del settore pubblico*»: si tratta dell’art. 12, co. 4 della D. 2014/24/UE in materia di contratti di appalto nei settori ordinari e dell’art. 28, co. 4 della D. 2014/25/UE in materia di contratti di appalto nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e servizi postali. Il medesimo testo è contenuto anche all’art. 17, co. 4 della D. 2014/23/UE in materia di concessioni intitolato intitolato «*Concessioni pubblici tra enti nell’ambito del settore pubblico*». Le direttive sono state adottate il 26 febbraio 2014 e pubblicate nella G.U. dell’Unione Europea in data 28 marzo 2014.

⁵²⁸ Documento di lavoro dei servizi della Commissione «*concernente l’applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra*

mediante il quale hanno provato a enunciare alcune soluzioni alle problematiche sorte in materia⁵²⁹.

Nonostante qualche opinione negativa espressa in dottrina⁵³⁰, il documento svolge un ruolo fondamentale nel percorso di definizione dell'istituto del partenariato pubblico-pubblico contrattuale in quanto testimonia il progressivo avvicinamento del diritto europeo ai diritti nazionali degli Stati membri mediante la valorizzazione del necessario bilanciamento tra gli interessi degli operatori economici e delle autorità pubbliche.

Il documento, in particolare, non si occupa solo delle cd. «cooperazioni pubblico-pubblico⁵³¹» – intese come cooperazioni tra enti pubblici volte all'adempimento di compiti di pubblico interesse mediante strumenti propri al cui interno rientrano tanto le cooperazioni interne (*in house* e *in house pluripartecipato*) quanto quelle orizzontali – ma anche di tutti gli altri «rapporti pubblico-pubblico⁵³²» intese invece come relazioni tra enti pubblici

amministrazioni aggiudicatrici (“cooperazione pubblico-pubblico”)», SEC(2011)1169 def., del 4 ottobre 2011, DG Mercato interno e servizi. I servizi della Commissione hanno chiarito che il documento riguarda solo le amministrazioni aggiudicatrici nei settori ordinari e non anche, quindi, alle imprese pubbliche. In linea teorica, le medesime considerazioni dovrebbero valere anche per gli enti aggiudicatori qualora compatibili e cioè fatte salve eventuali deroghe espresse o specifici casi di incompatibilità delle norme contenute nella D. 2004/17/CE quali l'art. 23 e gli specifici casi di cooperazione nel settore pubblico.

⁵²⁹ Per un commento del documento si legga B. KOEBEL, *Marchés publics conclus entre pouvoirs adjudicateurs: l'équilibre, enfin?*, in *La semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 7, 2012, 2058; F. LLORENS- P. SOLER-COUTEAUX, *Coopération public-public et droit communautaire: quelle perspectives?*, in *Contrats et marchés publics*, 12/2011, 11. Si veda anche C. PIO SANTACROCE, *Osservazioni sul «partenariato pubblico-pubblico», tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive in materia di appalti e concessioni*, cit; A. BARTOLINI, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti*, cit., 12/2013, 1257.

⁵³⁰ È di questo avviso B. KOEBEL, *Marchés publics conclus entre pouvoirs adjudicateurs: l'équilibre, enfin?*, cit., 2058.

In senso contrario, F. LLORENS- P. SOLER-COUTEAUX, *Coopération public-public et droit communautaire: quelle perspectives?*, cit.

⁵³¹ Par. 3 del documento di lavoro.

⁵³² Par. 4 del documento di lavoro.

In particolare rientrano in questa categoria: a) i rapporti tra pubbliche amministrazioni nel contesto di accordi di committenza congiunti o centrali che permettono di creare una gara di appalto comune a più amministrazioni; b) la redistribuzione delle competenze tra enti pubblici mediante la quale una competenza propria di un'amministrazione viene trasferita completamente ad un altro ente pubblico. L'amministrazione in quest'ipotesi non acquista alcun servizio per i propri fini ma al contrario cede la responsabilità di un determinato compito ad un'altra entità. Questa cessione può avvenire anche mediante: a.1) l'assegnazione

volte all'adempimento di compiti di pubblico interesse mediante risorse esterne all'amministrazione.

Di rilievo è il paragrafo che riguarda le cooperazioni orizzontali che, sulla scorta della recente giurisprudenza del giudice europeo, vengono considerate legittime alle seguenti condizioni⁵³³: a) che la cooperazione coinvolga soltanto amministrazioni aggiudicatrici, senza la partecipazione del privato; b) che abbia carattere di cooperazione reale intesa all'esecuzione congiunta di un compito comune; c) che sia retta esclusivamente da considerazioni d'interesse pubblico.

I servizi della Commissione hanno poi fornito alcune importanti indicazioni interpretative sulle cooperazioni contrattuali.

Nello specifico, viene, in primo luogo, precisato che l'elemento di discriminazione tra un contratto di appalto pubblico e un contratto di cooperazione si dovrebbe rinvenire nell'esistenza di una «cooperazione reale⁵³⁴» tra le amministrazioni posta in essere attraverso la reale divisione di diritti e obblighi reciproci per realizzare un «obiettivo comune» rappresentato dall'esecuzione congiunta del medesimo compito.

In secondo luogo, i servizi della Commissione hanno riconosciuto, in linea con quanto già sostenuto dalla dottrina⁵³⁵, che pur dovendo essere mantenuta ferma la condizione che esclude dalla cooperazione ogni partecipazione privata, l'istituto è in linea di principio applicabile «a tutte le amministrazioni aggiudicatrici, ossia anche agli organismi di diritto pubblico⁵³⁶», a condizione che non vi siano investimenti di capitale privato. In sostanza, si è data conferma al fatto che si tratti di una nuova categoria giuridica applicabile a tutte le pubbliche autorità, di qualunque natura e livello, e quindi non solo a quelle locali.

non contrattuale di compiti mediante la quale un'entità svolge un'attività sulla base degli obblighi che le derivano dalla legislazione nazionale piuttosto che su base contrattuale (CGCE, 19 aprile 2007, C-295/05, *Asemfo c. Tragsa*); a.2) l'aggiudicazione di un appalto ad un ente pubblico che gode di diritti esclusivi ex art. 18 D. 2004/18/CE. Si noti che con il termine "diritti esclusivi" si può fare riferimento a situazioni anche molto diverse che possono riguardare sia un intero settore economico riservato ad enti pubblici sia l'assegnazione esclusiva di un compito specifico ad un'impresa.

⁵³³ In particolare, il § 3.3 del documento di lavoro è interamente dedicato alla cooperazione orizzontale/non istituzionalizzata.

⁵³⁴ Ivi, pag. 14.

⁵³⁵ In tale senso, E. BROUSSY, F. DONNANT, C. LAMBERT, *Chroniques de jurisprudence de la CJCE, AJDA*, 2009, 1541; A. SANTAMARIA DACAL, *Une nouvelle exception à l'application des directives "Marchés"*, in *Revue Juridique de l'Economie Publique (RJEP)*, 2009; C.P. SANTACROCE, *Osservazioni sul "partenariato pubblico-pubblico", tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, cit., 10.

⁵³⁶ Pag. 14 del documento di lavoro e in particolare nota 45.

In terzo luogo, viene riaffermata la circostanza che la cooperazione sia retta «solo da considerazioni di interesse pubblico⁵³⁷». I servizi della Commissione hanno posto in rilievo il fatto che se la cooperazione è retta da altre considerazioni essa dovrebbe automaticamente ricadere nell'ambito applicativo delle regole sulla concorrenza "per" il mercato. Per tale ragione, essi hanno viceversa affermato che la cooperazione deve «riguardare esclusivamente entità la cui attività principale non ha fini commerciali», altrimenti verrebbe rimesso in discussione l'obiettivo delle norme comunitarie in tema di libera circolazione dei servizi e di tutela della concorrenza⁵³⁸.

Da ciò, sembrerebbe possibile arguire che il documento di lavoro contrasti con quanto precedentemente affermato dalla stessa Commissione nel Libro verde dove invece era stata ammessa una «vocazione commerciale limitata⁵³⁹»; in realtà, l'esclusione della vocazione commerciale non è totale. Nella nota n. 47 del documento si legge infatti che tra le «considerazioni di interesse pubblico⁵⁴⁰» che devono essere perseguite dagli enti pubblici, va ricompreso anche «l'uso economicamente ragionevole delle risorse⁵⁴¹»: questa circostanza permette quindi di fare ritenere «accettabile» un'attività «strettamente accessoria e marginale⁵⁴²» sul mercato.

1.4 Il partenariato pubblico-pubblico contrattuale nella proposta per una nuova direttiva in materia di appalti pubblici e concessioni.

⁵³⁷ Ivi, pag. 14-15.

⁵³⁸ Se le amministrazioni pubbliche svolgono attività d'impresa nel libero mercato, esse si pongono in concorrenza diretta con gli operatori economici perseguendo i medesimi interessi commerciali (fine di lucro): è quindi necessario che questi partecipino alle procedure di appalto al pari degli operatori economici privati. Uguale discorso vale per quegli enti pubblici non economici che svolgono attività sul mercato (Università, Istituti di ricerca etc. quando autorizzati): questi, ai sensi del diritto europeo, sono considerati operatori economici a prescindere dal fatto che rivestano la qualifica d'imprenditore, d'impresa o che perseguano un fine di lucro. La nozione s'incentra solo sull'attività svolta: se consiste in attività esercitabili nel libero mercato allora è necessario che le stesse siano oggetto di una procedura di gara; ove non vi sia attività economica sul libero mercato non vi è un operatore economico e quindi non è necessaria la gara.

Ciò ha sollevato dubbi sull'ammissibilità della partecipazione di enti pubblici non economici alle gare di appalto: questi infatti godrebbero di una posizione di privilegio, potendo contare su «sicurezza economica, costituita da finanziamenti pubblici costanti e prevedibili, che gli altri operatori economici non hanno, dovendo affidarsi esclusivamente alla loro capacità di ricavare reddito esclusivamente dall'offerta sul mercato»: così Cons. St., Sez. II, parere 23 aprile 2008 n. 167 pt. 7.

⁵³⁹ Pag. 24 del Libro verde.

⁵⁴⁰ Pag. 15 del Documento di lavoro.

⁵⁴¹ Pag. 16 del documento di lavoro ed in particolare sub nota 47.

⁵⁴² Ivi, nota 47.

L'attenzione delle istituzioni comunitarie europee alla figura del partenariato pubblico-pubblico ne ha determinato l'inserimento all'interno della proposta per una nuova direttiva in materia di appalti⁵⁴³. Nel 14° considerando è stato infatti riaffermato il principio per il quale le amministrazioni aggiudicatrici possono stipulare tra di loro accordi di cooperazione. In particolare viene specificato che tali accordi possono riguardare tutti i tipi di servizio a condizione che essi vengano stipulati esclusivamente tra pubbliche autorità e che siano retti da considerazione di interesse pubblico, in quanto l'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici non dovrebbe giammai interferire con la libertà dell'amministrazione di decidere come organizzare lo svolgimento dei propri compiti di pubblico servizio.

Sulla scorta di tali premesse, nella proposta di direttiva è stato inserito un articolo intitolato «relazioni tra amministrazioni pubbliche⁵⁴⁴» all'interno del quale il co. 4 disciplina la cooperazione pubblico-pubblico cd. orizzontale o contrattuale.

In particolare, la disposizione ha statuito che «un accordo concluso tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non si considera un appalto pubblico ai sensi dell'art. 2, par. 6, della presente direttiva, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'accordo stabilisce un'autentica cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, che mira a far sì che esse svolgano congiuntamente i loro compiti di servizio pubblico e che im-

⁵⁴³ Proposte di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici, Bruxelles 20 dicembre 2011 COM(2011)896 def. sugli appalti nei settori ordinari; COM(2011)895 def. sugli appalti nei settori speciali; COM(2011)897 def. sulle concessioni.

Alle proposte di direttiva ha fatto seguito un Progetto di relazione del Parlamento Europeo sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli "Appalti pubblici - Commissione del PE per il mercato interno e la protezione dei consumatori", COM/2011/0896-C7-0006/2012-2011/0438/COD, reperibile su www.osservatorioappalti.it e un Parere del Comitato economico, sociale ed europeo INT/625-625-626 «Appalti pubblici e contratti di concessione», reperibile su www.eesc.europa.eu.

In dottrina, sulla proposta di direttiva, si veda AA.VV., *EU Procurement Directives –modernisation growth & innovation. Discussions on the 2011 Proposals for Public Procurement directives*, cit.; nonché, F. SATTÀ, *Vento nuovo per gli appalti*, in www.apertacontrada.it, 2012; A. MASSARI, *Presto le nuove direttive appalti di IV generazione*, in *Appalti & contratti*, 7/12, 2.

⁵⁴⁴ Art. 11 della proposta di direttiva sugli appalti pubblici nei settori ordinari; art. 21 della proposta di direttiva sugli appalti pubblici nei settori speciali; art. 15 della proposta di direttiva sulle concessioni. Per uno specifico commento all'articolo della proposta di direttiva si legga il contributo sulle forme di cooperazione pubblico-pubblico di D. CASALINI, *Beyond UE Law: the New "Public house"*, in AA.VV., *EU Procurement Directives –modernisation growth & innovation. Discussions on the 2011 Proposals for Public Procurement directives*, Copenhagen, 2012, 151 ss.

plica diritti e obblighi reciproci delle parti; b) l'accordo è retto esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti non svolgono sul mercato aperto più del 10% - in termini di fatturato - delle attività pertinenti all'accordo; d) l'accordo non comporta trasferimenti finanziari tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti diversi da quelli corrispondenti al rimborso dei costi effettivi dei lavori, dei servizi o delle forniture; e) nelle amministrazioni aggiudicatrici non vi è alcuna partecipazione privata».

Dalla lettera della norma non sembra tuttavia che essa abbia sopito il dibattito sorto in punto di esatta interpretazione dei requisiti di legittimità del partenariato pubblico-pubblico.

All'indomani della pubblicazione della proposta di direttiva, infatti, permangono praticamente immutati i problemi relativi all'individuazione dei confini del “*public group*”, e cioè dell'ambito all'interno del quale le relazioni pubblico-pubblico – volte all'adempimento di compiti di interesse pubblico mediante propri strumenti – esulano dall'applicazione delle direttive in materia di appalti.

In primo luogo, il legislatore comunitario, discostandosi dall'insegnamento della Corte di Giustizia⁵⁴⁵, ha, infatti, permesso che una percentuale massima pari al 10% delle attività oggetto dell'intesa possa essere svolta sul mercato: questo requisito in sostanza chiarisce che le attività oggetto del contratto sono attività di regola contendibili sul mercato⁵⁴⁶.

In secondo luogo, nuovamente discostandosi dall'insegnamento del giudice europeo, il legislatore ha eliminato il riferimento alle “funzioni comuni”: anzi, la proposta di direttiva prescrive proprio che la cooperazione venga utilizzata dalle autorità pubbliche per svolgere i “loro” compiti di servizio pubblico. Ciò potrebbe forse portare a ritenere che il legislatore abbia voluto accogliere un'interpretazione estensiva del concetto di cooperazione, ammettendola sostanzialmente tra tutte le pubbliche amministrazioni anche di diversa natura e di differente livello.

⁵⁴⁵ Come evidenziato anche da D. CASALINI, op. ult. cit., 177, una delle maggiori differenze con la giurisprudenza europea riguarda il fatto che la direttiva si riferisca al libero mercato. La Corte di Giustizia aveva escluso che le autorità pubbliche partecipanti all'accordo potessero avere vocazione economica, mentre la Commissione ed i suoi servizi, nel Libro verde e poi nel documento di lavoro, aveva invece ammesso la possibilità che le amministrazioni potessero avere una «vocazione commerciale limitata» ad attività meramente accessorie o marginali.

⁵⁴⁶ R. CARANTA, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 4/2013, 397. Secondo, P. DE LUCA, *Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2/2013, 397 l'introduzione della percentuale del 10% restringe il campo applicativo del contratto di cooperazione ad ipotesi del tutto eccezionali.

Nel testo della proposta non compare poi il richiamo agli “obiettivi comuni”, che, come precedentemente rilevato, è l’elemento centrale della fattispecie, essendo la finalità cooperativa del contratto⁵⁴⁷: gli obiettivi comuni traducono, infatti, la causa in concreto del contratto e cioè la volontà di prestarsi reciproca assistenza per garantire lo svolgimento di una funzione pubblica comune. Quasi a bilanciare il mancato rinvio agli obiettivi comuni, il legislatore europeo ha invece prescritto che il servizio sia svolto in modo congiunto e che la cooperazione sia «autentica».

Il legislatore non ha chiarito cosa intendere per “cooperazione autentica” ma sembra lecito sostenere che lo sia ogni forma di cooperazione che comporta la divisione di «diritti e obblighi» ulteriori per le parti con possibilità di travalicare il semplice rapporto sinallagmatico del contratto di scambio in un’ottica di esecuzione congiunta del medesimo compito pubblico. Diversamente, la cooperazione dovrebbe essere intesa quale modalità di svolgimento del servizio con la conseguenza che il contratto non potrebbe essere interpretato come contratto organizzativo, ma come un contratto di appalto.

2. I chiarimenti della Corte di Giustizia.

In tale articolato contesto normativo e giurisprudenziale non sorprende che l’applicazione della fattispecie della cooperazione contrattuale abbia sollevato in concreto alcuni problemi di compatibilità con gli ordinamenti nazionali: ne sono testimonianza i diversi rinvii pregiudiziali dei giudici nazionali alla Corte di Giustizia⁵⁴⁸. In tale incerto contesto, ha assunto un’importanza fondamentale la vicenda *Asl Lecce*⁵⁴⁹ che ha permesso alla

⁵⁴⁷ D’altra parte anche i servizi della Commissione nel documento di lavoro «*concernente l’applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici (“cooperazione pubblico-pubblico”)*», SEC(2011)1169 def., del 4 ottobre 2011, DG Mercato interno e servizi, avevano evidenziato che un contratto di partenariato pubblico-pubblico deve creare una cooperazione reale per perseguire obiettivi comuni.

⁵⁴⁸ In particolare come si vedrà la CGUE, Grande Sezione, 19 dicembre 2012, C-159/11 *Asl Lecce e altri c. Ordine degli ingegneri della Provincia di Lecce e altri* nasce da un rinvio del giudice italiano, così come anche CGUE, Sez. X, ord. 16 maggio 2013 C-564/11 *Consulta regionale Ordine degli Ingegneri Lombardia e altri c. Comune di Pavia e Università degli Studi di Pavia* e CGUE, Sez. X, ord. 20 giugno 2013, C-352/12, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c. Comune di Castelvechio Subequo e altri*; mentre CGUE 13 giugno 2013 C-386/11 *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH e altri c. Kreis Duren* deriva da un rinvio pregiudiziale del giudice tedesco.

⁵⁴⁹ CGUE, Grande Sezione, 19 dicembre 2012, C-159/11 *Asl Lecce e altri c. Ordine degli ingegneri della Provincia di Lecce e altri*, con nota R. CARANTA, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, cit., 388; M. MAZZAMUTO, *L’apparente neutralità comunitaria sull’autoproduzione pubblica: dall’in house al*

Corte di Giustizia di tornare, per la seconda volta, sul tema dei contratti di partenariato pubblico-pubblico.

2.1 La sentenza CGUE, 19 dicembre 2012, C-159/11 *Asl Lecce e altri*.

La questione sottoposta all'attenzione del giudice europeo in seguito al rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* compiuto dal giudice amministrativo italiano⁵⁵⁰ originato dalla controversia insorta tra la ASL di Lecce e

partenariato pubblico-pubblico, cit., 1416; P. DE LUCA, *Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2/2013; A. GIACALONE, *Dalla Corte arrivano le "deroghe" all'evidenza pubblica*, *Diritto e giustizia*, 2012, 1175; G.F. FIENGO, *Le regole europee in materia di appalti pubblici: nulla di nuovo dalla Corte con la sentenza 19 dicembre 2012 C-159/11 (...)?*, in *Rassegna dell'avvocatura dello Stato* 4/2012, 23; V. DI CAPUA, *Accordi tra amministrazioni e inderogabilità del diritto dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici. La tutela della concorrenza diventa «superprincipio»*, www.giustamm.it; L. CAPICOTTO, *Commento alla sentenza della Corte di Giustizia UE – Grande Sezione- 19 dicembre 2012. Elementi identificativi degli accordi di cooperazione ex art 15 L. 241/90 e s.m.i. e obbligo di rispettare le regole dell'Unione Europea sugli appalti pubblici*, in *Unione Europea e Cooperazione internazionale*, 2014; D. SIMON, *Contrats de services entre entités publiques*, in *Europe*, 2/2013, 32; D. MCGOWAN, *EU-clarification of permissible public cooperation and pecuniary interest: Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento v. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce (C-19/11)*, *Public Procurement Law Review*, 2013; F. TESSON, *La Cour de Justice de l'Union Européenne précise l'exception à l'application du droit de la commande publique aux coopérations entre collectivités publiques*, in *La Semaine juridique administration et collectivités territoriales*, 3/2013; S. PLATON, *La Cour précise les conditions de l'exception de coopération entre entités publiques en droit de contrats publics*, in *Journal d'actualité des droits européens*, 2012; B. DI GIACOMO RUSSO, *I contratti di cooperazione tra enti pubblici e la tutela della concorrenza*, *Appalti & contratti*, 1-2/2013, 54; M.E. COMBA, *Cooperazione verticale ed orizzontale tra enti pubblici: verso una "teoria unificata" delle deroghe dell'applicazione della normativa europea sugli appalti?*, *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2013, 298.

⁵⁵⁰ Cons. St., Sez. V, ord. 15 febbraio 2011 n. 966. Si ricorda che il rinvio pregiudiziale è una procedura esercitata dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea che consente ad una giurisdizione nazionale di interrogare la Corte di giustizia sull'interpretazione o sulla validità del diritto europeo nell'ambito di una causa pendente. A differenza delle altre procedure giurisdizionali, il rinvio pregiudiziale non è un ricorso contro un atto europeo o nazionale, bensì un quesito sull'applicazione del diritto europeo. Il rinvio pregiudiziale favorisce quindi la cooperazione attiva tra le giurisdizioni nazionali e la Corte di giustizia, nonché l'applicazione uniforme del diritto europeo in tutta l'UE. Sull'argomento si legga, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2009; M. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 421.

l'Università del Salento e l'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e altri, dall'altro, ha riguardato un "accordo di cooperazione" che la ASL e l'Università avevano concluso in via diretta per l'esecuzione a titolo oneroso di studi e valutazioni della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere presenti nella provincia di Lecce⁵⁵¹.

In particolare, il contratto aveva previsto che l'attività avrebbe dovuto svolgersi in stretta collaborazione tra il gruppo di lavoro della ASL e quello dell'Università; che la responsabilità scientifica sarebbe ricaduta su due soggetti designati, rispettivamente, dalla ASL e dall'Università; che i risultati degli studi sarebbero appartenuti alla ASL con l'impegno di citare il Dipartimento dell'Università in caso di pubblicazione; che per tale prestazione l'Università avrebbe avuto diritto a un compenso suddiviso in diverse rate.

Il corpo motivazionale della sentenza è molto essenziale: il giudice si è limitato a ripercorrere le diverse deroghe all'evidenza pubblica, ritenendo che il contratto in esame non presentasse i requisiti né di un'operazione *in house* né di contratto di cooperazione: nello specifico, questa ultima opzione è stata esclusa sulla base del fatto che il contratto non sembrava garantire

⁵⁵¹ La vicenda *ASL Lecce* è importante non solo perché permette alla Corte di Giustizia di tornare sull'argomento del partenariato pubblico-pubblico contrattuale ma anche perché, con riferimento all'ordinamento italiano, testimonia il mutato atteggiamento del Consiglio di Stato a fronte di accordi *ex art. 15 L. 241/90*.

Nel 2010, sia il TAR Lombardia, sez. I, 10 gennaio 2010 n. 74 che il Cons. St., Sez. V, 10 settembre 2010 n. 6548 avevano ritenuto che un affidamento diretto da parte di una P.A. ad un'Università di un incarico di studio e consulenza tecnico-scientifica fosse legittimo in quanto riconducibile ad un accordo tra enti ammesso dall'art. 15 L. 241/90. Con l'ordinanza di rinvio del 15 febbraio 2011 n. 966, il Consiglio di Stato espone le sue perplessità sulla correttezza di tale orientamento alla luce del diritto europeo.

La sentenza della Corte di Giustizia è interessante anche per un'altra ragione: tratta infatti della natura di operatore economico di soggetti pubblici quali le Università. Richiamando la precedente giurisprudenza *CoNISMa*, (C-305/08) il giudice europeo ribadisce che tale qualificazione dovrebbe essere riconosciuta ad ogni ente pubblico che offra servizi sul mercato, a prescindere dall'esistenza di elementi quali il perseguimento dello scopo di lucro o la presenza continua sul mercato.

Nell'ordinamento interno questa impostazione è stata recentemente confermata da Cons. St., Sez. VI, 23 gennaio 2013 n. 387; Cons. St., Sez. VI, 13 luglio 2010 n. 4525; Cons. St., Sez. VI, 16 giugno 2009 n. 3897; TAR Sardegna Sez. I 20 gennaio 2009 n. 55; TAR Toscana, 13 febbraio 2006 n. 395; TAR Lazio, Sez. I, 26 luglio 2004 n. 7353. Si supera così l'opposto orientamento che considerava le Università escluse dalla nozione di "operatore economico" (TAR Campania, Sez. I, 12 giugno 2002 n. 3411; Cons. St., Sez. V, 29 luglio 2003 n. 4327). Ripercorre la problematica A. DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, cit. 749 ss.

l'adempimento di una «funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi⁵⁵²».

Più interessanti appaiono invece le conclusioni dell'avvocato generale⁵⁵³ che permettono di svolgere qualche breve considerazione sulla possibile estensione della nozione di “*public group*”, rilevante ai fini della delimitazione delle relazioni tra pubbliche amministrazioni di natura organizzativa.

Nelle sue conclusioni, l'avvocato generale ha evidenziato come la generale figura del «partenariato pubblico-pubblico contrattuale» nasca proprio dall'estensione a tutte le forme di cooperazione tra pubbliche autorità dell'istituto della «cooperazione intercomunale» elaborata dalla sentenza *Amburgo*: figura che si caratterizzerebbe per il fatto che le amministrazioni si accordano per svolgere una «funzione di interesse pubblico comune⁵⁵⁴».

In particolare, secondo l'avvocato generale, il fatto che la funzione debba essere “comune” è un elemento indispensabile per interpretare correttamente il termine “cooperare”: la cooperazione deve essere intesa, infatti, come «perseguimento di una strategia comune condivisa dalle parti che si basa sullo scambio e sull'armonizzazione dei rispettivi interessi⁵⁵⁵». In sostanza, dal contratto dovrebbe desumersi proprio questa finalità.

Richiamando la vicenda *Amburgo*, egli ha rilevato che il contratto sottoscritto dalla città di Amburgo e i *Landkreise* presenti i tratti di una «iniziativa di cooperazione⁵⁵⁶» in quanto prevede «un rapporto di scambio che va al di là di una prestazione di servizi verso semplice pagamento del prezzo», giacché le parti si prestano «reciproca assistenza⁵⁵⁷».

In particolare, l'avvocato generale ha ritenuto che l'indagine circa la finalità perseguita dalle amministrazioni contraenti debba riguardare la struttura del contratto (che presenterà, per l'appunto, una causa di scambio tipica dei contratti di scambio ed ulteriori obblighi di reciproca assistenza) o anche la «natura del rapporto che si instaura tra le parti⁵⁵⁸»: la finalità cooperativa infatti non deve necessariamente tradursi in forma contrattuale.

Ciò che conta è invece che la finalità cooperativa venga perseguita mediante la creazione di «una struttura adatta alle esigenze delle parti⁵⁵⁹»: sia essa un contratto di partenariato oppure un ente nel quale i poteri vengono esercitati congiuntamente.

⁵⁵² Pt. 37 a 41 della sentenza *ASL Lecce*.

⁵⁵³ Conclusioni Avv. Gen. V. Trstenjak, 23 maggio 2012 in causa C-159/11, *Asl Lecce c. Ordine degli ingegneri e altri*.

⁵⁵⁴ § 72-75 delle conclusioni dell'Avv. Gen. V. Trstenjak.

⁵⁵⁵ Ivi, § 75.

⁵⁵⁶ Pt. 37e pt. 38 della sentenza *Amburgo*.

⁵⁵⁷ § 76 delle conclusioni dell'Avv. Gen. V. Trstenjak.

⁵⁵⁸ § 78 delle conclusioni dell'Avv. Gen. V. Trstenjak.

⁵⁵⁹ Ivi, § 78.

2.2. I principi affermati dalla sentenza.

Alla luce di quanto sinora detto è forse possibile dedurre che le conclusioni alla sentenza *Asl Lecce* dicano molto più del testo della sentenza stessa: le osservazioni e le puntualizzazioni in esse contenute permettono di svolgere qualche breve considerazione di ordine interpretativo sulle condizioni di legittimità dell'istituto.

Come si è avuto modo di rilevare al termine del secondo capitolo, un primo ordine di problemi aveva riguardato la nozione di «funzioni di servizio pubblico» richiamata tanto dalla giurisprudenza, quanto dalla proposta di direttiva; vista l'ambiguità della nozione di «servizio pubblico» in seno all'ordinamento europeo, una parte della dottrina aveva pertanto suggerito di interpretare il termine semplicemente come «funzioni pubbliche⁵⁶⁰».

Attualmente, questa lettura pare proprio avallata dalle conclusioni dall'Avvocato Generale Trstenjak laddove parla di svolgimento di «funzioni di interesse pubblico⁵⁶¹», sebbene poi nel testo della sentenza ricompaia il riferimento al «servizio pubblico».

Il concetto di servizio pubblico utilizzato dai giudici comunitari sembra riecheggiare la nozione francese di attività amministrativa laddove si parla di «*service public*» per intendere un potere pubblico attribuito all'amministrazione e indirizzato alla cura concreta degli interessi pubblici⁵⁶²; un potere quindi espressione della *puissance publique*.

Le conclusioni dell'Avvocato Generale permettono, in secondo luogo, di svolgere qualche osservazione anche sul carattere «comune» delle funzioni perché afferma che non vi è comunanza di una funzione quando questa mira a realizzare compiti istituzionali di una sola amministrazione o missioni di servizio pubblico di natura differente tra loro⁵⁶³.

Nonostante tale chiarimento, i termini del problema circa l'esatta interpretazione dell'aggettivo «comune» sembrano restare immutati: le conclusioni infatti non chiariscono se il compito istituzionale debba essere ef-

⁵⁶⁰ Si rinvia al paragrafo 3.2 del II capitolo nonché alla lettura dei contributi di D. CASALINI, *Beyond EU law: the new "Public House"*, cit., 176; P. PROOT, *Coopération locale et mutualisation de services, La semaine juridique et collectivités territoriales*, 27/2009, 2163.

⁵⁶¹ § 73 delle conclusioni dell'Avv. Gen. V. Trstenjak.

⁵⁶² Sul punto, F. SATTA, *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, Padova, 1980, 126 che rinvia a M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, 1939, 109 ss. il quale parla di *service public* come di «un insieme organizzato di funzionari che mettono in opera il potere e la competenza dell'amministrazione per rendere al pubblico un servizio regolare, continuo, che contribuisce alla polizia della comunità».

⁵⁶³ Ed infatti, applicando tale impostazione, l'avvocato generale non esclude che vi possa essere cooperazione tra una ASL e un'Università, ma la esclude nel caso concreto perché la natura dell'attività richiesta all'ente universitario esula dalle funzioni riconducibili alla ricerca scientifica

fettivamente identico o solo concretamente riferibile ad una medesima materia oggetto della funzione pubblica⁵⁶⁴. È chiaro che solo in quest'ultimo caso potrebbero ammettersi contratti anche per lo svolgimento di funzioni tra loro complementari con la conseguenza che l'istituto troverebbe applicazione anche tra gruppi di amministrazioni non omogenee, che operano in uno stesso territorio⁵⁶⁵.

Questa lettura potrebbe trovare conferma in un passo successivo delle conclusioni dell'Avvocato Generale laddove si afferma che il fine della cooperazione è creare «strategia comune condivisa che si basa sullo scambio e sull'armonizzazione dei rispettivi interessi⁵⁶⁶». Dal che non sembrerebbe del tutto erroneo sostenere che l'espressione “rispettivi interessi” debba essere interpretata in riferimento agli interessi “propri” di ogni amministrazione, ammettendo di conseguenza che il contratto di partenariato venga sottoscritto anche da “gruppi” di amministrazioni che perseguono fini di interesse pubblico diverso⁵⁶⁷. In sostanza ciò che dovrebbe importare, nell'ambito del contratto di partenariato pubblico-pubblico contrattuale è

⁵⁶⁴ Evidenzia i due opposti orientamenti, P. DE LUCA, *Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, cit., 397.

⁵⁶⁵ Se così non fosse, in applicazione del principio di sussidiarietà *ex art 118 Cost.*, bisognerebbe limitare l'operatività dei contratti di partenariato alle sole ipotesi in cui due amministrazioni pubbliche svolgono una medesima competenza amministrativa su due ambiti territoriali diversi. Ai sensi dell'art 118 Cost non è possibile che due amministrazioni pubbliche con competenza territoriale sovrapponibile condividano la medesima funzione pubblica. Sul punto D. MARESCA, *La cooperazione inter-amministrativa tra appalti e accordi orizzontali: i recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, *Dir. pubbl. comp. eur.* 2/2013, 701. Sul principio di sussidiarietà verticale, si rinvia invece alla lettura di G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 cost. u.c della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, 179.

⁵⁶⁶ § 75 delle conclusioni dell'Avv. Gen. V. Trstenjak.

⁵⁶⁷ D'Altra parte, osserva A. BARTOLINI, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti*, cit., 1262 che «la Corte di Giustizia non impone che ciascuna amministrazione partecipi alla cooperazione nella stessa misura: l'esecuzione del compito potrebbe essere basata su una divisione dei compiti o su una certa specializzazione».

Identiche osservazioni sono svolte da L. ZANETTI, *Gli strumenti di cooperazione funzionale nell'azione pubblica*, M. Cammelli (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007, 520 laddove evidenzia che l'accordo deve essere finalizzato ad assicurare la realizzazione congiunta della funzione, ma non è necessario che le amministrazioni partecipino in uguale modo all'effettiva realizzazione» di esso. Nello stesso senso, A. DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, cit., 732, evidenzia che gli accordi non richiedono una «perfetta sovrapposizione di competenze e di interessi pubblici, essendo invece sufficiente il ricorrere di un'evenienza in cui una determinata attività possa essere complementare e sinergica a un'altra di competenza di altra amministrazione».

che ogni ente pubblico persegua un interesse pubblico, anche diverso, e che esso sia la sola ragione che abbia spinto l'amministrazione a stipulare il contratto⁵⁶⁸.

L'ultima considerazione concerne infine la struttura del contratto di cooperazione. Le conclusioni dell'Avvocato Generale colgono perfettamente il punto di discriminare tra un contratto di partenariato e un contratto di appalto, ponendo in rilievo il primario ruolo svolto dalla causa concreta⁵⁶⁹ del contratto. Non a caso, l'avvocato generale evidenzia come sia fondamentale l'analisi del «rapporto tra le parti⁵⁷⁰» o della «struttura del contratto»: l'elemento caratterizzante è infatti la causa collaborativa che si traduce in obbligazioni che vanno al di là della mera causa di scambio di fare/prestare tipica dei contratti sinallagmatici⁵⁷¹.

In quest'ottica non stupisce che il giudice europeo, sulla base delle considerazioni svolte dall'Avvocato Generale, abbia in sostanza qualificato il contratto oggetto della controversia come un contratto di appalto: nono-

⁵⁶⁸ Sul punto, M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato pubblico-pubblico*, cit., 1419. Contrariamente R. CARANTA, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, cit., 395 secondo cui il ragionamento della Corte, molto "terso" e foriero di "ulteriori incertezze", permetterebbe ancora due diverse interpretazioni: quella più restrittiva che vuole che le amministrazioni coinvolte perseguendo tutte lo stesso pubblico interesse e quella meno rigida per cui ogni amministrazione può perseguire un interesse pubblico diverso. Nello stesso senso, P. DE LUCA, *Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, cit., 396. Diversamente per F. TESSON, *La Cour de Justice de l'Union Européenne précise l'exception à l'application du droit de la commande publique aux coopérations entre collectivités publiques*, in *La Semaine juridique administration et collectivités territoriales*, 3/2013 dovrebbe interpretarsi come funzione pubblica identica; cfr. D. MARESCA, *La cooperazione inter-amministrativa tra appalti e accordi orizzontali: i recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, cit., 701.

⁵⁶⁹ G.B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in C. ANGELICI – G.B. FERRI (a cura di), *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino 1997, 97.

⁵⁷⁰ § 78 delle conclusioni dell'Avv. Gen. V. Trstenjak.

Tale aspetto è messo in rilievo anche da D. MCGOWAN, *EU-clarification of permissible public cooperation and pecuniary interest: Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento v. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce (C-19/11)*, cit., 2013.

⁵⁷¹ Così, V. DI CAPUA, *Accordi tra amministrazioni e inderogabilità del diritto dell'Unione Europa in materia di appalti pubblici. La tutela della concorrenza diventa "superprincipio"*, www.giustamm.it, 2014, che richiamando S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, 99 ss, chiarisce che la «cooperazione tra le amministrazioni – che potrebbe anche essere a "titolo oneroso" – rappresenta la causa in concreto dell'accordo per lo svolgimento di funzioni istituzionali o di attività comuni agli enti che vi partecipano».

stante esso prevedesse solo la remunerazione integrale dei costi indipendentemente dalla realizzazione di un profitto, la Corte ha comunque ritenuto che il contratto «non fosse a titolo gratuito⁵⁷²»: con questa decisione, il giudice europeo ha confermato che il valore economico di un contratto, e cioè la sua onerosità, dev'essere verificato sulla base della struttura negoziale e cioè «della reciprocità dello scambio delle prestazioni⁵⁷³» e che, quindi, possa variare in dipendenza della causa del contratto⁵⁷⁴: la presenza o meno di un rimborso per il servizio di per sé non è indice di gratuità o di onerosità del contratto sottoscritto tra pubbliche amministrazioni.

2.3 La giurisprudenza successiva.

Successivamente alla sentenza *ASL Lecce*, la Corte è tornata ad occuparsi del partenariato pubblico-pubblico in altre tre occasioni: cioè con

⁵⁷² Pt. 29 della sentenza che rinvia al § 32 delle conclusioni dell'Avv. Gen. V. Trstenjak in cui si afferma che il mero rimborso dei costi del servizio di per sé «non conferisce gratuità al contratto». Tale impostazione richiama CGCE, 27 settembre 1988 C-263/86, *Humbel&Edel*. Sullo stesso argomento si veda anche CGCE, 29 novembre 2007 C-119/06, *Commissione c. Italia*.

⁵⁷³ F. IERVOLINO, *Accordi tra pubbliche amministrazioni e tutela della concorrenza*, in *www.giustamm.it*, 2012.

⁵⁷⁴ Sull'onerosità del contratto e sul problema dei rimborsi dei costi si veda F. LLORENS-P. SOLER-COUTEAUX, *Le gratuit et l'onéreux*, in *Contrats et marchés publics*, 3/2003; J.D. DREYFUS, *Mutualisation des services et mise en concurrence*, *AJDA*, 2007, 1869; R. CIPPITANI, *La nozione di contratto "a titolo oneroso" negli appalti pubblici*, in *Contratti*, 2013, 5, 523.

Come già rilevato la nozione di contratto a titolo oneroso europea differisce da quella nazionale secondo la quale invece un contratto presenta profili di onerosità quando «un soggetto, per usufruire di un vantaggio, subisce un correlativo sacrificio e tra le due evenienze esiste un nesso di causalità» (così M. MATTALIA, *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario*, in *Foro- CdS* 2008, 1989). Per il diritto europeo invece, la previsione di un rimborso non attribuisce necessariamente carattere di onerosità al contratto e la non onerosità non implica necessariamente la gratuità dell'accordo, dovendo essere verificata, di volta in volta, l'assetto di interessi sostanziali dedotto nel contratto.

l'ordinanza *Ordine degli ingegneri Lombardia*⁵⁷⁵, con la sentenza *Piepenbrock*⁵⁷⁶ e con l'ordinanza *Consiglio nazionale degli Ingegneri*⁵⁷⁷.

Queste pronunce non presentano, in realtà, importanti profili di innovatività ma ripropongono, sostanzialmente, le medesime osservazioni della sentenza *Asl Lecce*.

La loro lettura è fondamentale tuttavia per delimitare ancora l'ambito di applicabilità dei contratti di cooperazione.

Ed infatti, dalla lettura delle sentenze e dall'analisi delle vicende ad esse sottese, si desume come la Corte di Giustizia ammetta la sottoscrizione di un contratto di partenariato pubblico-pubblico esclusivamente «per lo svolgimento di funzioni amministrative *stricto sensu*, e cioè di attività amministrative costituenti attività di esercizio di potestà amministrative⁵⁷⁸». In quest'ottica, resterebbero quindi escluse quelle attività che sono meramente connesse e accessorie le quali «quindi amministrative non sono (ex: attività

⁵⁷⁵ CGUE, ord. 16 maggio 2013 C-564/11 *Consulta regionale Ordine degli Ingegneri Lombardia e altri c. Comune di Pavia e Università degli Studi di Pavia* con nota A. BARTOLINI, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti*, cit., 1257. La pronuncia riguarda un accordo tra un ente pubblico e un'Università avente ad oggetto l'affidamento diretto di un'attività di consulenza intellettuale. La Corte ha escluso l'esistenza di un contratto di cooperazione pubblico-pubblico a fronte della verifica negativa dei requisiti richiesti dal giudice europeo.

⁵⁷⁶ CGUE 13 giugno 2013 C-386/11 *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH e altri c. Kreis Duren*, con nota A. BARTOLINI, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti*, cit. 1257; D. SIMON, *Contrats de services entre entités publiques*, in *Europe*, 8/2013; M. SPAGNUOLO, *L'affidamento di appalti tra amministrazioni aggiudicatrici: un nuovo arresto della Corte di Giustizia*, in *Appalti e contratti*, 12/2013, 36. La pronuncia riguarda un contratto di cooperazione intercomunale tra un raggruppamento di Comuni tedeschi e un Comune avente ad oggetto l'affidamento, a quest'ultimo, della pulizia degli edifici appartenenti al raggruppamento, a fronte del pagamento di un indennizzo. Anche in questo caso il giudice europeo ha escluso che si potesse configurare un contratto di cooperazione pubblico-pubblico a ragione dell'assenza dei requisiti richiesti dalla Corte di Giustizia.

⁵⁷⁷ CGUE, ord. 20 giugno 2013, C-352/12, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c. Comune di Castelvechio Subequo e altri*. La pronuncia riguarda una convenzione di cooperazione scientifica conclusa tra i comuni e le Università della provincia dell'Aquila avente ad oggetto l'affidamento agli istituti universitari delle attività di supporto ed elaborazione del piano di ricostruzione dei comuni distrutti dal sisma, effettuando lo studio preliminare, la previa analisi ed il progetto di ricostruzione. Anche in quest'occasione, la Corte ha escluso che si trattasse di un contratto di partenariato.

⁵⁷⁸ F. MONNI, *Gli accordi tra pubbliche amministrazioni con particolare riguardo all'ordinamento degli enti locali*, cit., 11/2003.

connessa alla prestazione di servizi pubblici, attività attinenti alla gestione patrimoniale o all'acquisizione di beni e servizi»⁵⁷⁹.

Le tre pronunce forniscono quindi un ulteriore chiarimento in merito alle modalità attraverso cui interpretare il riferimento alle “funzioni pubbliche comuni”: funzioni istituzionali, di natura pubblicistica, che dovrebbero essere almeno riferibili ad una medesima materia oggetto della funzione pubblica.

Questi ultimi tre interventi nella materia della cooperazione contrattuale si pongono perfettamente nel solco delle sentenze *Coditel* e *Amburgo* nei cui testi era valorizzato il concetto di autoorganizzazione amministrativa degli Stati membri, quale principio equiordinato, e non recessivo al cospetto del principio del mercato concorrenziale.

3. Il recepimento dell'istituto nelle nuove direttive Appalti.

Proprio la valorizzazione del principio di autonomia istituzionale degli Stati membri dell'Unione europea è il criterio ispiratore delle nuovissime direttive Appalti che sostituiscono le D. 2004/17/CE e 2004/18/CE⁵⁸⁰. Lo si evince dalla lettura dei considerando 5 e 7⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ F. MONNI, op. ult. cit. Dello stesso avviso, R. CARANTA, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, cit., 397 secondo cui questi accordi devono riguardare attività squisitamente pubblicistiche, anziché riguardare attività che sono comunemente offerte sul mercato. Ugualmente A.V.A. DIVARI, *Per una lettura degli accordi di partenariato pubblico-pubblico, di cooperazione e di collaborazione interamministrativa*, *Il diritto dell'economia*, 1/2014, 250; B. DI GIACOMO RUSSO, *I contratti di cooperazione tra enti pubblici e la tutela della concorrenza*, *Appalti & contratti*, 1-2/2013, 57.

⁵⁸⁰ Nello specifico, si tratta della D. 2014/24/UE per l'aggiudicazione di contratti di appalto nei settori ordinari; della D. 2014/25/UE per l'aggiudicazione di contratti di appalto nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e servizi postali adottate il 26 febbraio 2014 e pubblicate G.U. dell'Unione Europea del 28 marzo 2014.

I due testi delle direttive Appalti hanno una struttura simile. Quella che riguarda i settori speciali contiene delle disposizioni calibrate alla specificità degli appalti nei settori speciali. Entrambe le direttive Appalti, rispetto a quelle del 2004, hanno un forte contenuto innovativo e perseguono tre finalità: a) semplificazione e modernizzazione degli appalti; b) crescita e c) innovazione. Tra i più importanti aspetti innovativi si segnala il miglioramento dell'accesso al mercato delle PMI alle procedure di gara mediante la semplificazione delle procedure di gara ed il pagamento diretto dei subappaltatori; la predisposizione in favore degli Stati membri strumenti cd. *toolbox approach* per rendere flessibile ed adeguare le procedure alla situazione particolare di ognuno; il maggiore ricorso all'autocertificazione; la promozione degli appalti elettronici. Importanti novità sono introdotte anche a livello di *governance* tramite gli organi nazionali di

vigilanza e le strutture di sostegno per gli operatori economici intenzionati a partecipare alle gare.

Il 16 luglio 2014 sono iniziate in Italia le audizioni da parte della Commissione Ambiente per la futura revisione della disciplina in materia di pubbliche commesse, a seguito della trasposizione delle nuove direttive: tra i documenti pervenuti, di rilievo è la Segnalazione dell'AVCP sulle direttive Appalti 2014 del 21 maggio 2014 n. 3. L'8 gennaio 2015 è iniziato, invece, l'esame del disegno di legge delega n. 1678 «per l'attuazione della direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE e della direttiva 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE» che è stato presentato dal Senato della Repubblica il 18 novembre 2014.

Per i primi commenti alle direttive Appalti si legga, R. CARANTA – D.C DRAGOS, *La minirivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici* in *Urb. e app.*, 2014, 5, 493; F. DI LASCIO, *La centralizzazione degli appalti, la spending review e l'autonomia organizzativa locale* in *Gior. dir. amm.* 2/2014, 205.

Contestualmente alle nuove direttive Appalti, è stata adottata anche la direttiva per l'aggiudicazione dei contratti di concessione, D. 2014/23/UE (cd. direttiva *Utilities*). La direttiva sulle concessioni costituisce una novità assoluta in materia atteso che le concessioni fino ad oggi era regolate esclusivamente dai principi del TFUE. Con la direttiva *Utilities* viene finalmente proposta una definizione chiara di «contratto di concessione» e viene chiarito il concetto di «rischio operativo sostanziale»; vengono, inoltre, puntualizzate le fasi della procedura di gara e vengono anche estesi gli strumenti di tutela approntati dalle direttive Ricorsi (D. 89/665/CEE e D. 92/13/CEE) avverso contratti di concessioni illegittimamente aggiudicati.

Per commenti alla direttiva *Utilities* si veda M. RICCHI, *La nuova direttiva europea sulle concessioni e l'impatto sul codice dei contratti pubblici* in *Urb. e app.*, 7/2014, 741; V. FERRARO, *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 3-4/2014, 835.

⁵⁸¹ Così il Considerando n. 5: «È opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva»; e il Considerando n. 7: «Occorre infine ricordare che la presente direttiva lascia impregiudicata la libertà delle autorità nazionali, regionali e locali di definire, in conformità del diritto dell'Unione, i servizi d'interesse economico generale, il relativo ambito operativo e le caratteristiche del servizio da prestare, comprese le eventuali condizioni relative alla qualità del servizio, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico».

In particolare, è stato inserito, in entrambe le direttive, un articolo dedicato agli «*Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico*⁵⁸²» nel quale il legislatore comunitario ha raggruppato tutte le ipotesi di «cooperazione mediante mezzi propri»⁵⁸³, e cioè le relazioni *in house* di tipo semplice e pluripartecipato ed i contratti di partenariato pubblico-pubblico.

L'innovazione è la diretta conseguenza del portato innovativo delle nuove direttive sugli Appalti che inducono alla modernizzazione della materia delle pubbliche commesse: con esse il legislatore ha colto l'occasione infatti per introdurre nuovi istituti⁵⁸⁴, per disciplinarne altri in modo più compiuto⁵⁸⁵ e per recepire alcuni istituti che traggono origine dagli arresti intervenuti a livello giurisprudenziale⁵⁸⁶, tra cui per l'appunto i contratti di partenariato.

3.1 L'analisi dell'articolo dedicato agli «*Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico*».

⁵⁸² In particolare si tratta dell'art. 12 della direttiva Appalti nei settori ordinari; dell'art. 28 della direttiva Appalti nei settori speciali e all'art. 17 della direttiva *Utilities*.

L'attuale articolo sugli «*appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico*» è il risultato del coordinamento con gli emendamenti apportati alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici approvata dalla Commissione del PE per il mercato interno e la protezione dei consumatori il 20 dicembre 2012 (2011)0438/COD; della Relazione con emendamenti proposta dal Parlamento dell'11 gennaio 2013 A7-0007/2013; del documento di Approvazione del testo di compromesso delle direttive Appalti e *Utilities* del 12 luglio 2013. Tutti i testi sono consultabili su www.osservatorioappalti.it.

⁵⁸³ Richiamando la distinzione svolta al § 3 del Documento di lavoro dei servizi della Commissione «*concernente l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico")*», SEC(2011)1169 def., del 4 ottobre 2011, DG Mercato interno e servizi.

⁵⁸⁴ Si fa riferimento ad esempio alla suddivisione in lotti degli appalti (art. 46 della D. 2014/24/UE; al documento unico di gara europeo (cd. DGUE art 59 della D. 2014/24/UE); alla disciplina della *governance* (titolo IV della D. 2014/24/UE); alle consultazioni preliminari di mercato (art 40 della D. 2014/24/UE); ai partenariati per l'innovazione (art 26 della D. 2014/24/UE)

⁵⁸⁵ Ci si riferisce ad esempio al subappalto precedentemente disciplinato in modo occasionale e oggi contenuto nell'art. 71 D. 2014/24/UE.

⁵⁸⁶ Si fa riferimento, oltre ai contratti di partenariato pubblico-pubblico di cui si tratterà (art 12 D. 2014/24/UE), anche al recepimento della figura dell'*in house providing*, semplice e pluripartecipato, nonché della possibilità di modificare contratti di concessione durante la loro vigenza (art. 42 D. 2014/23/UE).

Prima di procedere all'analisi dell'articolo dedicato agli «*Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico*», occorre spendere qualche considerazione preliminare sui considerando n. 31 e 32 nei quali il legislatore europeo ha esposto le ragioni sottese all'adozione della norma.

In particolare, nei primi due considerando, essa ha rilevato come, negli ultimi decenni, si sia diffusa una notevole incertezza circa la necessità di sottoporre i contratti conclusi tra enti pubblici alle norme delle direttive sugli appalti pubblici.

Il legislatore europeo ha riconosciuto che la normativa dell'Unione europea – e quindi anche le norme in materia di appalti – non dovrebbe mai interferire con la libertà delle autorità amministrative di svolgere i compiti di servizio pubblico ad esse affidati utilizzando le loro stesse risorse⁵⁸⁷: ciò in quanto l'Unione europea non dovrebbe impedire né imporre particolari forme per lo svolgimento delle funzioni pubbliche attribuite alle amministrazioni, le quali dovrebbero essere libere di decidere se cooperare mediante l'istituzione di nuovi enti – su cui esercitano un controllo congiunto – o mediante la conclusione di un contratto.

Ai fini dell'analisi del co. 4 dell'articolo sugli «appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico», di particolare importanza appare tuttavia il considerando n. 33. In particolare, il legislatore europeo qui si sofferma specificatamente sui contratti di partenariato e fornisce un sommario elenco dei suoi requisiti di legittimità utile per interpretare il testo dell'articolo nelle nuove direttive che dispone che «un contratto concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) il contratto stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune; b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; e c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 % delle attività interessate dalla cooperazione».

Il considerando n. 33 chiarisce, in primo luogo, che la cooperazione contrattuale tra amministrazioni può in linea di principio riguardare «tutti i tipi di attività connesse alle prestazioni di servizi e alle responsabilità affidati alle amministrazioni partecipanti o da esse assunti, quali compiti obbligatori o facoltativi di enti pubblici territoriali o servizi affidati a organismi specifici dal diritto pubblico⁵⁸⁸».

⁵⁸⁷ Questa circostanza, com'è noto, discende proprio dal fatto che le competenze dell'Unione Europea sono “attribuite” e quindi tutti gli ambiti di azione non espressamente attribuiti dai Trattati all'Unione Europea – quale, per l'appunto, l'organizzazione amministrativa – restano di competenza esclusiva degli Stati aderenti secondo quanto disposto dall'art. 5, par. 1 TUE.

⁵⁸⁸ Considerando 33 § 1 della direttiva 2014/24/UE.

In secondo luogo precisa che «i compiti di servizio pubblico forniti dalle diverse amministrazioni partecipanti non devono necessariamente essere identici, ben potendo essere semplicemente complementari⁵⁸⁹»; con ciò lasciando intendere che le amministrazioni, nell'ambito della cooperazione, possano assumersi responsabilità diverse purché legate all'esecuzione dell'obiettivo comune.

3.2 Profili innovativi e problematiche irrisolte.

Da quanto precede si può osservare che grazie all'intervento del legislatore europeo, la categoria giuridica dei contratti di partenariato pubblico-pubblico può vantare oggi una disciplina di diritto positivo. Ad un'attenta lettura dell'articolo relativo agli «appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico» e dei relativi considerando, sembra possibile affermare che il legislatore europeo non abbia, però, completamente recepito l'orientamento della Corte di Giustizia.

Non sfugge infatti che se, da un lato, la Corte di Giustizia aveva in più di un'occasione chiarito che i compiti di servizio pubblico dovevano essere intesi come compiti di pubblico interesse di natura istituzionale, il riferimento contenuto al considerando n. 33 «a tutti i tipi di attività connesse alla prestazione di servizi» dimostra che il legislatore europeo ha ammesso il partenariato pubblico-pubblico contrattuale anche per quelle attività che «quindi amministrative non sono (ex: attività connessa alla prestazione di servizi pubblici, attività attinenti alla gestione patrimoniale o all'acquisizione di beni e servizi)⁵⁹⁰.

Ciò troverebbe conferma anche nel punto c) co. 4 dell'articolo in commento in cui il legislatore fa riferimento al mercato libero e dispone che le amministrazioni svolgano sul mercato meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione (non più quindi il 10% com'era nella proposta di direttiva): non solo quindi le attività oggetto della cooperazione non sono più esclusivamente quelle istituzionali, avendo sostanzialmente ammesso attività accessorie e connesse a queste, ma si riconosce inoltre che le attività possano essere contese sul libero mercato in una percentuale non superiore al 20%⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ Considerando 33, § 1 della direttiva 2014/24/UE.

⁵⁹⁰ F. MONNI, *Gli accordi tra pubbliche amministrazioni con particolare riguardo all'ordinamento degli enti locali*, cit. Dello stesso avviso, R. CARANTA, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, cit., 397 secondo cui questi accordi devono riguardare attività squisitamente pubblicistiche, anziché attività comunemente offerte sul mercato.

⁵⁹¹ Di questo avviso è R. CARANTA, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, cit., 397. Evidenziava D. MARESCA, *La cooperazione inter-amministrativa tra appalti e accordi orizzontali: i recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, cit., 699, che il riferimento svolto dalla Corte di Giustizia alla circostanza che il contratto di cooperazione sia «retto esclusivamente da

In sostanza la norma sembra ricomprendere nell'oggetto del contratto di partenariato pubblico-pubblico ogni attività che può essere svolta dall'amministrazione, comprese quelle economiche che generalmente dovrebbero essere oggetto di procedimenti di esternalizzazione da parte delle pubbliche amministrazioni⁵⁹².

Se ne ricava che il legislatore comunitario ha dato vita ad una norma a contenuto molto largo, che, a discapito dei dubbi postulati in passato dagli avvocati generali, potrebbe essere utilizzata dalle amministrazioni nazionali in modo elusivo della concorrenza⁵⁹³. In questa ottica, la distinzione coi contratti di appalto appare sempre più sfumata, attesa la sovrapposibilità delle attività che possono essere dedotte nei contratti di cooperazione.

Quanto detto induce ad una seconda considerazione circa la tipologia di pubbliche amministrazioni che possono addivenire a contratti di cooperazione: è evidente che la nozione di "pubblica amministrazione" deve essere intesa in senso sostanziale, ricavandola dalla giurisprudenza comunitaria che si è occupata di delimitare la nozione di "amministrazione aggiudicatrice": in tale senso il richiamo alla percentuale di attività contendibile sul mercato porta a rilevare che le amministrazioni contraenti, per il fatto di potere operare anche solo occasionalmente sul mercato potrebbero essere classificate come operatori economici ai sensi della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia C-305/08 *CoNISMa*⁵⁹⁴.

considerazioni inerenti il pubblico interesse» vuol significare che «non è possibile evitare la gara nel caso in cui il contratto abbia, anche per una minima parte, rilevanza economica [...] ossia le prestazioni in esso contenute siano suscettibili di essere monetizzate sul mercato».

⁵⁹² Sul punto si rinvia al § 4 del Cap. I, Sez. I, *Le attività amministrative a regime concorrenziale*.

⁵⁹³ Così conclusioni dall'Avv. gen V. Trstenjak, 23 maggio 2012, in causa *Asl Lecce*, pt. 90; conclusioni dall'avv. gen. Cosmas, 1 luglio 1999, in causa *Teckal*, pt. 65

⁵⁹⁴ La corte di Giustizia con sentenza 23 dicembre 2009 C-305/08 *CoNISMa* ha affermato che «la normativa comunitaria non richiede che il soggetto che stipula un contratto con un'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di realizzare direttamente con mezzi propri la prestazione pattuita perché il medesimo possa essere qualificato come imprenditore, ossia come operatore economico; è sufficiente che tale soggetto abbia la possibilità di fare eseguire la prestazione di cui trattasi, fornendo le garanzie necessarie a tal fine. Di conseguenza, sia dalla normativa comunitaria sia dalla giurisprudenza della Corte risulta che è ammesso a presentare un'offerta o a candidarsi qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando di gara, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione di detto appalto, in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto, indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto privato o di diritto pubblico e di essere attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale, o, ancora, dal fatto di essere sovvenzionato tramite fondi pubblici o meno. L'effettiva capacità di detto ente di soddisfare i requisiti posti dal bando di

Se così è, allora, la distinzione coi contratti di appalto potrebbe apparire ancora più sfumata, data l'eterogeneità di soggetti pubblici che possono stipulare ai contratti di cooperazione.

Fortunatamente, a bilanciare questa incerta situazione ed in assenza di uno specifico riferimento al requisito della "cooperazione autentica", il legislatore reintroduce il riferimento agli «obiettivi che (ndr. le amministrazioni) hanno in comune», così riferendosi implicitamente alla finalità cooperativa e cioè alla causa che dovrebbe caratterizzare ogni contratto di partenariato pubblico-pubblico.

In questa situazione, quindi, la causa del contratto sottoscritto tra due enti pubblici rappresenterebbe l'unico elemento di certezza circa la natura del contratto stesso: solo la cooperazione intesa come finalità, ancor prima che come strumento, permette di rileggere gli impegni contrattuali in un'ottica organizzativa.

In un contratto di cooperazione pubblica, le amministrazioni si accordano su una «strategia comune condivisa» in vista di uno scopo comune a tutte che è quello di collaborare: in sostanza, «le prestazioni non vanno a diretto vantaggio di una delle parti, ma sono destinate allo svolgimento di un'attività che è idonea a soddisfare l'interesse pubblico di tutte le pubbliche amministrazioni che vi partecipano⁵⁹⁵» e per fare ciò le amministrazioni s'impegnano a prestarsi reciproca assistenza.

Ciò permette di affermare che solo un'attenta indagine sulla struttura del contratto e del rapporto sottostante può permettere di discernere eventuali ipotesi elusive della normativa in tema di pubbliche commesse e distinguerle da tutte le altre vicende effettivamente attinenti alla materia della pubblica organizzazione.

Se così è, appare evidente che, in questo contesto un ruolo determinante spetta alla Commissione, nello svolgimento dei suoi compiti di vigilanza dell'applicazione delle regole dei Trattati e dei principi comunitari.

Si è già rilevato, infatti, che la nuova giurisprudenza della Corte sembra di fatto avere introdotto una presunzione di legalità di tutte quelle operazioni amministrative svolte in collaborazione con enti pubblici per lo svol-

gara, come fa giustamente osservare il governo ceco, è valutata durante una fase ulteriore della procedura, in applicazione dei criteri previsti agli artt. 44-52 della direttiva 2004/18. Occorre aggiungere che un'interpretazione restrittiva della nozione di «operatore economico» avrebbe come conseguenza che i contratti conclusi tra amministrazioni aggiudicatrici e organismi che non agiscono in base a un preminente scopo di lucro non sarebbero considerati come «appalti pubblici», potrebbero essere aggiudicati in modo informale e, in tal modo, sarebbero sottratti alla norme comunitarie in materia di parità di trattamento e di trasparenza, in contrasto con la finalità delle medesime norme».

⁵⁹⁵ A. DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, cit., 731.

gimento di compiti istituzionali comuni⁵⁹⁶, a condizione che siano rispettati criteri specifici e strettamente determinati.

Questo compito della Commissione diventa ancor più difficile giacché i requisiti dettati dal legislatore sono passibili di interpretazioni piuttosto ampie e l'unico elemento atto a riportare tale situazione in equilibrio sembrerebbe ravvisarsi nella puntuale valutazione del "rapporto tra le parti" onde⁵⁹⁷ dimostrare la non conformità dell'accordo al diritto europeo⁵⁹⁸.

Come si precedentemente rilevato una parte della dottrina ha già avuto modo di affermare che «la linea rigida seguita dalla Corte di giustizia [...] in ordine alla necessità di applicare sempre e comunque il meccanismo concorsuale per l'affidamento di servizi è ormai superata⁵⁹⁹».

Alla luce delle osservazioni finora svolte, questa affermazione non pare sprovvista di elementi di potenziale veridicità.

È chiaro infatti che una «sopravalutazione dell'autoproduzione renderebbe priva di senso tutta una giurisprudenza comunitaria che, pur con perduranti oscillazioni, ha tentato di imbrigliare in qualche misura il ricorso all'autoproduzione⁶⁰⁰». Ci si chiede quindi, alla luce delle considerazioni svolte, se possa dirsi compiutamente definito nei suoi lineamenti essenziali l'istituto del partenariato pubblico-pubblico, accogliendo un'interpretazione quanto mai ampia del concetto di "gruppo pubblico" inteso in senso «comprensivo di tutto il settore pubblico⁶⁰¹».

Ciò che sembra chiaro è che, trovandosi la disposizione sulla cooperazione contrattuale tra pubbliche amministrazioni nel corpo delle nuove direttive sugli Appalti e Concessioni di servizi, essa dovrà essere necessariamente interpretata in modo da valorizzare l'effetto utile delle direttive, ossia la tutela della concorrenza nei settori interessati. Ciò permetterebbe allora di ritenere che la positivizzazione del partenariato pubblico-pubblico contrattuale imporrà un maggiore impegno della Commissione, in sede di controllo preventivo, e della giurisprudenza europea e nazionale, nella verifica successiva dei requisiti previsti per legge⁶⁰².

⁵⁹⁶ Il pt. 47 della sentenza.

⁵⁹⁷ Sul punto F. LINDITCH, *La Cour de Justice accepte les prestations intercollectivités dès lors qu'elles traduisent une véritable démarche de coopération*, cit.

⁵⁹⁸ Ne è conferma il pt. 48 della sentenza *Amburgo*.

⁵⁹⁹ C.E. GALLO, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, cit. 1180.

⁶⁰⁰ Così, M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al partenariato pubblico-pubblico*, cit., 1417.

⁶⁰¹ M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al partenariato pubblico-pubblico*, cit., 1417.

⁶⁰² Dello stesso avviso, M. MAZZAMUTO, op. ult. cit., 1421.

3.3 La cooperazione pubblico-pubblico come forma alternativa all'evidenza pubblica.

Un'ultima osservazione prima di concludere la sezione dedicata alla normativa europea in materia di cooperazione contrattuale.

L'articolo è finora commentato – che riguarda gli «*Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico*» – contiene, come già si è precedentemente rilevato, la disciplina delle relazioni *in house* a controllo individuale e a controllo congiunto (cd. pluripartecipato). L'articolo enuclea tutte le ipotesi alternative⁶⁰³ all'evidenza pubblica che vengono ricomprese nella categoria della “cooperazione pubblico-pubblico”.

D'altra parte, si è precedentemente evidenziato come sia proprio l'evoluzione della giurisprudenza sul «controllo analogo» – requisito di legittimità dell'*in house* individuale – ad avere condotto dapprima al riconoscimento del controllo analogo congiunto, quale ipotesi di cooperazione istituzionale pura, e poi alla cooperazione contrattuale pura: le tre ipotesi sono il frutto della valorizzazione della libertà di autoproduzione e di autoorganizzazione dei pubblici poteri per lo svolgimento delle funzioni pubbliche ad essi attribuite.

Tuttavia, non pare erroneo sostenere che tra le tre “deroghe” all'evidenza pubblica, solo due di esse, e cioè la “cooperazione verticale” e quella “orizzontale”⁶⁰⁴, possono essere accomunate in una unica categoria generale corrispondente alle «relazioni che si basano su una cooperazione contrattuale⁶⁰⁵».

Ad un'attenta analisi del contratto di partenariato e dell'*in house* congiunto, si comprende che la cooperazione va in ogni caso formalizzata in

⁶⁰³ L'autoproduzione «non rappresenta una deroga alla disciplina europea delle libertà economiche tutelate dal mercato comune, ma è definizione di ciò che non è mercato» (così chiaramente il TAR Sardegna, Sez. I, 21 dicembre 2007 n. 2407). Ed infatti, l'autoproduzione dovendosi ricollegare al potere di autoorganizzazione si pone “a monte rispetto” al mercato. Sul punto R. CAVALLA PERIN, *Il modulo “derogatorio”: in autoproduzione o in-house providing*, cit., 120; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 257; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, cit., 173; F. FRACCHIA, *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, cit., 243.

⁶⁰⁴ Secondo la distinzione compiuta dalla Commissione Europea al pt. 2.3 del Libro Verde “*sulla modernizzazione della politica dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*”, COM(2011)15 def. del 27 gennaio 2011 reperibile su www.eur-lex.europa.eu.

⁶⁰⁵ M. COMBA, *Cooperazione verticale ed orizzontale tra enti pubblico: verso una “teoria unificata” delle deroghe dell'applicazione della normativa europea sugli appalti?*, *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2013, 303; S. PLATON – S. MARTIN, *L'exception de coopération entre autorités publique en droit européen de la commande publique*, in *AJDA*, 2012.

contratto: da una parte vi è un accordo “leggero”, bilaterale o plurilaterale con cui le amministrazioni si legano con un cd. contratto di partenariato pubblico-pubblico e vincolano la loro futura attività al perseguimento del pubblico interesse; dall’altro, vi è un contratto “forte” di tipo associativo mediante il quale esse creano un ente dotato di propria autonomia giuridica⁶⁰⁶.

In entrambi i casi però è la cooperazione la finalità pratica dell’iniziativa: le obbligazioni contrattuali non sono volte direttamente all’adempimento delle funzioni pubbliche proprie di ogni amministrazione, ma sono messe al servizio di una finalità che prescinde i singoli interessi delle amministrazioni e che ne costituisce l’obiettivo comune⁶⁰⁷ mediante la ripartizione di reciproci vantaggi e sacrifici⁶⁰⁸.

Tali contratti, siano essi di “tipo forte” o di “tipo debole”, non riguardano direttamente le funzioni, ma riguardano le modalità con cui si provvederà alle stesse.

Se così è, da questa categoria resta fuori solo «l’ipotesi della costituzione di un soggetto giuridico terzo dotato, almeno formalmente di autonoma personalità giuridica (ndr. in house individuale) [...] in quanto priva della caratteristica essenziale della collaborazione tra enti pubblici»: *nell’in house* infatti non c’è posto per la cooperazione, trattandosi di un rapporto di delega di funzioni interorganica.

Si potrebbe però incidentalmente rilevare che anche l’*in house* rappresenti un’alternativa contrattuale alle regole dell’evidenza pubblica: è innegabile infatti che la società *in house* nasca mediante un contratto societario,

⁶⁰⁶ F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, cit., 32 che parla in entrambi i casi di contratti amministrativi.

Si è osservato nel precedente capitolo come la struttura più adatta per concretizzare una relazione cooperativa tra pubbliche amministrazioni sia il Consorzio. Sul punto, M. COMBA, *L’affidamento ad organismo in house in caso di pluralità di soci: i vantaggi dell’ipotesi consortile per il controllo analogo, Urbanistica e appalti*, 5/2008, 553; A. LOLLI, *Servizi pubblici e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*, in *Foro amm.-TAR*, 6/2005, 1947; R. CARANTA, *La Corte chiarisce i contorni dell’in house pubblico*, in *Giur. it.*, 2009, 1258; G. DI GASPARE, *Consorzi amministrativi in Dig. disc. pub.*, IV, Torino, 1988, 474.

⁶⁰⁷ In tale senso evidenzia F. LINDITCH, *La Cour de Justice accepte les prestation inter-collectivités dès lors qu’elles traduisent une véritable démarche de coopération*, cit., 2248 che la cooperazione, nei contratti di partenariato acquista una nuova chiave di lettura: «une autre lecture du droit public est possible, finaliste celle-là, non plus celle du moyen, mais celle de la finalité».

⁶⁰⁸ F.P. PUGLIESE, *Fondamento e limiti della collaborazione tra enti territoriali*. cit., 466.

ancorché atipico, attraverso cui si crea un organo dell'ente pubblico piuttosto che un ente autonomo⁶⁰⁹.

In quest'ottica non sarebbe quindi del tutto errato raggruppare le tre alternative in una macrocategoria di «alternative contrattuali all'evidenza pubblica», all'interno della quale distinguere quelle caratterizzate da cooperazione (*in house* pluripartecipato e contratto di partenariato) e quelle caratterizzate da delegazione interorganica, essendo in ogni caso evidente che tali contratti tra pubbliche amministrazioni di natura organizzativa rappresentano un «limite» esterno al mercato essendo infatti «definizione di ciò che non è mercato⁶¹⁰».

⁶⁰⁹ Ritiene M. DUGATO, *I contratti misti come contratti atipici tra attività e organizzazione amministrativa. Dal global service all'in house* in F. MASTRAGOSTINO (a cura di) *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007, 92-93 che l'*in house* abbia segnato «l'introduzione di modelli privatistici atipici all'interno dell'organizzazione amministrativa».

Secondo un'altra ricostruzione i rapporti tra l'ente *in house* e l'ente locale sarebbero proprio riconducibili agli accordi *ex art. 15 L. 241/90*: così G. BARDELLI, *Nozione di organismo pubblico, accordi tra PP.AA. e fattispecie di procedura negoziata negli appalti pubblici*, in *Urb. e app.* 11/2005, 1282.

⁶¹⁰ R. CAVALLO PERIN – D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, *Dir. Amm.*, 1/2006, 59.

CAP. IV: PROFILI TEORICI DELLA COOPERAZIONE CONTRATTUALE AMMINISTRATIVA ALLA LUCE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA.

1. La cooperazione contrattuale come modello organizzativo delle funzioni pubbliche.

Il quadro finora delineato permette di affermare che il legislatore nazionale e la giurisprudenza comunitaria – poi seguita anche a livello normativo – concordino nel ritenere che gli accordi interamministrativi siano strumenti convenzionali semplificati di natura organizzativa per lo svolgimento in comune di determinate attività⁶¹¹.

Nonostante i numerosi profili di continuità tra i due istituti non può tuttavia non rilevarsi come i tratti caratterizzanti il partenariato pubblico-pubblico europeo abbiano sin da subito avuto ripercussioni pratiche sulla giurisprudenza nazionale imponendo una rilettura degli accordi di cooperazione italiani.

L'istituto europeo del partenariato pubblico-pubblico ha infatti inciso specificatamente sugli accordi di cooperazione – e non anche su quelli di coordinamento – in quanto espressione di una libera scelta discrezionale dell'amministrazione sia riguardo all'*an* che al *quomodo* dell'accordo; come si è precedentemente rilevato tali accordi trovano luogo ogni qualvolta le amministrazioni pubbliche siano in grado di eseguire una data funzione autonomamente ma, per ragioni di efficienza ed economicità, decidono liberamente di eseguirla insieme.

Una rilettura di tali accordi alla luce del diritto comunitario sembrerebbe invero imposta dalla stessa lettera dell'art. 15 L. 241/90 che rinvia alle disposizioni del codice civile compatibili: se così è, oltre al rispetto delle norme generali del diritto amministrativo (come la irrinunciabilità della titolarità delle funzioni attribuite *ex lege* o il rispetto dei principi di buona amministrazione *ex art. 97 Cost.*), il legislatore nazionale impone anche il rispetto di norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume tipiche dell'ordinamento di diritto comune⁶¹²; tra le norme imperative bisogna senz'altro fare rientrare anche quelle di fonte europea volte a tutelare la concorrenza e il libero mercato.

A ciò si aggiunga, inoltre, che la disposizione sugli «*Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico*»⁶¹³, che reca, come visto, la disci-

⁶¹¹ Per una compiuta disamina degli istituti in oggetto si rinvia al precedente Cap. III – *La cooperazione contrattuale tra pubbliche amministrazioni*.

⁶¹² Sul punto, F. MONNI, *Gli accordi tra pubbliche amministrazioni con particolare riguardo all'ordinamento degli enti locali*, in *LexItalia*, 11/2003, 24 ss.

⁶¹³ Come precedentemente evidenziato, si tratta dell'art. 12, co. 4 della direttiva Appalti nei settori ordinari; dell'art. 28, co. 4 della direttiva Appalti nei settori speciali e all'art. 17, co. 4 della direttiva *Utilities*. Tali articoli prevedono

plina di tutti i differenti istituti di “cooperazione orizzontale e verticale”⁶¹⁴, è stata considerata anche dalla giurisprudenza una norma *self-executing* in quanto impone “obblighi chiari, precisi ed incondizionati”⁶¹⁵; sarebbe quindi dotata di un’applicazione diretta negli Stati membri a prescindere della normativa nazionale di recepimento⁶¹⁶.

La rilettura dell’art. 15 (e dall’art. 30 TUEL) nel senso appena indicato dovrà quindi avvenire sulla base dei requisiti da ultimo delineati dal legislatore europeo, non senza tuttavia considerare la non perfetta sovrapposibilità tra questi ed i requisiti delineati dalla Corte di Giustizia⁶¹⁷ con le senten-

una disciplina simile perciò le considerazioni svolte esemplificativamente sull’art. 12 co. 4 della D. UE/25/2014 valgono anche per le altre due direttive.

⁶¹⁴ Sulla base della distinzione compiuta nel Libro Verde sulla «modernizzazione della politica dell’Unione Europea in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti» COM(2011)15 def. del 27 gennaio 2011, 22 ss.

⁶¹⁵ A questa conclusione si potrebbe facilmente giungere nel rilievo che trattasi di una materia che fa capo alla competenza esclusiva del legislatore europeo, quale diretta attuazione dei Trattati ex art. 106 TFUE.

Sul punto si rinvia anche al parere Cons. St., Sez. II, 30 gennaio 2015 n. 298 che ha recentemente affermato che «se non vi è addirittura un’applicazione immediata del tipo “*self-executing*”, non può in ogni caso non tenersi conto di quanto disposto dal legislatore europeo, secondo una dettagliata disciplina in materia, introdotta per la prima volta con diritto scritto e destinata a regolare a brevissimo la concorrenza nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nell’U.E.»

⁶¹⁶ Il procedimento di trasposizione delle direttive è già cominciato; il termine di recepimento è fissato per il 16 aprile 2016. In particolare, il 18 novembre 2014 è stato presentato dal Senato della Repubblica il disegno di legge delega n. 1678 «per l’attuazione della direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE e della direttiva 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE». L’esame è iniziato l’8 gennaio 2015, in prima lettura ed in sede referente, nella VIII Commissione Lavori pubblici del Senato.

⁶¹⁷ Come evidenziato nel precedente Capitolo III, sensibili appaiono essere le differenze tra i requisiti del partenariato pubblico-pubblico enucleati nel testo delle Direttive Appalti e concessioni e quelli delineati dalla giurisprudenza europea: in particolare, mentre la Corte di Giustizia sembra riferirsi esclusivamente ad attività squisitamente pubblicistiche, le direttive fanno invece riferimento ad attività contendibili sul mercato; da ciò consegue anche una differente interpretazione dell’ambito di applicazione della nozione di pubblica amministrazione, dovendosi qui ricomprendere ai sensi delle direttive anche amministrazioni che possono avere

ze C-480/06, *Amburgo* e poi con C-159/11 *Asl Lecce*⁶¹⁸. Nello specifico, il legislatore comunitario ha stabilito che gli accordi di partenariato pubblico-pubblico europeo non rientrino nell'ambito di applicazione delle direttive quando: «a) il contratto stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune; b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 % delle attività interessate dalla cooperazione».

Tali requisiti, come si è precedentemente messo in luce, hanno sollevato dubbi interpretativi in dottrina giacché suscettibili di letture spesso fortemente discordanti. In questo contesto, si potrebbe, tuttavia, osservare che, rispetto ai requisiti precedentemente indicati dalla Corte di Giustizia, quelli delineati dal legislatore conferiscano ai contratti di partenariato pubblico-pubblico un più ampio ambito di applicazione oggettiva – relativamente cioè alle attività che possono formare oggetto di accordo – e soggettiva – relativamente alle amministrazioni pubbliche che possono addivenire all'accordo.

Diversa sarebbe stata invece la rilettura dell'art. 15 L. 241/90 (e dei contratti di cooperazione in generale) sulla base delle indicazioni della giurisprudenza europea. Nonostante la valorizzazione del principio di autoorganizzazione nello svolgimento delle pubbliche funzioni, quest'ultima aveva infatti circoscritto l'operatività degli accordi di cooperazione a materie squisitamente pubblicistiche e quindi prive di un mercato contendibile di riferimento, eliminando così il rischio che lo strumento organizzativo potesse essere utilizzato per eludere la normativa a tutela della concorrenza.

Tale impostazione avrebbe determinato, a livello nazionale, il restringimento dell'ambito di operatività oggettiva della categoria degli accordi di cooperazione alle sole funzioni effettivamente pubblicistiche, incidendo di conseguenza sul novero di amministrazioni ammesse alla loro sottoscrizione. Da ciò sarebbe poi discesa l'estensione del principio dell'evidenza pubblica a sfere di attività in genere dedotte in accordi e convenzioni (come, ad esempio, le attività materiali e patrimoniali connesse o meno), anche a costo di ledere altri preminenti obiettivi di pubblico interesse quali, ad esempio, il contenimento della spesa pubblica⁶¹⁹.

natura di operatori economici ma che rispettano il limite del 20% in termini di fatturato di attività da svolgere sul libero mercato.

⁶¹⁸ Il rinvio è a CGCE, Grande sezione, 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione c. Repubblica federale di Germania* e CGUE, Grande Sezione, 19 dicembre 2012, C-159/11 *Asl Lecce e altri c. Ordine degli ingegneri della Provincia di Lecce e altri*.

⁶¹⁹ In questo senso evidenzia, con riferimento specifico alle amministrazioni locali, A. BARTOLINI, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti*, in *Urb. e app.*, 12/2013,

Per evitare una situazione di tale genere, in cui la valorizzazione dell'autorganizzazione avrebbe determinato un sostanziale allargamento degli ambiti di mercato, il legislatore europeo ha accolto una impostazione meno rigida e ha ammesso la legittimità degli accordi anche a fronte di attività economicamente contendibili nel rispetto di condizioni tassative e cumulative. Così facendo ha però lasciato irrisolta la questione relativa alla individuazione di un reciso discrimine tra un contratto di cooperazione e un contratto di appalto (o concessione) e quindi tra la potestà organizzativa pubblica e la tutela del libero mercato⁶²⁰.

2. L'applicazione in materia di contratti di appalto di beni, servizi, opere e lavori: gli accordi come contratti sinallagmatici con causa cooperativa.

Il primo ambito in cui la legislazione europea incide è quello degli affidamenti di beni e servizi o opere e lavori tra pubbliche amministrazioni. Come già evidenziato, infatti, la disposizione normativa lascia libere le amministrazioni non solo circa l'*an* dell'accordo ma anche sul *quomodo* ammettendo, in principio, la deducibilità di obbligazioni (di fare o prestare servizi) in vista del perseguimento di un interesse comune a contenuto specifico.

Da qui, come si è visto il problema di individuare quando l'accordo abbia funzione organizzativa e quando, invece, sia utilizzato a fini elusivi della concorrenza. Attualmente, la questione sembra acquistare rinnovato interesse, avendo le direttive europee ammesso che tali prestazioni possano concernere anche attività in principio contendibili sul mercato e avendo esse fornito nuove indicazioni per comprendere quando tali affidamenti possono reputarsi strumenti cooperativi, oppure contratti di appalto da aggiudicare mediante gara.

Dalla lettura della disposizione contenuta nelle nuove direttive, tuttavia, appare subito evidente che il legislatore europeo abbia accolto criteri diversi rispetto a quelli in passato accolti dalla giurisprudenza nazionale relativamente ai contratti di cooperazione conclusi ai sensi dell'art. 15 L.

1264-1265 che l'intervento europeo, volto ad eliminare sacche di privilegi contrastanti con la logica del libero mercato, porti spesso a rendere recessivi e quindi invisibili gli interessi dei governi locali, portando a volte a conclusioni paradigmatiche in cui l'interesse pubblico al risparmio della spesa, assolutamente rilevante in un periodo di crisi economica quale quello attuale, venga considerato recessivo rispetto alla logica del mercato.

⁶²⁰ Cfr. E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato* in *Dir. amm.*, 4/2005, 925; nello stesso senso, M. DUGATO, *I contratti misti come contratti atipici tra attività e organizzazione amministrativa. Dal global service all'in house* in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007, 95.

241/90, e cioè il criterio dell'assenza di onerosità dell'accordo; e la vocazione commerciale delle amministrazioni contraenti.

Su di essi occorre soffermarsi più ampiamente.

2.1. L'onerosità negli accordi di cooperazione.

Come si è avuto modo di rilevare nel precedente capitolo, la giurisprudenza nazionale, in accoglimento anche delle indicazioni della Corte di Giustizia, ha ritenuto che il carattere della non onerosità dell'accordo – intesa in senso economico come rapporto tra prestazione di servizio e controprestazione economica – ne permette l'inclusione tra gli strumenti organizzativi che le amministrazioni possono utilizzare per svolgere tra loro funzioni istituzionali.

Tale impostazione, si è osservato, è discesa – quale logico corollario – dall'idea secondo cui, alla base degli accordi, non vi fossero prestazioni patrimoniali. Si è precedentemente osservato però che questa affermazione, da un lato, non pare compatibile con l'estensione oggettiva degli accordi ad attività materiali e patrimoniali connesse con pubbliche funzioni e, dall'altro, non sembra comunque corretta in quanto i profili di patrimonialità dell'accordo discendono indirettamente dal risparmio, in termini di spesa pubblica, che origina dal cooperare insieme⁶²¹.

A ciò si deve aggiungere che la recente evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia ha gradualmente conferito minor rilievo al requisito della mancanza di onerosità, ammettendo invece che profili di onerosità possano caratterizzare anche accordi organizzativi.

A tale approdo la giurisprudenza europea è giunta interpretando estensivamente il concetto di onerosità al fine di garantire l'effetto utile delle direttive in materia di commesse pubbliche. A tale proposito è giunta a sostenere che il valore dello scambio non dipende necessariamente dalla materialità dello stesso (prestazione/controprestazione economica) ma dalla connessione, anche empirica, di prestazioni e vantaggi⁶²².

Se in un primo momento, tale concetto sembrava riecheggiare la corrispondente nozione elaborata dalla dottrina civilistica italiana intesa quale reciprocità dello scambio materiale delle utilità dedotte in contratto dalle parti

⁶²¹ Parte della giurisprudenza sembra restia ad abbandonare la concezione dell'assenza del carattere patrimoniale delle prestazioni: così TAR Campania, Napoli, Sez. III, 14 febbraio 2014 n. 1039; Cons. St., Sez. V, 23 giugno 2014 n. 3145; Cons. St., Sez. V, 15 luglio 2013 n. 3849.

⁶²² Sulla nozione di onerosità nel diritto europeo si rinvia alle letture di F. LLORENS- P. SOLER-COUTEAUX, *Le gratuit et l'onéreux*, in *Contrats et marchés publics*, 3/2003; J.D. DREYFUS, *Mutualisation des services et mise en concurrence*, *AJDA*, 2007, 1869; R. CIPPITANI, *La nozione di contratto "a titolo oneroso" negli appalti pubblici*, in *Contratti*, 2013, 5, 523; M. MATTALIA, *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario*, in *Foro amm.- CdS*, 2008, 1989.

(prestazioni materiale/controprestazione monetaria non irrisoria) e permetteva di qualificare come gratuiti quegli accordi che presentavano forme di rimborsi e finanziamenti senza valore di mercato⁶²³, a fronte della moltiplicazione di comportamenti anticoncorrenziali da parte delle amministrazioni nazionali (che celavano dietro i rimborsi una vera funzione va⁶²⁴), la giurisprudenza comunitaria ha mutato il proprio orientamento in chiave evolutiva.

Lo si deduce dalle conclusioni dell'Avv. Gen. Trstenjak nella causa *ASL Lecce*⁶²⁵: anche se «la nozione di titolo oneroso richiede che alla prestazione del servizio da parte dell'offerente corrisponda un obbligo di remunerazione a carico del committente [...]. L'esistenza della remunerazione non è esclusa né dalla mancanza di un profitto per chi esegue la prestazione, né dal fatto che il committente copra l'integralità della spesa⁶²⁶». In adesione a questa ricostruzione, la Corte di Giustizia ha così ritenuto che il contratto controverso nella causa *ASL Lecce*, pur prevedendo semplici rimborsi, non fosse a titolo gratuito.

Dal testo della decisione pare potersi evincere che il concetto di onerosità accolto dall'ordinamento europeo trascende quello nazionale ed impone un'indagine effettiva sulla struttura dell'accordo⁶²⁷: l'esistenza dello

⁶²³ Così CGCE, 18 dicembre 2007 C-532/03 *Commissione c. Repubblica d'Irlanda* che esclude la configurabilità come contratto di appalto dell'accordo sottoscritto tra il *Dublin City Council* e l'*Eastern Regional Health Authority* avente ad oggetto il servizio del trasporto ammalati tramite ambulanza in quanto la DCC otteneva dal servizio un mero rimborso dei costi, insufficiente ad attribuire il carattere dell'onerosità.

Successivamente, CGCE 29 novembre 2007 C-119/06 *Commissione c. Italia*, ha escluso la qualificazione come contratto d'appalto dell'accordo sottoscritto tra la Regione Toscana e la Croce rossa italiana relativamente al servizio di trasporto sanitario in quanto i pagamenti previsti in favore di quest'ultima erano fissati preventivamente e forfettariamente sulla base di tabelle.

⁶²⁴ A proposito di rimborsi con funzione "corrispettiva" e non compensativa si vedano Cons. St., Sez. V, 15 luglio 2013 n. 3849, TAR Puglia Lecce, Sez. II, 2 febbraio 2010 n. 417; TAR Puglia, Sez. II, 22 febbraio 2010 n. 418; TAR Puglia Lecce, Sez. I, 21 luglio 2010 n. 1791; TAR Puglia Lecce, 27 aprile 2010 n. 1028. Sul problema del rimborso delle spese si legga, F. LLORENS-P. SOLER-COUTEAUX, *Le gratuit et l'onéreux*, cit.; J.D. DREYFUS, *Mutualisation des services et mise en concurrence*, cit., 1869.

⁶²⁵ Conclusioni Avv. Gen. V. Trstenjak, 23 maggio 2012 in causa CGUE, Grande Camera, 19 dicembre 2012 C-159/11, *Asl Lecce c. Ordine degli ingegneri e altri*

⁶²⁶ § 30 e 32-33 delle conclusioni del'Avv. Gen. V. Trstenjak.

⁶²⁷ In realtà questa impostazione è seguita anche dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione che con sentenza 18 marzo 2010 n. 6538 hanno così statuito: «l'atto deve qualificarsi a titolo gratuito, quando dall'operazione che esso conclude — sia essa a struttura semplice perché esaurita in un unico atto, sia a

scopo lucrativo nell'accordo si evince non sulla base dell'esistenza di rimborsi o finanziamenti, ma sulla base del contenuto contrattuale e cioè «della reciprocità dello scambio delle prestazioni⁶²⁸» dedotte nel contratto⁶²⁹: «solo così viene salvaguardato l'effetto utile di dette direttive ed evitata l'elusione della pertinente normativa, per esempio attraverso la stipulazione di diverse forme di compenso che non lascino trasparire immediatamente uno scopo lucrativo quali le operazioni di scambio o la rinuncia a pretese reciproche esistenti tra parti contrattuali⁶³⁰».

Gli accordi di partenariato pubblico-pubblico quindi non presentano profili di onerosità in base al diritto europeo quando il sacrificio giuridico, pur economicamente valutabile e gli eventuali rimborsi/finanziamenti/corrispettivi sono diretti a vantaggio della struttura contrattuale e quindi di tutte le amministrazioni contraenti contemporaneamente, senza che una di queste possa perseguire uno scopo lucrativo diretto.

Tale impostazione parrebbe essere stata recepita anche dal legislatore europeo che nel testo delle nuove direttive ha ommesso quale requisito di legittimità degli accordi il riferimento al “mero rimborso” dei costi sostenuti da una delle pubbliche amministrazioni per lo svolgimento del servizio: questo perché, nella nuova concezione dell'onerosità, la presenza del mero rimborso non è di per sé indicativa del carattere oneroso o gratuito dell'accordo.

struttura complessa, in quanto si componga di un collegamento di atti e di negozi — il terzo non ne trae nessun concreto vantaggio patrimoniale ed egli abbia inteso così recare un vantaggio al debitore; mentre la ragione deve considerarsi onerosa tutte le volte che il terzo riceva un vantaggio per questa sua prestazione dal debitore, dal creditore o anche da altri, così da recuperare anche indirettamente la prestazione adempiuta ed elidere quel pregiudizio, cui l'ordinamento pone rimedio con l'inefficacia *ex lege* [...]. In tal modo i concetti di “gratuità ed “economicità” vengono assunti nel loro significato economico proprio, con spostamento della loro qualificazione dal negozio all'attribuzione patrimoniale: per la quale deve tenersi conto dell'interesse economico che si intende realizzare, anche in via mediata, attraverso la complessa operazione economica, da parte di chi apparentemente paga il debito altrui senza corrispettivo: nell'ambito, quindi, del regolamento globale degli interessi non limitato al singolo “atto di disposizione” da lui compiuto».

⁶²⁸ F. IERVOLINO, *Accordi tra pubbliche amministrazioni e tutela della concorrenza*, in www.giustamm.it, 2012.

⁶²⁹ Impostazione questa recepita ormai anche in giurisprudenza: Cons. St., Sez. V, 23 giugno 2014 n. 3130; Cons. St., Sez. III, 16 dicembre 2013 n. 6014; Cons. St., Sez. III, 16 dicembre 2013 n. 1837; Cons. St., Sez. V, 15 luglio 2013 n. 3849; Cons. St., Sez. V, 8 ottobre 2011 n. 5497; Cons. St., Sez. V, 15 febbraio 2011 n. 966; Cons. St., Sez. V, 16 settembre 2011, n. 5207; TAR Abruzzo 11 aprile 2011 n. 191; Cons. St., Sez. V, 10 settembre 2010 n. 6548 (conferma TAR Lombardia Milano, Sez. I, 19 gennaio 2010 n. 74).

⁶³⁰ § 32 delle conclusioni del'Avv. Gen. V. Trstenjak.

Se così è, applicando tale principio al diritto italiano, si potrebbe ammettere che gli accordi di cooperazioni tra pubbliche amministrazioni possano, in principio, anche presentare profili di onerosità (quali corrispettivi/rimborsi/finanziamenti)⁶³¹, ma che questi nella sostanza appaiano “occultati”⁶³², dalla presenza di un piano d’azione comune. Le singole amministra-

⁶³¹ Rileva C.E. GALLO, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali, Urb. e app.*, 10/2009 1181 che l’accordo organizzativo, così come configurato dalla Corte di Giustizia, presenta un «risvolto economico significativo».

Le prime aperture da parte della giurisprudenza si devono a Cons. St., sez. V, 10 settembre 2010 n. 6548 che conferma TAR, Lombardia, Milano, Sez. I, 19 gennaio 2010 n. 74: la vicenda riguardava un affidamento diretto da parte del Comune di Pavia ad un istituto universitario dell’incarico di studio e consulenza per la redazione del PGT con previsione di un corrispettivo.

La dottrina si era, dunque domandata se tale conclusione fosse suscettibile di generalizzazione anche in assenza di una norma abilitante (in questo caso, art. 66 d.P.R. 11 luglio 1980 n. 382) e se cioè la sussistenza di un interesse pubblico comune potesse costituire condizione sufficiente per concludere accordi anche a titolo oneroso: così DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, 759.

Recentemente TAR Campania Napoli, Sez. I, 4 aprile 2012 n. 1580 sembrerebbe dare una risposta positiva al quesito laddove ritiene che «l’accezione di interesse comune è, allo stato della giurisprudenza, piuttosto ampia e coincide, nella sostanza, con il perseguimento dell’interesse pubblico da parte degli enti partecipanti all’accordo conformemente ai loro scopi istituzionali, ivi compreso il caso in cui una pubblica amministrazione affidi a titolo oneroso ad altra pubblica amministrazione un servizio rientrante tra i compiti dell’ente». Precedentemente Cons. St., Sez. V, 16 settembre 2011 n. 5207, nel rinviare la questione alla CGUE ha fatto riferimento alla possibilità che le amministrazioni stipulino accordi di cooperazione a titolo oneroso, manifestando tuttavia dubbi qualora l’amministrazione ricopra al tempo stesso la qualifica di operatore economico.

Nonostante queste aperture, la giurisprudenza prevalente sembra ancora fare riferimento al requisito della onerosità, rigettando l’idea che un accordo *ex art.* 15 L. 241/90 possa essere concluso a titolo oneroso: così, Cons. St., Sez. III, 23 giugno 2014 n. 3130; Cons. St., Sez. V, 15 luglio 2013 n. 3849; Cons. St., Sez. III, 25 gennaio 2012 n. 324; TAR, Puglia, Lecce, Sez. I, 21 luglio 2010 n. 1791.

La possibile esistenza di un profilo di onerosità degli accordi tra P.A. a seguito delle nuove direttive comunitarie sugli appalti pubblici è stata messa in evidenza anche da V. DI CAPUA, *Accordi tra amministrazioni e inderogabilità del diritto dell’Unione Europa in materia di appalti pubblici. La tutela della concorrenza diventa “superprincipio”*, www.giustamm.it, 2014, che afferma che la «cooperazione tra le amministrazioni – che, s’intende, potrebbe anche essere a “titolo oneroso” – rappresenta la causa dell’accordo per lo svolgimento di funzioni istituzionali o di attività comuni agli enti che vi partecipano».

⁶³² Così, F. LINDITCH, *La Cour de Justice accepte les prestation intercollectivités dès lors qu’elles traduisent une véritable démarche de coopération*, in

zioni non ricevono somme di denaro a scopo di profitto per l'attività prestata, perché ciascuna amministrazione sopporta un sacrificio e riceve in cambio un compenso per permettere la costituzione e il mantenimento della struttura contrattuale comune e perseguire un fine pubblico: in sostanza, l'onerosità della prestazione si giustifica nell'ambito della loro partecipazione alla struttura comune.

La questione si incentra, quindi, in merito all'esatta struttura dell'accordo di cooperazione, rendendo meno agevole la sua distinzione rispetto ai contratti a titolo oneroso di approvvigionamento di beni e servizi tra pubbliche amministrazioni sottoposti all'applicazione delle direttive sulle pubbliche commesse.

2.2. (segue) La sottoscrizione di accordi anche da parte di amministrazioni pubbliche a vocazione commerciale limitata.

Anche il secondo requisito di differenziazione tra i contratti di appalto tra pubbliche amministrazioni e i contratti di cooperazione pubblici enucleato dalla giurisprudenza nazionale – cioè quello dell'assenza di connotazione imprenditoriale dell'amministrazione – ha progressivamente perso rilievo a causa delle differenze tra l'ambito soggettivo di operatività dell'istituto del partenariato pubblico contrattuale definito dalla Corte di Giustizia e quello recepito dal legislatore europeo.

Al fine di comprendere l'evoluzione della questione, occorre rammentare come la nozione di pubblica amministrazione nel diritto europeo si sia lentamente ampliata fino a ricomprendere soggetti che per il diritto nazionale pubblici non sono e come, contestualmente a ciò, si sia assistito ad un allargamento della nozione di operatore economico che ha indirettamente inciso sulla categoria dei contratti di cooperazione.

Recependo questo orientamento, la giurisprudenza nazionale ha di fatto escluso dal novero delle amministrazioni ammesse a sottoscrivere accordi di cooperazione non solo gli enti pubblici economici, le imprese pubbliche e tutti gli enti latamente pubblicistici che operano con continuità sul mercato, ma anche tutti i soggetti pubblici che, indipendentemente da un'organizzazione imprenditoriale stabile o dal perseguimento di un fine di lucro, si trovano ad offrire beni, servizi e lavori sul libero mercato⁶³³ conformemente alle attività statutariamente ammesse⁶³⁴.

La Semaine juridique Administrations et collectivités territoriales, 44/2009, 2248 il quale ritiene che le prestazioni assunte dalle parti del contratto potenzialmente s'iscrivono nella categoria degli scambi economici, ma che la finalità collaborativa permette «d'en occulter la valeur marchande».

⁶³³ Il rinvio è a CGCE, 23 dicembre 2009 C-305/08 *Co.NI.SMA*. Nello stesso senso CGUE, 26 marzo 2009, C-113/07 *Selex sistemi integrati c. Commissione*.

⁶³⁴ Si rinvia al § 4.2. del cap. III.

La scelta di escludere dall'ambito soggettivo di operatività degli accordi di cooperazione le amministrazioni che avessero vocazione commerciale è apparsa di agevole applicazione in quanto permetteva di eliminare sin dal principio ogni possibile interferenza con gli spazi riservati ai contratti di appalto: qualora l'amministrazione potesse, infatti, essere qualificata come operatore economico si escludeva la possibilità di sottoscrivere accordi di cooperazione. In tale modo, ai sensi della giurisprudenza della Corte di Giustizia, gli accordi di cooperazione erano stati considerati strumenti organizzativi solo per amministrazioni aggiudicatrici che non avevano vocazione commerciale o imprenditoriale⁶³⁵.

In adesione a questa impostazione, parte della giurisprudenza nazionale aveva addirittura accolto l'idea che oggetto dei contratti di cooperazione potessero essere solo beni e servizi che, in principio, non potevano essere prestati sul libero mercato e quindi «non deducibili in contratti di diritto privato⁶³⁶»: ciò secondo un'impostazione legittimava accordi relativi solo ad attività non contendibili nel libero mercato, e pertanto concernenti funzioni squisitamente pubblicistiche.

Senonché il legislatore europeo ha modificato i criteri enucleati dalla Corte di Giustizia, operando un richiamo al “mercato aperto” al pt. c) co. 4 della disposizione dedicata agli «Appalti pubblici/concessioni tra enti nell'ambito del settore pubblico», e nello specifico ha statuito che le amministrazioni aggiudicatrici possano svolgere sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione⁶³⁷.

⁶³⁵ Da ultimo, Cons. St., Sez. III, 13 giugno 2014 n. 3130; Cons. St., Sez. III, 16 dicembre 2013 n. 6014; Cons. St., Sez. V, 15 luglio 2013 n. 3849; Cons. St., Sez. V, 30 luglio 2013 n. 4832; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 4 aprile 2012 n. 1580; Cons. St., Sez. III, 25 gennaio 2012 n. 324; TAR Abruzzo, Sez. I, 11 aprile 2011 n. 191.

⁶³⁶ Cons. St., Sez. III, 13 giugno 2014 n. 3130 e Cons. St., Sez. V, 15 luglio 2013 n. 3849 secondo cui «visti nel prisma del diritto europeo, quindi, gli accordi tra pubbliche amministrazioni previsti dalla legge generale sul procedimento amministrativo sono necessariamente quelli aventi la finalità di disciplinare attività non deducibili in contratti di diritto privato, perché non inquadrabili in alcuna delle categorie di prestazioni elencate nell'allegato II-A alla direttiva 2004/18 di coordinamento degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture». Nello stesso senso già TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 17 luglio 2006 n. 1837; Cons. St., Sez. V, 28 dicembre 2007 n. 6736; Cons. St., Sez. V, 10 settembre 2010 n. 6529.

⁶³⁷ Tale percentuale sembrerebbe essere stata introdotta in coordinamento con la disciplina dell'*in house providing*: l'ente *in house* deve infatti svolgere oltre l'80% delle attività a favore della persona giuridica controllante; ciò vuol dire che solo un residuale 20% può essere svolto sul mercato. Il legislatore europeo ritiene dunque che tale percentuale di fatto ponga dei limiti ben precisi alla possibilità per le società *in house* di espandere le proprie attività oltre i confini dell'affidamento diretto, impedendo pratiche di *leveraging* in cui tali società beneficiano del

Il richiamo, di fatto, ha inclinato l'equilibrio che si era creato perché in concreto la disposizione della direttiva legittima accordi non solo tra amministrazioni aggiudicatrici – nell'accezione fornita dalla normativa europea – ma anche tra amministrazioni aggiudicatrici e soggetti pubblici con vocazione commerciale o industriale limitata. L'unica certezza è che restano escluse dalla categoria le sole amministrazioni qualificabili come operatori economici in quanto svolgono la propria attività sul libero mercato in una percentuale superiore a quella del 20%.

La questione è di non poco momento se si considera che per le amministrazioni a limitata vocazione commerciale si potrebbe, oggi, prefigurare una doppia strada: essere parti di un accordo di cooperazione, oppure aggiudicatarie di un contratto d'appalto affidato mediante gara ad evidenza pubblica cui esse possono partecipare, essendo di fatto operatori economici⁶³⁸.

vantaggio derivante dall'affidamento diretto anche in mercati aperti alla concorrenza.

In sostanza, la percentuale del 20% sembra essere considerata a livello europeo quale limite di garanzia volto ad impedire che l'attività acquisti un fine prevalentemente commerciale.

⁶³⁸ Di questo avviso è Cons. St, Sez, III, ord. 30 ottobre 2013 n. 5241 che ritiene «il tema è destinato a diventare ineludibile, a seguito dei limiti, divenuti più rigorosi, posti a carico dei soggetti pubblici (o privati no profit) che intendano ricorrere allo strumento degli accordi e/o delle convenzioni in alternativa alla via maestra delle procedure di aggiudicazione (Corte di Giustizia 19 dicembre 2012, C159/11). Infatti, quanto più si riduce l'ambito di operatività degli accordi tra soggetti pubblici e si riconosca invece la necessità di aggiudicare mediante gara pubblica veri e propri appalti, tanto più spesso è destinato a porsi il problema della parità di trattamento tra concorrenti disomogenei: da un lato quelli che devono stare sul mercato, dall'altro quelli che possono contare anche su finanziamenti pubblici, più o meno garantiti, ovvero su affidamenti diretti, e che quindi beneficiano di una sorta di "doppio binario"»; nonché TAR Lazio, Roma, Sez. II, 8 maggio 2013 n. 3518 e 3517 che, nell'accertare la illegittimità dell'accordo concluso tra il corpo della Polizia di Roma Capitale ed il Corpo Forestale nazionale per il servizio di monitoraggio e controllo del territorio comunale afferma, incidentalmente, che «si deve ritenere che, pacificamente, nella giurisprudenza comunitaria sia riconosciuta la possibilità che le amministrazioni pubbliche, ferma la loro legittimazione a concorrere alla pari delle imprese private nelle pubbliche gare, concludano accordi diretti per il perseguimento di fini di interesse pubblico». Nello stesso senso, Cons. St., Sez. V, 10 settembre 2010 n. 6548.

Questa problematica sottende in realtà la questione circa l'attualità di un intervento statale sul mercato (sul punto, A.V.A. DIVARI, *Per una lettura degli accordi di partenariato pubblico-pubblico, di cooperazione e di collaborazione interamministrativa*, cit. 259) e, dall'altra – quale logica conseguenza – quella degli strumenti correttivi e di regolazione che ogni Stato membro dovrebbe apprestare per correggere la intrinseca disomogeneità dei diversi operatori economici al fine di impedire fenomeni di *leveraging* (S. FOÀ, *I soggetti partecipanti alle gare*, in C.E. GALLO, *Autorità e consenso nei contratti pubblici*

In tale modo si assiste, relativamente a queste amministrazioni, ad una sovrapposizione – se non addirittura coincidenza – tra gli ambiti applicativi della normativa in punto di contratti di cooperazione e di contratti di appalto, rendendo quanto mai necessario individuare un punto di discriminazione.

A ciò si aggiunge, che tale impostazione avalla la tesi per cui gli accordi di cooperazione possono avere ad oggetto non solo attività amministrative *stricto sensu*, ma anche attività «che amministrative non sono»⁶³⁹.

Se così è il rischio che gli accordi di cooperazione possano incidere sul mercato si fa più concreto: per superare tale problema le prestazioni dedotte nell'accordo, riguardanti attività materiali e patrimoniali, dovranno pertanto essere ammesse nel limite della loro connessione e accessorietà con la struttura comune costituita per contratto⁶⁴⁰ e comunque nel limite massimo del 20% (in termini di fatturato) di attività esercitabili sul libero mercato al fine di evitare pratiche di *leveraging*.

2.3. La valorizzazione del contenuto del contratto sottoscritto.

Alla luce di quanto sinora detto, appare evidente che le differenti posizioni assunte dalla Corte di Giustizia e dal legislatore europeo in punto di amministrazioni legittimate a concludere gli accordi di cooperazione e la rinnovata giurisprudenza europea circa la nozione di onerosità del contratto dovrebbero indurre a ricercare nuovi criteri per delimitare l'ambito di applicazione dei contratti organizzativi.

La questione appare di particolare rilievo dal momento che, individuati questi criteri, è possibile ridefinire il campo di applicazione soggettivo ed oggettivo degli accordi di cooperazione ex art. 15 L. 241/90 (e art. 30 TUEL) alla luce del diritto comunitario.

A tale proposito soccorrono i punti a) e b) del co. 4 della disposizione sugli «*Appalti/Concessioni tra enti nell'ambito del settore pubblico*» i quali

alla luce delle direttive 2014, Torino, 2014, 42), questione questa che merita un diverso e più approfondito esame che non appare utile nell'economia del presente lavoro.

⁶³⁹ F. MONNI, *Gli accordi tra pubbliche amministrazioni con particolare riguardo all'ordinamento degli enti locali*, cit., 2.

⁶⁴⁰ Già, nel documento di lavoro dei servizi della Commissione «*concernente l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico")*», SEC(2011)1169 def., del 4 ottobre 2011, 16 era stato evidenziato che gli accordi di cooperazione in principio non riguardano attività di mercato ancorché queste siano in esso deducibili quando accessorie e connesse.

Da ultimo, TAR Lazio, Roma, Sez. II, 8 maggio 2013 n. 3518; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 8 maggio 2013 n. 3517; Cons. St., Sez. VI, 8 aprile 2002 n. 1902; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 16 marzo 2005 n. 612; Corte App. Genova, 9 luglio 2007; TAR Liguria, Sez. II, 30 ottobre 2008 n. 1925; TAR Toscana, Sez. II, 22 marzo 2011 n. 467; Cons. St., Sez. V, 10 settembre 2010 n. 6548.

devono essere assunti quale chiave di lettura per interpretare gli accordi di cooperazione nazionale in attesa di ulteriori indicazioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Nello specifico, l'indagine può concentrarsi sui tre elementi principali che si traggono dalla lettura dei due punti citati: e cioè «la cooperazione», gli «obiettivi in comune perseguiti» e «l'interesse pubblico» che regge l'accordo; al ricorrere di questi tre elementi, infatti, l'accordo sottoscritto da un'amministrazione aggiudicatrice o a vocazione commerciale limitata è considerato uno strumento di cooperazione a contenuto organizzativo. I tre elementi appena descritti altro non sono che “il contenuto dell'accordo” – inteso quale «prestazione contrattuale illuminata dalla ragione che la giustifica⁶⁴¹» –, manifestazione della «strategia comune condivisa che si basa sullo scambio e sull'armonizzazione degli interessi⁶⁴²» delle parti.

Pare perciò possibile affermare che il legislatore europeo abbia rifiutato criteri specifici di discriminazione e abbia, invece, privilegiato l'indagine effettiva sulla «struttura del contratto⁶⁴³» e sull'effettivo rapporto tra le parti: il contratto di partenariato infatti, pur se sinallagmatico ed eventualmente oneroso, si caratterizza per un particolare modo di atteggiarsi della sua struttura e della sua causa giustificativa⁶⁴⁴.

Relativamente alla causa dell'accordo, ed in accordo con parte della dottrina, sembra possibile parlare di causa “cooperativa⁶⁴⁵” da intendere come «il mettere in comune risorse per una buona amministrazione⁶⁴⁶». I

⁶⁴¹ Così, V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 319.

⁶⁴² Conclusioni Avv. Gen. V. Trstenjak, 23 maggio 2012 in causa C-159/11, *Asl Lecce c. Ordine degli ingegneri e altri*, § 75.

⁶⁴³ § 78 delle conclusioni cit.

⁶⁴⁴ Per G.B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto* in C. ANGELICI – G.B. FERRI (a cura di), *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino 1997, 97 la causa è la funzione economico-individuale del contratto: cioè la ragione pratica del singolo specifico negozio alla luce delle specificità rilevanti che lo connotano. Solo recentemente tale impostazione è stata accolta dalla giurisprudenza: da ultimo si vedano ad esempio, Cass. civ., SS.UU., 23 gennaio 2012 n. 1521 in tema di concordato preventivo; Cass. civ., 1 aprile 2011 n. 7557 sul contratto di discarica; Cass. civ., 24 luglio 2007 n. 16315 sul contratto turistico.

⁶⁴⁵ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, 119-120; G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996, 324; L. ZANETTI, *Gli strumenti di cooperazione funzionale nell'azione pubblica*, in CAMMELLI M. (a cura di) *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007, 520. Intende la causa cooperativa come causa giustificativa dell'accordo di cooperazione anche S. PIRAINO, *La consensualità nell'azione amministrativa*, in *Rivista del diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente* 2008, 13.

⁶⁴⁶ S. CIVITARESE MATTEUCCI, op. ult. cit., 120.

contratti di cooperazione, essendo negozi del tutto liberi (cioè non imposti dalla legge o necessitati da esigenze esterne) si caratterizzerebbero proprio per il fatto che amministrazioni equiordinate⁶⁴⁷ realizzano volontariamente un'azione coordinata per rendere una propria attività istituzionale efficace, efficiente ed adeguata (principio di buona amministrazione). L'accordo, infatti, viene sottoscritto dalle amministrazioni proprio per garantire una «maggiore probabilità di successo dell'operazione concordata⁶⁴⁸»⁶⁴⁹ giacché le singole amministrazioni potrebbero adempiere singolarmente quelle stesse attività.

Se così è, l'«obiettivo comune» richiesto dalle direttive europee dovrebbe essere riferita alla ragione cooperativa che sorregge l'accordo⁶⁵⁰.

Sul concetto di buona amministrazione R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, 128 secondo cui la «buona amministrazione esprime un concetto: è l'attività amministrativa perfettamente adeguata, nel tempo nei mezzi, al fine specifico da raggiungere».

⁶⁴⁷ Il concetto di equiordinazione deve essere inteso quale caratteristica di amministrazioni che dispongono in modo paritario dei loro pubblici interessi: F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati scopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.* 1/1993, 21 ss.

In giurisprudenza rileva da ultimo TAR Campania, Napoli, Sez. III, 14 febbraio 2014 n. 1039.

⁶⁴⁸ G.D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., 289 che richiama G. DI GASPARE, *Accordi di programma in Le Regioni*, 1988, 290.

⁶⁴⁹ Parte della dottrina ha infatti qualificato l'accordo ex art. 15 L. 241/90 alla stregua di un contratto associativo di diritto privato tra pubbliche amministrazioni: l'elemento più significativo di questi tipi contrattuali sarebbe costituito proprio dalla comunanza dello scopo perseguito dalle parti contraenti così come accade negli accordi di cooperazione.

Come rileva G.D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., 324 «nei contratti con comunione di scopo l'interesse dei contraenti rimane in una posizione di subalterità rispetto a quello più generale volto al mantenimento del rapporto al perseguimento del fine. Le parti sono vincolate più che tra di loro, direttamente al piano di azione concordato, assumendo valore prioritari o la salvaguardia della finalità che, attraverso l'adeguamento della propria azione al piano, il negozio mira a perseguire». Nello stesso senso anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, 120; L. ZANETTI, *Gli strumenti di cooperazione funzionale nell'azione pubblica*, cit., 531; S. PIRAINO, *La consensualità nell'azione amministrativa*, cit., 9.

⁶⁵⁰ Secondo CG. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, cit., 92, infatti, «il coordinamento non esiste né come organizzazione né come attività “esso è il risultato, un effetto”. Non c'è attività di coordinamento ma solo strumenti che possono consentire di ottenere questo risultato». Nello stesso senso, F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi* in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di) *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2001, 398

Tutto il regolamento negoziale (inteso quale integrazione di causa, oggetto ed effetti) dovrebbe anzi essere rivolto a questa finalità e, quindi, le prestazioni di scambio dedotte nel contratto dovrebbero essere nel concreto indirizzate a diretto vantaggio della “struttura contrattuale” creata dalle singole amministrazioni contraenti⁶⁵¹, e non a favore di esse come invece succede nei contratti di appalto.

Ciò vuole dire che l'accordo non deve soddisfare gli interessi delle amministrazioni contraenti – perché le prestazioni dedotte non sono poste direttamente a vantaggio delle altre amministrazioni che concludono l'accordo – ma deve perseguire un interesse pubblico intestato in eguale misura a tutte le amministrazioni che vi partecipano: in sostanza, «se all'inizio della vicenda troviamo più soggetti pubblici con distinti interessi da coordinare per la realizzazione di un'iniziativa comune, alla fine abbiamo un progetto di azione per il conseguimento del risultato⁶⁵²».

In una lettura unitaria della fattispecie, quindi, le prestazioni materiali dedotte – obbligazioni di scambio che possono avere ad oggetto tanto attività squisitamente pubblicistiche, ma anche economicamente contendibili⁶⁵³ – sono “declassate” ad obbligazioni integrative e strumentali rispetto al dovere primario di prestare in favore della struttura comune⁶⁵⁴. Ciò consente di distinguere, nell'oggetto immediato dell'accordo⁶⁵⁵, prestazioni primarie e

⁶⁵¹ Così, F. LINDITCH, *La Cour de Justice accepte les prestations intercollectivités dès lors qu'elles traduisent une véritable démarche de coopération*, cit. 2248 e DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, cit., 731 relativamente ai contratti di cooperazione pubblico-pubblico.

Alle stesse considerazioni era già pervenuto G.D. COMPORI *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., 324 relativamente all'interpretazione degli accordi di cooperazione ex art. 15 L. 241/90.

⁶⁵² G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., 330.

⁶⁵³ Non pare opportuno ripercorrere le varie tesi sviluppatesi sulla questione se dagli accordi di cooperazione nascano obbligazioni o meri obblighi. La questione, come appare evidente, si ricollega ancora una volta al problema della natura giuridica degli accordi. Basterà qui ricordare che vi è chi ritiene che l'accordo dia luogo ad obbligazioni e diritti (così G. DI GASPARE, *Accordi di programma*, cit., 1988, 290); chi invece parla di obblighi e diritti (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 423 ss); ed in ultimo, vi è chi sostiene che l'accordo sia fonte tanto di obblighi che di obbligazioni: nascerebbero obbligazioni dagli impegni relativi all'esecuzione di determinate opere e obblighi dagli impegni relativi allo svolgimento di funzioni pubbliche discrezionali (così, G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., 291).

⁶⁵⁴ Così già G.D. COMPORI, op. ult. cit., 293-294.

⁶⁵⁵ La distinzione tra oggetto immediato e oggetto mediato viene compiuta per distinguere, come fa la dottrina civilistica (si veda, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 316) e ormai anche la giurisprudenza, tra le prestazioni contrattuali ed i beni a cui si riferiscono le posizioni giuridiche soggettive tutelate dal contratto; questa distinzione è stata recentemente accolta anche in giurisprudenza, da ultimo Cass.

prestazioni secondarie: non solo prestazioni latamente di scambio (obbligazioni di fare/prestare verso un rimborso/finanziamento/corrispettivo), ma soprattutto prestazioni assistenziali fondate sulla ripartizione di incarichi e responsabilità circa il piano d'azione concordato⁶⁵⁶: in modo che in presenza di un simile contenuto contrattuale la cooperazione acquista «un carattere autentico e reale»⁶⁵⁷.

Tutto il contenuto negoziale dell'accordo quindi ruota attorno alla creazione e al mantenimento del piano d'azione condiviso; l'esistenza di una volontà concorde di cooperare per esigenze di pubblico interesse permette di espungere ogni elemento che potrebbe indurre a considerare l'accordo interamministrativo alla stregua di un contratto sinallagmatico con causa di scambio (ivi compresi i profili di onerosità del contratto⁶⁵⁸, nonché le prestazioni di approvvigionamento di beni e servizi connesse)⁶⁵⁹.

Da ciò incidentalmente discende che il concetto di «comunanza dell'interesse» deve riferirsi al piano d'azione creato che dev'essere senz'altro comune e condiviso; restano sullo sfondo, invece, i singoli interessi delle amministrazioni, i «motivi» che hanno condotto alla sottoscrizione

civ., Sez. II, 9 novembre 2012 n. 19509. Applicando questa qualificazione agli accordi di partenariato, si dovrebbero distinguere le prestazioni assistenziali e di scambio che concretizzano l'oggetto immediato del contratto dalle attività, beni e servizi che concretizzano invece l'oggetto mediato del contratto.

⁶⁵⁶ A. BARTOLINI, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti*, cit., 1264.

⁶⁵⁷ Così, il testo delle Proposte di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici, Bruxelles 20 dicembre 2011 COM(2011)896 def. sugli appalti nei settori ordinari; COM(2011)895 def. sugli appalti nei settori speciali; COM(2011)897 def. sulle concessioni; nonché il documento di lavoro elaborato dai servizi della Commissione «*concernente l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico")*», SEC(2011)1169 def. del 4 ottobre 2011.

⁶⁵⁸ Il rinvio è al concetto di onerosità accolta dalla CGUE da ultimo in sentenza *ASL Lecce* nonché all'impostazione della Corte Cass. SS.UU. 18 marzo 2010 n. 6538 secondo cui i concetti di gratuità ed economicità sono desunti dal regolamento globale degli interessi e non dal singolo atto di disposizione per cui è sempre possibile qualificare come oneroso un contratto tutte le volte che il terzo riceva un vantaggio, anche recuperare indirettamente la prestazione adempiuta ed eliderne il pregiudizio.

⁶⁵⁹ Secondo F. LINDITCH, *La Cour de Justice accepte les prestations intercollectivités dès lors qu'elles traduisent une véritable démarche de coopération*, cit., 2248 le prestazioni assunte dalle parti potenzialmente s'inscrivono nella categoria degli scambi economici ma che la finalità collaborativa premette d'«en occulter la valeur marchande»; ugualmente, C.E. GALLO, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, cit., 1181, rileva come i contratti di partenariato pubblico-pubblico, pur ritenuti legittimi dalla Corte di Giustizia, presentino un «risvolto economico significativo».

ne dell'accordo⁶⁶⁰: il diritto europeo tace sul punto, non imponendo la omogeneità degli interessi delle amministrazioni o la loro rilevanza nell'ambito di una stessa materia⁶⁶¹; pertanto questi interessi potrebbero in principio anche essere diversi purché permettano di fondersi in un piano d'azione condiviso. In quest'ottica non erra la recente giurisprudenza nazionale quando richiede che i singoli interessi delle amministrazioni siano, almeno, "complementari e sinergici"⁶⁶².

Quanto detto non deve comunque indurre a considerare la cooperazione per uno scopo comune in senso troppo restrittivo⁶⁶³: cooperazione non equivale a sovrapposizione di interessi o ripartizione eguale di funzioni, diritti, obblighi e responsabilità; ma vuol dire solo complementarietà e convergenza in vista del raggiungimento di uno scopo comune. In questa ottica, le singole partecipazioni delle amministrazioni possono modularsi sulla base delle loro effettive possibilità purché, per quella parte di attività, esse sopportino i relativi obblighi e parti di responsabilità: è dal concorso delle prestazioni al piano d'azione che deriva una stretta interdipendenza delle stesse.

Unico limite per le amministrazione è certamente la deduzione, nel regolamento contrattuale, di attività ad esse affidate *ex lege*; tali accordi hanno infatti una funzione organizzativa da ricondurre non solo all'art. 97 Cost., ma anche al principio di sussidiarietà⁶⁶⁴: in sostanza, questi accordi

⁶⁶⁰ D'altra parte è noto che, anche nel diritto civile, i motivi personali delle parti non rilevano nel regolamento contrattuale se non nel loro risvolto patologico, potendo comportare la nullità del contratto *ex art.* 1345 c.c. ove comuni e illeciti. Sul punto, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 356.

⁶⁶¹ Così, R. CARANTA, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 4/2013, 396 che rileva come un'interpretazione troppo restrittiva non sarebbe nemmeno conforme alla *ratio* delle direttive Appalti e concessioni che mirano, in primo luogo, alla tutela della concorrenza laddove il libero mercato viene in rilievo. Di diverso avviso, M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in-house al Partenariato pubblico-pubblico*, in *Giur. It.*, 6/2013, 1219 secondo cui, l'ammettere anche il perseguimento di interessi differenti mette in luce i limiti dell'istituto del partenariato pubblico-pubblico.

⁶⁶² Così, Cons. St., Sez. V, 15 luglio 2013 n. 3849; T.A.R. Campania, Napoli Sez. I, 4 aprile 2012 n. 1580; Cons. St., Sez. V, 16 settembre 2011 n. 5207; T.A.R. Liguria, Sez. II, 30 settembre 2008 n. 1925.

⁶⁶³ A. BARTOLINI, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti*, cit., 1264 e A. DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, cit., 732.

Già, F.P. PUGLIESE, *Fondamento e limiti della collaborazione tra enti territoriali in Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*. Atti del XLII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Tremezzo, 19-21 settembre 1996, Milano, 1997, 466 relativamente ai contratti di cooperazione nazionali.

⁶⁶⁴ A. BARTOLINI, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti*, cit., 1264; D. MARESCA, *La*

permettono a tutte le amministrazioni, titolari di determinate funzioni, di stipulare un contratto cooperativo e mettere in comune le proprie forze e risorse per adempiere funzioni amministrative e attività materiali connesse che altrimenti non avrebbero potuto svolgere da sole con efficienza ed economicità; ma non possono determinare un trasferimento delle competenze predeterminate dalla legge.

2.4. (Segue) L'estensione del *public group* e le prestazioni deducibili nell'accordo interamministrativo.

Quanto sinora detto permette di compiere le seguenti osservazioni.

La prima riguarda l'estensione del "*public group*" all'interno del quale gli accordi di organizzazione sono considerati legittimi. Il legislatore europeo non pare relegare lo strumento negoziale ai soli rapporti tra amministrazioni omologhe, che operano in ambiti territoriali diversi, ma ammette che esso sia utilizzato anche da amministrazioni non omologhe per struttura e livello⁶⁶⁵. Il *public group* è formato dunque da tutte le amministrazioni⁶⁶⁶ – ad eccezione, come già rilevato, di quelle che hanno una vocazione commerciale o imprenditoriale non limitata – che si accordano in ossequio al principio cooperativistico, con esclusione di quelle ipotesi in cui un'amministrazione coopera nel piano d'azione di altra amministrazione per il perseguimento di un interesse "personale" di altro pubblico potere⁶⁶⁷.

La seconda riguarda invece la tipologia di prestazioni astrattamente deducibili in un accordo: si è visto infatti che nell'accordo organizzativo si fondono prestazioni assistenziali e obblighi strumentali di fare/prestare anche a contenuto economico che generalmente sono oggetto di gare ad evi-

cooperazione inter-amministrativa tra appalti e accordi orizzontali: i recenti orientamenti della Corte di Giustizia, Dir. pubbl. comp. eur. 2/2013, 700.

⁶⁶⁵ Tale impostazione restrittiva secondo R. CARANTA, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, cit., 396 non sarebbe infatti giustificata. Contrariamente, D. MARESCA, *La cooperazione inter-amministrativa tra appalti e accordi orizzontali: i recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, cit., 702 secondo cui dovrebbero ritenersi legittimi solo gli accordi tra amministrazioni che esercitano la stessa funzione ma in ambiti territoriali differenti.

⁶⁶⁶ M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in-house al Partenariato pubblico-pubblico*, cit., 1219.

⁶⁶⁷ La causa cooperativa non può infatti ravvisarsi in quelle ipotesi in cui le P.A. sono portatrici di interessi tra loro confliggenti, i quali si "equilibrano" secondo lo schema del *do ut des* nell'ambito dell'accordo.

Richiamando le parole di G. BERTI, *Dalla unilateralità alla consensualità nell'azione amministrativa*, in A. MASUCCI (a cura di) *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, Formez, 1988, 28 si evidenzia che «i due protagonisti (*ndr* che pervengono ad un accordo) non hanno armi per configgere e definire il loro rapporto attraverso il conflitto, ma solo braccia per unirsi e sommarsi, condotti all'abbraccio da una forza ineluttabile».

denza pubblica. L'inclusione di queste prestazioni è tuttavia ammessa da ritenersi legittima perché esse sono per l'appunto strumentali alla realizzazione dello scopo comune: fintanto che sussiste la connessione o l'accessorietà rispetto al piano d'azione congiunto, la prestazione di scambio viene inglobata nello scopo comune. Di conseguenza, sono da considerare elusive della concorrenza solo le ipotesi di prestazioni di scambio non connesse o collegate alla struttura comune.

Se queste sono le caratteristiche degli accordi di cooperazione più agevole appare la loro differenziazione rispetto ai contratti di appalto. Stante una parziale sovrapposizione delle attività deducibili nell'uno e nell'altro strumento negoziale nonché dei soggetti pubblici che possono essere parti di essi, un elemento di diversità può essere ravvisato nel contenuto concreto del contratto: mentre infatti il contratto cooperativo richiede un piano d'azione convergente e condiviso da ogni amministrazione per perseguire un risultato comune (che è quello di "mettere insieme" risorse e mezzi per una maggiore economicità dell'azione amministrativa o anche solo per adempiere funzioni che da sole esse non avrebbero potuto svolgere), nel contratto di appalto (o concessione) il regolamento contrattuale è basato sull'incontro di volontà alla base confliggenti che si equilibrano in un rapporto di scambio.

In questa ottica, dunque, appare necessaria un'indagine caso per caso in quanto non è il *nomen iuris* attribuito dalle amministrazioni a qualificare in concreto un accordo, ma ciò che rileva è la struttura e la funzione che esso riveste nell'ambito della fattispecie controversa, nonché il potere che l'amministrazione ha inteso esercitare attraverso la sua sottoscrizione⁶⁶⁸.

2.5. (segue) L'accordo di cooperazione come contratto associativo a struttura "debole".

Alcuni degli elementi finora evidenziati, sulla base delle indicazioni fornite dal legislatore – e cioè a) la mutata natura della prestazione che può avere natura patrimoniale e del contratto che può presentare profili di onerosità; b) l'individuazione dell'interesse comune nel piano di azione concordato; c) l'individuazione accanto alle obbligazioni di scambio, di un primario dovere di agire a favore della struttura contrattuale comune; d) la necessità che il piano d'azione concordato concretizzi uno scambio reciproco di diritti, doveri e responsabilità volte al perseguimento del risultato unico comune – inducono a svolgere qualche breve considerazione sulla struttura dell'accordo di cooperazione alla luce della categorie di diritto interno.

⁶⁶⁸ Questa la posizione riaffermata da Cons. St., Sez. III, 24 giugno 2014 n. 3194. Nello stesso senso, TAR Lazio, Roma, Sez. II, 6 maggio 2014 n. 4709; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 8 aprile 2013 n. 3517 e 3518; TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 10 gennaio 2010 n. 74; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 17 giugno 2008 n. 5916; TAR Sardegna, Sez. II, 14 aprile 2006 n. 662.

Ed infatti, le nuove norme comunitarie in tema di partenariato pubblico-pubblico paiono perfettamente adattabili, ed anzi avallano, il pensiero già espresso da autorevole dottrina⁶⁶⁹ che aveva qualificato gli accordi di cooperazione nazionali alla stregua di contratti plurilaterali con funzione associativa tra pubbliche amministrazioni.

Ed infatti, al pari dei contratti con comunione di scopo (associativi⁶⁷⁰), gli accordi di cooperazione presentano: a) l'indeterminatezza delle parti; b) l'omogeneità dell'interesse perseguito; c) una struttura comune che è la causa del contratto⁶⁷¹. Caratteristica dei contratti associativi è che l'interesse dei contraenti rimane in una posizione subordinata rispetto a quello volto al mantenimento della struttura comune⁶⁷²: «le parti sono vincolate, più che tra di loro, direttamente al piano d'azione concordato, assumendo valore prioritario la salvaguardia delle finalità che, attraverso l'adeguamento della propria azione al piano, il negozio mira a perseguire⁶⁷³».

⁶⁶⁹ Così già G.D. COMPORTE *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., 323 il quale a conclusione della sua opera evidenziava che il considerare gli accordi ex art. 15 L. 241/90 come contratti plurilaterali con funzione associativa avrebbe permesso di chiarire alcune problematiche sorte nel dibattito dottrinale: la prima è quella che riguarda la possibilità di recedere dal contratto ex art. 11 co. 4 L. 241/90, che deve pertanto ritenersi esclusa se non nei limiti e nelle modalità previste dal diritto comune; la seconda è quella circa la patrimonialità e onerosità delle prestazioni. L'autore ritiene che il contratto contenga prestazioni suscettibili di valutazione economica e prestazioni prive di tale connotato ma che entrambe devono essere lette unitariamente in quanto teologicamente indirizzate al piano d'azione concordato, il quale è patrimoniale ed è oneroso. La terza problematica è quella della funzione rivestita da tali accordi, che l'Autore individua nel solo fine programmatico; la quarta, ma non ultima in ordine di importanza, è quella relativa all'esatta interpretazione della comunanza dello scopo. L'autore ritiene che comunanza non voglia dire omogeneità dell'interesse pubblico perseguito, ma assenza di contrapposizione degli interessi.

Le stesse conclusioni cui si è giunti rileggendo gli accordi nazionali alla luce del diritto europeo paiono richiamare le conclusioni cui era giunto l'autore nella sua opera e pertanto giustificano l'accoglimento della sua impostazione.

Accolgono la tesi dei contratti plurilaterali da ultimo anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, cit., 120; L. ZANETTI, *Gli strumenti di cooperazione funzionale nell'azione pubblica*, cit., 531; S. PIRAINO, *La consensualità nell'azione amministrativa*, cit., 9. Contra, E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 111-116; E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, *Enc. Dir.*, agg V, Milano, 2001, 30; S. VALAGUZZA, *L'accordo di programma: peculiarità del modello e impiego di risorse*, in *Dir. amm.* 2010, 429 ss.

⁶⁷⁰ P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971.

⁶⁷¹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 419.

⁶⁷² Così G. FERRI, *Il contratto plurilaterale*, *Nov. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 739 ss.

⁶⁷³ G.D. COMPORTE *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., 324.

Nella costruzione dei contratti associativi, quindi, le prestazioni materiali di fare/prestare delle parti sono indirizzate sempre a favore della struttura comune e all'adempimento dello scopo comune, tanto che si è detto che la sinallagmaticità che caratterizza questi contratti onerosi non sia per "corrispettività" ma "per partecipazione"⁶⁷⁴.

Questa impostazione permette di qualificare gli accordi di cooperazione come accordi plurilaterali con comunione di scopo sottoscritti dalle amministrazioni nell'ambito della loro autonomia negoziale; inoltre essa potrebbe indurre a superare l'idea dell'inconciliabilità tra capacità giuridica di diritto privato delle amministrazioni e discrezionalità amministrativa⁶⁷⁵. Difatti se il contratto può essere conformato per la realizzazione di interessi sociali che travalicano quelli delle delle singole parti contraenti⁶⁷⁶, non pare inesatto includerlo tra gli strumenti utilizzabili per il perseguimento del interesse pubblico⁶⁷⁷.

Se dunque gli accordi di cooperazione altro non sono che contratti di diritto privato di tipo associativo, minor rilievo acquistano le problematiche sollevate in dottrina e in giurisprudenza circa la natura giuridica degli accordi; l'ammissibilità del recesso unilaterale⁶⁷⁸; la tipologia di clausole che

⁶⁷⁴ Sempre G.D. COMPORTI, op. ult. cit., 324.

⁶⁷⁵ Sulla teoria della negoziabilità del pubblico potere P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998. Più di recente, F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004.

⁶⁷⁶ Così G.D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit. 321; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico* cit., 118; R. FERRARA, *Gli accordi di programma. Poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, Padova, 1993, 70; F. PUGLIESE, *Fondamento e limiti della collaborazione*, cit., 467; A. TRAVI, *Forme di cooperazione interlocale* in *Dir. amm.*, 1996, 383.

⁶⁷⁷ Rileva G.D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., 312 che sostenere che il contratto sia uno strumento neutro rispetto al perseguimento dei pubblici interessi non vuole dire confondere il potere pubblico e lo strumento negoziale: «l'interesse pubblico può essere alternativamente perseguito o nelle forme classiche della discrezionalità o in quelle proprie dell'autonomia negoziale».

⁶⁷⁸ Dovrebbe pertanto considerarsi superata quella giurisprudenza, invero minoritaria, che ammette la possibilità di recesso unilaterale: da ultimo Cons. St., Sez. IV, 25 marzo 2014 n. 1457; TAR Molise, 30 ottobre 2012 n. 600; Cons. St., Sez. VI, 23 novembre 2011 n. 6162.

Pare invece più corretta la tesi della non recedibilità unilaterale dell'accordo, ma della possibilità di utilizzare strumenti civilistici quali il mutuo dissenso ex art. 1373 c.c.: così Cons. St., Sez. IV, 4 giugno 2014 n. 2859; Cons. St., Sez. VI, 29 maggio 2012 n. 3202; TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 12 dicembre 2012 n. 1986; TAR Molise, Sez. I, 30 ottobre 2012 n. 600; TAR, Lombardia, Milano, Sez. II, 14 gennaio 2009 n. 90; TAR Lazio, Sez. I, 3 ottobre 1997 n. 1434.

possono essere inserite nel contratto⁶⁷⁹; l'azionabilità di strumenti di tutela contrattuale a fronte dell'inadempimento di una delle amministrazioni contraenti⁶⁸⁰.

Tanto chiarito s'impone un'ultima osservazione: la tesi che configura gli accordi di cooperazione come contratti plurilaterali con comunione di scopo disciplinati dal diritto civile, non esime dal rilevare che gli accordi associativi tra amministrazioni non danno luogo – a differenza dei contratti associativi privatistici – ad una nuova persona giuridica autonoma: la sola struttura esistente è il contratto in sé⁶⁸¹.

Per tale ragione sarebbe forse più corretto utilizzare la dizione di “contratti associativi a struttura debole tra amministrazioni⁶⁸²”: puntualizza-

⁶⁷⁹ Sulla possibilità di introdurre condizioni potestative nel contratto, T.A.R. Toscana, Sez. II, 22 marzo 2011 n. 467. Ugualmente già, Corte Conti, contr. enti, 6 novembre 1998 n. 119.

⁶⁸⁰ Sull'onere di rinegoziazione che discende dal principio di leale cooperazione si legga, Cons. St., Sez. V, 23 giugno 2014 n. 3145 che ha ritenuto «che, in materia di accordi pubblici ex art. 15 l. n. 241-90, il principio cardine è rappresentato dal noto brocardo *pacta sunt servanda*, con la conseguenza che le eventuali sopravvenienze normative o di fatto, che non rientrino nel *range* applicativo dei rimedi civilistici canonizzati dalle leggi civili (ad es. ex art. 1467 c.c.), devono essere risolte dalle Amministrazioni sulla base del principio di leale collaborazione, assumendosi la responsabilità politica delle relative decisioni, senza che, tuttavia, possa pregiudicarsi, sotto il profilo giuridico, un accordo legittimamente concluso ed in via di esecuzione».

Sull'esperibilità del rimedio ex art. 1453 c.c., da ultimo TAR Campania, Napoli, Sez. I, 17 giugno 2011 n. 3241; sull'esperibilità del rimedio ex art. 1456, co. 2, c.c. invece, Cons. St., Sez. VI, 29 luglio 2008 n. 3786.

⁶⁸¹ Da ultimo, alcuni autori hanno accostato il contratto di cooperazione ai codici di autodisciplina: così, A.V.A. DIVARI, *Per una lettura degli accordi di partenariato pubblico-pubblico, di cooperazione e di collaborazione interamministrativa, Il diritto dell'economia*, 1/2014, 241 che richiama R. SENIGAGLIA, *La vincolatività dei codici etici: ossimoro o sineddoche*, *Riv. crit. Dir. priv.* 4/2011, 567. I codici di autodisciplina, com'è noto, sono un insieme di norme di produzione privata, stilate da associazioni private che rappresentano una particolare categoria di professionisti, al fine di disciplinare i comportamenti tra i componenti della categoria e tra loro e i singoli, cui si aderisce su base volontaria mediante l'adesione all'organizzazione che produce le norme. Anche in questo caso dunque, alla base del codice di autodisciplina, vi sarebbe un contratto associativo.

⁶⁸² Si tratterebbe dunque di un contratto associativo atipico in deroga alla disposizione ex art. 2740 cc.: tale atipicità discende dalla scelta discrezionale delle amministrazioni per regolare, nel modo più efficiente, efficace ed economico, il perseguimento di pubblici interessi comuni.

Sulla questione dell'ammissibilità di contratti atipici dell'amministrazione si legga *ex multis*, G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, IV, Milano, 1958, 466; B. CAVALLO, *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici fra diritto interno e*

zione che ha, tra l'altro, il pregio di distinguere tali strumenti contrattuali da quelli che danno vita a consorzi e società pluripartecipate pur soggetti alla disciplina dell'art. 15 L. 241/90. In questi ultimi casi infatti la creazione di una nuova struttura amministrativa, cui delegare lo svolgimento di funzioni amministrative, giustifica l'applicazione di tutta una serie di regole giuridiche differenti e più pregnanti – cioè quelle relative all'istituto dell'*in house* pluripartecipato ed ai suoi requisiti di legittimità – onde evitare che vengano invase sfere riservate al libero mercato.

2.6. Il rapporto con la tutela della concorrenza.

Il contratto di cooperazione tra amministrazioni così ricostruito ha quindi una funzione organizzativa dal momento che anche le prestazioni di scambio, pur economicamente valutabili, sono obbligazioni accessorie e strumentali al perseguimento del piano comune d'azione – risultato della convergenza dei singoli interessi pubblici perseguiti dalle amministrazioni; al verificarsi di questi requisiti, l'accordo di cooperazione non è idoneo a restringere il gioco della concorrenza e ciò giustifica la ragione per cui le amministrazioni possono «sempre» avvalersene⁶⁸³.

Possono perciò replicarsi le medesime osservazioni che precedentemente sono state svolte in punto di *in house providing* semplice e pluripartecipato, atteso che anche gli accordi interamministrativi sono strumenti attraverso cui le amministrazioni possono esercitare il loro potere di autoorganizzazione per lo svolgimento delle funzioni ad esse attribuite.

Come si è precedentemente visto, la disciplina concorrenziale non è applicabile alle scelte organizzative poste in essere mediante «propri stru-

normativa comunitaria: rilievi procedurali e sostanziali, in *Contratto e impresa*, 2006, 356 ss. In giurisprudenza chiaramente Cons. St., Sez. V, 7 settembre 2001 n. 4680 secondo cui «non sussiste alcuna identità tra il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi e quello di tipicità dei contratti [...] la P.A. può avvalersi delle figure negoziali tipiche previste dalla legge ed può anche concludere contratti atipici, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela non configgenti con le finalità istituzionali»; così anche Cons. St., Sez. IV, 4 dicembre 2001 n. 6073; Cons. St. Sez. IV 29 novembre 2002 n. 6536.

Sul rapporto tra funzionalizzazione dell'attività amministrativa e atipicità del contratto si rinvia a M. DUGATO, *I contratti misti come contratti atipici tra attività e organizzazione amministrativa. Dal global service all'in house*, cit., 92 ss; nonché P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005, 406.

⁶⁸³ Contrariamente, P. SANTORO – E. SANTORO, *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2011, 238 che ritengono che anche nei casi consentiti «il contratto di partenariato tende ad attrarre nell'orbita pubblicistica attività economiche, trasformando un'impresa pubblica che potrebbe operare liberamente sul mercato in una struttura a gestione interna».

menti⁶⁸⁴» – ove con tale locuzione si indicano quindi anche strumenti di altre amministrazioni in un’ottica di cooperazione pura⁶⁸⁵ – perché rispetto a queste scelte manca l’idea stessa del mercato: la scelta organizzativa antecede quella di ricorrere al libero mercato.

Tale libertà di scelta, come si è visto, discende dalla circostanza per cui il diritto europeo, nel rispetto dell’autonomia istituzionale degli Stati⁶⁸⁶, non può imporre alle amministrazioni alcuna forma organizzativa specifica per l’esercizio delle funzioni amministrative ad esse attribuite a meno che non sussistano rilevanti ragioni connesse alla tutela della concorrenza⁶⁸⁷.

È quindi evidente che, nel momento in cui la sottoscrizione dell’accordo di cooperazione appaia idonea ad avvantaggiare, anche indirettamente, un privato o celi ragioni che esulano il mero interesse pubblico perseguendo finalità di lucro soggettivo, si assiste ad una potenziale violazione del principio di concorrenza nel libero mercato⁶⁸⁸, tale per cui

⁶⁸⁴ Come più volte rilevato, la Corte di Giustizia e gli Avvocati Generali rinviano spesso alla nozione di “propri strumenti”: Concl. Avv. Gen. A. La Pergola 19 febbraio 1998 C-360/96, *BFI Holding c. Arnhem*, pt. 26; Concl. Avv. Gen. S. Alber, 18 marzo 1999 C-108/98, *RISAN srl c. Comune di Ischia* pt. 49; CGCE, 11 marzo 2003, C-186/01, *Dory*; Concl. Avv. gen. J. Kokott, *Parking Brixen* pt. 42; CGCE, *Stadt Halle e RPL Lochau* pt. 48; CGCE, 13 novembre 2008, C-324/07 *Coditel Brabant SA* pt. 48-49; Concl. Avv. Gen. V. Trstenjak, 75 ss; CGCE, *ASEMFO*, pt. 55; CGCE, 8 aprile 2008, n. 337/05, *Commissione c. Italia*, pt. 36; CGCE, 10 settembre 2009, C-206/08 *Eurawasser*; CGCE, *CONAME*, cit.; CGCE, *Kreis Duren*. Da ultimo CGCE, C-480/06 *Commissione c. Repubblica federale di Germania* pt. 45 e Concl. Avv. Gen. J. Mazak, pt. 32; CGCE, 19 dicembre 2012, C-159/11, *ASL di Lecce c. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, pt. 31 ss e Concl. Avv. Gen. V. Trstenjak pt. 58.

⁶⁸⁵ CGCE, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant* pt. da 47 a 50.

⁶⁸⁶ Cons. St., Sez. V, 23 aprile 1998, 477 afferma che «la tutela comunitaria del mercato non interferisce fino a disconoscere alle singole pubbliche amministrazioni ogni margine di autonomia organizzativa nell’approntare la produzione e l’offerta dei servizi e delle prestazioni di rispettiva competenza, potendo i singoli apparati istituzionali optare per schemi di coordinamento e formule organizzatorie che, teoricamente alternativi al ricorso alla libera produzione privata, si rilevino perfettamente idonei a garantire e soddisfare in modo adeguato le esigenze del servizio». Nello stesso senso, *ex multis*, TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 6 marzo 2008, n. 213; TAR Sardegna, Sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407; Cons. St., Sez. V, 22 novembre 2004 n. 7636.

⁶⁸⁷ D. MARESCA, *La cooperazione inter-amministrativa tra appalti e accordi orizzontali: i recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, cit., 689.

⁶⁸⁸ R. CARANTA, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, cit. 394; C.P. SANTACROCE, *Osservazioni sul «partenariato pubblico-pubblico», tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Riv. giur. urb.* 2/2014, 1999; D. MARESCA, *La cooperazione inter-amministrativa tra appalti e accordi orizzontali*, cit., 699.

l'accordo non può dirsi retto esclusivamente da ragioni di interesse pubblico, anche di natura patrimoniale⁶⁸⁹.

Infatti, la positivizzazione di istituti alternativi all'evidenza pubblica non ha certo segnato l'abbandono del principio concorrenziale che informa il mercato unico comunitario⁶⁹⁰ e delle connesse regole dell'evidenza pubblica. Quando però il mercato non c'è o non vi è il rischio di restringere il libero gioco della concorrenza⁶⁹¹, si riespande il potere autorganizzativo delle pubbliche amministrazioni e si riammette la libertà di autoproduzione⁶⁹²: in sostanza la libertà di organizzazione amministrativa s'impone come un «limite esterno alle regole sulla concorrenza⁶⁹³». Si comprende allora perché gli accordi di cooperazione, così come l'*in house* singolo o pluripartecipato, debbano semplicemente essere considerati come strumenti alternativi al concetto di mercato⁶⁹⁴; strumenti da ricollegare al concetto del *make*, piuttosto che a quello del *buy*.

⁶⁸⁹ La patrimonialità dell'interesse si deduce, come già evidenziato, *a contrario* dal risparmio in termini di risorse economiche impiegate nello svolgimento delle funzioni in comune o dalla maggiore efficienza ed efficacia dei servizi. Ciò che si esclude è che l'interesse pubblico sia utilizzato per il perseguimento di uno scopo di lucro soggettivo delle amministrazioni o dei privati.

Anche nel Libro Verde della Commissione Europea "*sulla modernizzazione della politica dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*", COM(2011)15 def. del 27 gennaio 2011, pt. 23 si legge come la cooperazione possa avere natura patrimoniale ma non deve acquisire valore commerciale né industriale.

Il problema della patrimonialità degli accordi di cooperazione è stata analizzata anche da G.D. COMPORTELLI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., 290

⁶⁹⁰ Il riferimento è a C.E. GALLO, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, cit., 1180 che ha sostenuto che con la positivizzazione delle categorie contrattuali organizzative dovesse intendersi superata la linea rigida «in ordine alla necessità di applicare sempre e comunque il meccanismo concorsuale per l'affidamento di servizi».

⁶⁹¹ Come ritiene R. DI RAIMO, *Proprietà, economia pubblica e identità nazionale*, in U. MATTEI – E. REVIGLIO – S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna 2007, 109 la tutela della concorrenza è perseguita laddove un mercato esista.

⁶⁹² Termine coniato da Cons. St., Sez. V, 23 aprile 1998, 477.

⁶⁹³ R. CAVALLO PERIN, *Il modulo "derogatorio": in autoproduzione o in house providing*, in H. BONURA - M. CASSANO M., *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011, 119; si veda anche V.M. LEONE, *In house: ossia dell'autonomia decisionale della pubblica amministrazione* in C. FRANCHINI – F. TEDESCHINI *Nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, 2008, 373.

⁶⁹⁴ Sul punto R. CAVALLO PERIN, *Il modulo "derogatorio": in autoproduzione o in-house providing*, cit., 120; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 257; S. VARONE,

2.7. Prospettive interpretative dei contratti di cooperazione.

Quanto appena evidenziato permette di osservare che, nonostante gli accordi di partenariato pubblico-pubblico in principio non incidano su sfere di mercato e non siano quindi idonei a determinarne un'applicazione elusiva della normativa in materia di concorrenza da parte dei pubblici poteri resta sempre in primo piano⁶⁹⁵, tanto che i requisiti di legittimità introdotti dal legislatore comunitario, pur se non pienamente sovrapponibili a quelli enucleati dalla Corte di Giustizia⁶⁹⁶, appaiono di fatto molto stringenti⁶⁹⁷.

Servizi pubblici locali e concorrenza, Torino, 2004, 173; F. FRACCHIA, F., *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2012.

Chiaramente afferma TAR Sardegna, Sez. I, 21 dicembre 2007 n. 2407 che «l'autoproduzione non rappresenta una deroga alla disciplina europea delle libertà economiche tutelate dal mercato comune, ma è definizione di ciò che non è mercato».

⁶⁹⁵ Da ultimo Concl. Avv. Gen. V. Trstenjak, 23 maggio 2012, *Asl Lecce*, cit., pt. 90 secondo cui: «se si consentisse alle amministrazioni aggiudicatrici di rivolgersi – al di là del settore del partenariato pubblico-pubblico – ad altre autorità pubbliche al fine di ottenere prestazioni di servizi senza essere assoggettate alle prescrizioni della normativa in materia di aggiudicazione di appalti, sarebbe fondato il timore che queste ultime possano essere alla lunga eluse e con ciò verrebbe frustrato, in ultima analisi, l'obiettivo dell'Unione di assicurare la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi nonché una concorrenza priva di restrizioni nel mercato interno. Al fine di impedire siffatto risultato, è necessario un rigoroso controllo dell'applicazione dei criteri stabiliti dalla Corte nella sentenza Commissione/Germania»

⁶⁹⁶ Diversamente ritiene P. DE LUCA, *Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2/2013, 397 che i requisiti della direttiva siano più stringenti di quelli della giurisprudenza tanto che di fatto il legislatore avrebbe relegato gli accordi a ipotesi del tutto eccezionali.

⁶⁹⁷ Così si esprime M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in-house al Partenariato pubblico-pubblico*, cit., 1421. Di questo avviso, B. DI GIACOMO RUSSO, *I contratti di cooperazione tra enti pubblici e la tutela della concorrenza*, *Appalti e contratti*, 1-2/2013, 59; nonché F. LINDITCH, *La Cour de Justice accepte les prestations inter-collectivités dès lors qu'elles traduisent une véritable démarche de coopération*, cit., 2265 che pur riferendosi all'esperienza degli accordi di cooperazione francesi ritiene che «bien rares doivent être les collectivités qui ont pu en bénéficier jusqu'à présent, car les conditions n'en sont jamais réunies».

In applicazione dei principi enucleati dall'ordinamento europeo una gran parte delle sentenze su accordi di cooperazione controversi, al tempo giudicati legittimi dalla giurisprudenza nazionale, dovrebbero essere oggi ripensate ad esempio: Cons. St., Sez. V, 12 aprile 2007 n. 1707 che ha ritenuto legittimo un accordo tra la Croce Rossa e una ASL per il trasporto dei pazienti: al di là dei

Tale situazione può, in realtà, essere guardata con favore in quanto la rinnovata interpretazione degli accordi di cooperazione ha il pregio di ricondurre tali strumenti entro i confini di legittimità originariamente delineati dal legislatore, evitando un'estensione non giustificata: non va infatti dimenticato che gli accordi di cooperazione sono nati come contratti normativi⁶⁹⁸ – alternativi per finalità ed ambito di applicazione ai principi

dubbi circa l'esatta natura della Croce Rossa che la giurisprudenza nazionale (da ultimo, TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 19 novembre 2014 n. 456) continua a qualificare come ente pubblico nonostante possa svolgere la propria attività sul libero mercato, la decisione del Consiglio di Stato interpreta il concetto di comunanza degli interessi senza tenere conto dell'assenza della reale cooperazione tra le amministrazioni (nello stesso senso, TAR Lombardia, Milano, Sez. III 16 marzo 2005 n. 612); Cons. St., Sez. V, 10 settembre 2010 n. 6548 concernente un accordo ex art. 15 L. 241/90 tra un Comune ed un'università per la redazione del PGT: anche in questo caso mancava del tutto la reale cooperazione tra le amministrazioni, ma il Consiglio di Stato ha ritenuto che, essendo sottoscritto tra P.A. e mancando profili di onerosità, esso fosse legittimo (nello stesso senso, TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 19 gennaio 2010 n. 74); Cons. St., Sez. V, 13 luglio 2010 n. 4539 e Cons. St., Sez. III, 16 dicembre 2013 n. 1837, sull'accordo tra la Regione e i Vigili del fuoco sul servizio di elisoccorso: anche in questo caso l'accordo è stato ritenuto legittimo sulla base dell'assenza di onerosità e perché concluso tra amministrazioni pubbliche, senza indagare se esistesse una cooperazione sottostante (nello stesso senso, TAR Liguria, Sez. II, 30 gennaio 2008 n. 1925).

Conformi al diritto europeo risulterebbero invece altre decisioni: Cons. St., Sez. V, 23 giugno 2014 n. 3145 che ha reputato legittimo l'accordo di cooperazione concluso tra una provincia ed un comune per la gestione del trasporto pubblico locale mediante affidamento ad un gestore unico; TAR Lazio, Latina, Sez. I, 25 luglio 2012 n. 600 che ha devoluto alla giurisdizione amministrativa la «convenzione di cooperazione» tra i comuni e la provincia per la regolamentazione dell'organizzazione e del controllo della gestione del servizio idrico integrato; TAR Toscana, Sez. II 22 marzo 2011 n. 467 sulla legittimità dell'accordo tra due comuni per la gestione associata dell'impianto di depurazione idrico; TAR Friuli Venezia-Giulia, Sez. I, 30 aprile 2010 n. 271 sulla legittimità dell'accordo concluso tra due comuni per la gestione associata della discarica dei rifiuti urbani; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 10 giugno 2010 n. 2388 sulla legittimità dell'accordo tra un comune ed una provincia avente ad oggetto gli aspetti organizzativi-finanziari relativi alla manutenzione degli edifici scolastici; Cons. St., Sez. V, 8 ottobre 2008 n. 4952 sulla legittimità di un consorzio tra comuni per la gestione associata del servizio di polizia municipale.

⁶⁹⁸ Questa è l'impostazione di R. FERARRA, *Accordi di programma, Poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, Padova, 1993, 97 secondo l'art. 15 L. 241/90 legittimerebbe solo una particolare categoria di accordi organizzativi e cioè quelli di valore normativo volti a disciplinare attività future. La dottrina ha però ammesso anche accordi che hanno ad oggetto «la diretta ed immediata disposizione del potere amministrativo nello strumento convenzionale»,

dell'evidenza pubblica⁶⁹⁹, – volti a disciplinare in modo libero e volontario lo svolgimento in comune di attività affidate a più pubbliche amministrazioni. Nel tempo, tuttavia, l'atipicità che caratterizzava il contenuto di questi accordi ha permesso che venissero applicati in modo elusivo della normativa in tema di pubbliche commesse, legittimando forme di scambio tra pubbliche amministrazioni non connesse ad una strategia comune e sinergica⁷⁰⁰.

La questione relativa alla individuazione dei presupposti di legittimità degli accordi cooperativi non pare tuttavia ancora ben focalizzata dalla giurisprudenza nazionale che continua a basare le proprie decisioni sui criteri dell'assenza di onerosità del contratto e dell'assenza di vocazione imprenditoriale delle amministrazioni contraenti⁷⁰¹, invece di concentrare l'indagine

i cd. accordi organizzativi non normativi: si rinvia G.D. FALCON, *Convenzione ed accordi amministrativi*, I, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, 4.

⁶⁹⁹ Rilevava già Cons. St., Sez. I, 17 aprile 1996 n. 3670 che «stante la comunione di interessi che è alla base degli accordi di collaborazione non sono applicabili, per la conclusione degli accordi stessi, le regole sulla scelta del contraente previste dalle norme sulla contabilità di Stato».

⁷⁰⁰ Sul punto G. RONDONI, *Convenzioni tra amministrazioni aggiudicatrici come appalto pubblico di lavori, Urbanistica e Appalti*, 5/2007, 552 ss; L. ZANETTI, *Gli strumenti di cooperazione funzionale nell'azione pubblica*, cit., 2007.

Da ultimo evidenzia D. MARESCA, *La cooperazione inter-amministrativa tra appalti e accordi orizzontali: i recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, cit., 700 che vi sono sempre più situazioni in cui attraverso convenzioni di "cooperazione" viene lentamente ripubblicizzato il mercato delle costruzioni e delle infrastrutture: a tale proposito richiama la procedura d'infrazione 4901/13/MARK Caso ASPM in cui la Regione Friuli Venezia Giulia ha affidato ad un'azienda speciale un lavoro di drenaggio senza espletare alcuna procedura di gara.

⁷⁰¹ Cons. St., ord. 15 febbraio 2011 n. 966 e ord. 16 settembre 2011 n. 5207 che hanno incentrato ancora il rinvio pregiudiziale sulla nozione di operatore economico ai sensi del diritto europeo e sull'assenza di onerosità del contratto; Cons. St., Sez. III, 25 gennaio 2012 n. 324 ha ritenuto illegittimo l'accordo tra una ASL e un'Azienda Speciale per la distribuzione dei farmaci a pazienti in assistenza domiciliare in quanto l'azienda presentava una chiara vocazione commerciale; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 4 aprile 2012 n. 1580 che ha giudicato legittimo il contratto concluso tra una Regione e il CISEM per la consulenza tecnico operativa per la programmazione dell'offerta formativa e della rete scolastica sulla sola base del fatto che il CISEM è annoverabile tra gli organismi di diritto pubblico e quindi è una amministrazione aggiudicatrice; Cons. St., Sez. III, 16 dicembre 2013 n. 6014 ha invece ritenuto legittimo il contratto tra la ASL e i Vigili del fuoco per il servizio di elisoccorso in quanto i Vigili del fuoco, in assenza di autorizzazione, non possono essere considerati operatori economici e perché il contratto non presentava elementi di onerosità; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 6 maggio 2014 n. 4709 concernente un accordo tra un Ministero e la SOGIN SpA nel settore energetico e nucleare ritenuto legittimo per il fatto che la SOGIN è un ente strumentale; Cass. SS.UU., 28 maggio 2014 n. 11917 che, statuendo sulla

sulla struttura effettiva del contratto. Solo in poche sentenze⁷⁰², infatti, l'indagine circa la legittimità degli accordi di cooperazione è stata puntualmente incentrata sulla struttura del contratto seppure in connessione con gli altri due requisiti sopra evidenziati⁷⁰³.

giurisdizione relativamente ad un accordo tra una ONLUS e una Regione avente ad oggetto la ricerca scientifica, non ha posto in dubbio la sua compatibilità con l'ordinamento interno.

⁷⁰² Da ultimo, Cons. St., Sez. V, 23 giugno 2014 n. 3130 che ha ritenuto illegittimo l'accordo tra il Comune e un'Università per la redazione del PGT in quanto l'Università deve essere considerata alla stregua di un operatore economico e perché la comunanza dell'interesse avrebbe dovuto desumersi da un quadro di interessi unitario che nel caso di specie mancava (ugualmente, TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 21 luglio 2010 n. 1791); Cons. St., Sez. V, 15 luglio 2013 n. 3849 che ha ritenuto illegittimo l'accordo sottoscritto tra una ASL e un'Università avente ad oggetto lo studio e consulenza di vulnerabilità sismica della struttura ospedaliera in quanto l'Università deve essere considerata alla stregua di un operatore economico e perché non risultava sussistente un interesse comune; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 8 aprile 2013 n. 3517 e 3518 che ha statuito che il contratto sottoscritto tra la Polizia locale ed il Corpo forestale dello Stato per il monitoraggio aereo del territorio comunale non fosse legittimo in quanto il Corpo Forestale ha una natura di operatore economico, l'accordo era stato concluso a titolo oneroso e gli interessi di cui ogni amministrazione era portatrice non erano composti in un quadro unitario.

⁷⁰³ Diversamente, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP), oggi sostituita dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) istituita con d.l. 24 giugno 2014 n. 90 convertito in L. 11 agosto 2014 n. 114, sembra avere accolto pienamente le indicazioni del legislatore europeo: AVCP, delibera 27 luglio 2010 n. 50 ritiene illegittimo l'accordo sottoscritto tra un Comune e l'ACI in quanto, pur trattandosi di enti pubblici non economici, è necessario che vi sia una «effettiva e reale divisione di compiti e responsabilità pubbliche». Nel caso di specie, l'Autorità ritiene che difetti il requisito della collaborazione per la realizzazione congiunta di un servizio comune; AVCP, determinazione 21 ottobre 2010 n. 7 che, nell'interpretare la compatibilità col diritto comunitario degli accordi con le amministrazioni aggiudicatrici evidenzia che «la collaborazione deve avere come finalità la realizzazione di un interesse pubblico, effettivamente comune ai partecipanti e che gli stessi hanno l'obbligo di perseguire come compito principale [...] le pubbliche amministrazioni coordinano l'esercizio di funzioni proprie in vista del conseguimento di un risultato comune in modo complementare e sinergico, ossia in forma di reciproca collaborazione e nell'obiettivo comune di fornire servizi indistintamente a favore della collettività»; AVCP, delibera 8 febbraio 2012 n. 14 ritiene difficilmente applicabile lo schema della collaborazione ad un accordo concluso tra la Regione e l'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato (IPZS) avente ad oggetto il servizio di stampa e diffusione del Bollettino Ufficiale della Regione Lazio in quanto la Regione si sarebbe avvalsa dell'opera del IPZS per l'acquisizione di un servizio di un proprio ed esclusivo interesse; ANAC, deliberazione 23 maggio 2014 AG. 20/2014 ritiene difficilmente configurabile un accordo di cooperazione tra l'ANCI e un comune avente ad oggetto l'affidamento

È tuttavia chiaro che il giudice amministrativo dovrà svolgere almeno due differenti tipi di indagine per individuare la legittimità degli accordi di cooperazione amministrativa: la prima è di tipo soggettivo, in quanto deve verificare se l'amministrazione è contestualmente un operatore economico e, in caso affermativo, quale sia la percentuale di attività svolta sul libero mercato; la seconda è invece di tipo oggettivo, in quanto deve indagare l'esatto contenuto del contratto al fine di individuare se il negozio è stato posto in essere con l'intento di realizzare una cooperazione reale ed effettiva nel perseguimento di un pubblico interesse che può anche avere valore patrimoniale⁷⁰⁴, ovvero se sottintenda uno scambio con finalità di lucro soggettivo per le amministrazioni.

A seguito della introduzione del modello del partenariato pubblico-pubblico, si è dunque rimodellato il rapporto tra cooperazione contrattuale e principio dell'evidenza pubblica. Ed infatti, se prima si potevano distinguere tre diversi regimi: «1. Le P.A. stipulano accordi per lo svolgimento di attività d'interesse comune, con previsione (eventuale di un rimborso spese); 2. la P.A. concludono tra loro convenzioni aventi ad oggetto l'affidamento diretto di lavori, servizi e forniture; 3. Le P.A. affidano con gara contratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture ad operatori economici privati⁷⁰⁵», oggi il sistema risulta in parte mutato: permane certamente la possibilità per le amministrazioni di ricorrere ad accordi organizzativi per lo svolgimento di attività squisitamente pubblica qualora questo traduca un reale tentativo di cooperazione pubblica.

I più vistosi mutamenti si hanno per quel che concerne le attività materiali o l'approvvigionamento di beni, servizi, opere e lavori: ed infatti le amministrazioni pubbliche e le amministrazioni a limitata vocazione commerciale possono ricorrere ad accordi solo ove tali attività risultino strumentali alla realizzazione del piano d'azione concordato e volto al perseguimento di un risultato comune. In questa prospettiva, non possono più essere considerati legittimi gli accordi utilizzati come strumenti di affidamento di attività non connesse né strumentali al piano d'azione concordato dalle amministrazioni per il raggiungimento di un fine comune: l'attività economica si

del servizio di distribuzione pubblico del gas naturale in quanto tale accordo dovrebbe evidenziare la sussistenza dell'effettiva condivisione dei compiti e di responsabilità. Non si pone in linea con le delibere e determinazioni finora adottate ANAC, 30 luglio 2013 AG42/13 che, pur avendo indagato la struttura della convezione sottoscritta tra il Ministero ed un consorzio per lo studio della verifica sismica dei musei statali, ne ha escluso la legittimità sulla base della natura delle attività svolte dal consorzio e della sua qualificazione come operatore economico.

⁷⁰⁴ A. BARTOLINI, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti*, cit., 1265 che evidenzia come gli accordi siano uno strumento di contenimento della spesa pubblica.

⁷⁰⁵ A. DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, cit., 756.

tradurrebbe, in questo caso, in un vantaggio apportato direttamente ad altra amministrazione, fattispecie vietata dal diritto europeo⁷⁰⁶.

Se così è si comprende come l'analisi della struttura contrattuale degli accordi sottoscritti tra pubbliche amministrazioni permette di qualificare con maggiore precisazione il fenomeno contrattuale, evitando di creare degli ambiti esenti dalla normativa in tema di tutela della concorrenza⁷⁰⁷.

3. L'applicazione in materia di servizi pubblici locali: gli accordi come nuova modalità di gestione del servizio.

Il secondo settore in cui potranno trovare applicazione gli accordi di cooperazione amministrativi introdotti dalle nuove direttive europee sugli appalti pubblici è senz'altro quello dei servizi pubblici di tipo locale, che da tempo si presta alla sperimentazione di nuove forme di cooperazione tra pubbliche amministrazioni, nonché forme di cooperazione pubblico-privato⁷⁰⁸.

Non a caso, è proprio con riferimento ai servizi pubblici locali che per la prima volta la Corte di Giustizia ha ammesso lo strumento dell'*in house* pluripartecipato, nonché quello dei contratti di partenariato pubblico-pubblico.

A livello nazionale, il principale riferimento in materia è costituito dall'art. 30 d.lgs. 267/00 (cd. TUEL): come si è avuto modo di osservare tale disposizione disciplina le convenzioni di cooperazione tra enti locali e richiamando, per struttura e ambito di applicazione, l'art. 15 L. 241/90 possono replicarsi tutte le osservazioni finora svolte in punto di struttura del contratto, natura giuridica dello stesso e rapporto con la tutela della concorrenza.

Malgrado le loro somiglianze, questi due norme sono state tuttavia nel tempo interpretate in modo assai differente e, pertanto, differente è stato l'inciso della normativa europea su di esse.

Come si è precedentemente visto, l'ambito di applicazione dell'art. 15 ha conosciuto un progressivo allargamento fino a ricomprendere fattispecie spesso latamente elusive della concorrenza; l'intervento comunitario è servito a sottoporre l'art. 15 L. 241/90 ad un'interpretazione stringente, estendendo il principio concorrenziale a materie che prima si ritenevano oggetto di accordi contrattuali.

Sviluppi opposti ha ricevuto l'interpretazione dell'art. 30 TUEL: la giurisprudenza ha accolto infatti un'interpretazione sempre più restrittiva degli ambiti di applicazione della norma fino a sostenere che essa non fosse

⁷⁰⁶ Ritorna sulla nozione di prestazione deducibile nell'accordo G.D. COMPORITI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit. 328.

⁷⁰⁷ Come segnalato anche da AGCM, 10 settembre 2010 AS755.

⁷⁰⁸ Si tratta della creazione di società miste pubblico-private per la cui trattazione si rinvia al Cap. I.

conforme alle indicazioni del diritto europeo in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica⁷⁰⁹. La conseguenza è stata, di fatto, escluderne l'operatività in materia⁷¹⁰.

⁷⁰⁹ Tale giurisprudenza si fonda su di una lettura tassativa della disciplina dettata dall'art. 113 TUEL in punto di servizi pubblici locali a rilevanza economica che prevede: a) l'affidamento a terzi selezionati mediante gare; b) l'affidamento a ente in house; c) l'affidamento a società mista ove il socio sia scelto con doppia gara. Diversamente, si riteneva che la convenzione potesse essere utilizzata per la gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza, andando, di fatto, ad aggiungersi alle forme già contemplate nell'art. 113-*bis* TUEL, che pertanto doveva considerarsi non tassativo. Tale norma è stata recentemente abrogata da Corte Cost. 27 luglio 2004 n. 272 per violazione dell'art. 117 co. 2 Cost. in punto di riparto di competenze legislative e la disciplina delle modalità di gestione di questi servizi è attualmente demandata alle Regioni.

⁷¹⁰ In particolare, il riferimento è a TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 17 luglio 2006 n. 1837 successivamente confermata anche da Cons. St., Sez. V, 28 dicembre 2007 n. 6736 concernente la convenzione tra il comune di Milano e quello di Cormano per l'espletamento del servizio di igiene ambientale (consistente nella pulizia delle strade, nella raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani) tramite affidamento diretto ad una SpA *in house* del Comune di Milano. Sia il TAR che il Consiglio di Stato hanno statuito che l'affidamento diretto fosse elusivo della normativa in tema di concorrenza imposta dal diritto europeo: i giudici amministrativi, nell'analizzare la fattispecie, hanno infatti riscontrato l'assenza del requisito del controllo analogo tra la SpA erogatrice ed il Comune di Cormano. Le amministrazioni resistenti avevano tuttavia eccepito che l'art. 30 TUEL permettesse in sostanza una forma alternativa ed integrativa rispetto alla gestione *in house* e che pertanto potesse essere utilizzata quale modalità di gestione del servizio pubblico anche a rilevanza economica. I giudici di primo e secondo grado hanno però evidenziato come le forme di gestione contenute nell'art. 113 TUEL debbano essere considerate tassative anche in virtù dell'espressa clausola contenuta al co. 1. In particolare, il Consiglio di Stato, richiamando la sentenza CGCE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle* e Cons. St., Sez. VI, 03 aprile 2007 n. 1514 ha aggiunto che: «mentre l'art. 30 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, è norma che fissa un criterio di organizzazione di carattere generale, il ricordato [art. 113](#), disciplina specificamente la gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, definendo tra l'altro, in modo puntuale ed esaustivo, le modalità organizzative attraverso le quali la pubblica amministrazione può procedere all'erogazione del servizio. Ed in questo ambito, coerentemente con la giurisprudenza comunitaria e nazionale, individua tassativamente i casi nei quali è consentito l'affidamento del servizio ad un soggetto formalmente distinto dall'amministrazione. Il che esclude, in radice, la possibilità di affidamento esterno del servizio con modalità organizzative diverse da quelle previste dall'art. 113, co. 5, lettere a), b) e c) del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico degli enti locali), come sostituito dall'art. 35 della legge n. 448/2001 e modificato dall'art. 14 del D.L. 30.09.2003, n. 269, convertito dalla legge 24.11.2003, n. 326. Per quel che qui interessa, la modalità scelta dall'amministrazione rientra nel caso di cui alla lettera c), che appunto consente

In questo contesto è intervenuto, come detto, da ultimo il legislatore europeo che ha introdotto l'art. 17 co. 4 Direttiva UE/23/2014 rubricato «*Concessioni tra enti nell'ambito del settore pubblico*» e ha allargato l'elenco delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, restituendo quindi, «una fetta di autonomia organizzativa⁷¹¹» ai governi locali a condizione chiaramente che tali accordi rispettino le stringenti condizioni di legittimità imposte dalla direttiva⁷¹².

Questa estensione deve senz'altro essere accolta con favore soprattutto perchè il legislatore nazionale, spinto da comprensibili timori di un'applicazione elusiva della normativa della concorrenza, da tempo pare orientati a limitare, in tale materia, l'uso di strumenti alternativi all'evidenza pubblica: tanto è successo sia per le società *in house*⁷¹³ (semplici o pluripartecipati) che per i consorzi per lo svolgimento dei servizi pubblici locali di tipo economico⁷¹⁴. Difatti, l'opzione nazionale per un regime pro-

l'affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano». Dello stesso avviso anche Cons. St., Sez. V, 23 ottobre 2012 n. 5409.

⁷¹¹ A. DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, cit. 715.

⁷¹² Di questo avviso è anche C.E. GALLO, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, cit., 1182.

⁷¹³ È appena il caso di ricordare che il legislatore nazionale ha progressivamente irrigidito i presupposti di applicazione dell'*in house providing* in materia di servizi pubblici locali con l'art. 23-bis dl. 112/2008 – successivamente abrogato con il referendum del 12-13 giugno 2011 – affermando che tale strumento non dovesse più essere considerato un'alternativa all'affidamento tramite gara ad un privato o ad una società mista, ma che costituisse un'ipotesi assolutamente eccezionale ammissibile solo quando, stringenti esigenze economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato. La giurisprudenza appare invece divisa sul punto: una parte di essa considera lo strumento dell'*in house* come una deroga e pertanto ne relega l'applicazione ad ipotesi del tutto eccezionali (così, ad esempio, Cons. St. Ad. Plen. 23 marzo 2008 n. 1; Corte Conti, Sez. contr. Sicilia, 2 aprile 2008 n. 10; Corte Conti Sez. contr. Lombardia, 23 gennaio 2008 n. 10; Corte Conti, Sez. contr. Calabria 6 marzo 2008 n. 60); un'altra parte di essa invece considera tale strumento come un'alternativa al ricorso al mercato (così, ad esempio, TAR Sardegna, Sez. I, 21 dicembre 2007 n. 2407; Corte Cost., 20 luglio 2012 n. 199; Cons. St., Sez. VI, 11 febbraio 2013 n. 762; Cons. St., Sez. V., 10 settembre 2014 n. 4588).

⁷¹⁴ Come si è già avuto modo di evidenziare nel *Cap. II* la forma consortile, almeno per quel che riguarda lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, non sembra oggi più utilizzabile. Ed infatti, se in passato la gestione associata di servizi pubblici poteva *ex lege* essere soddisfatta anche mediante consorzi di cui all'art. 31 d.lgs. 267/00, che prevedeva la possibilità per gli enti locali di costituire consorzi secondo le norme previste per le aziende speciali di cui

concorrenziale ha nel tempo portato a sminuire il principio di autorganizzazione degli enti pubblici locali, relegando gli strumenti di cooperazione, istituzionalizzata o non istituzionalizzata ad ipotesi meramente eccezionali, malgrado la gestione dei servizi pubblici in cooperazione potesse, in concreto, rappresentare una scelta capace di favorire prestazioni più efficienti ed economiche per l'utenza.

Con l'affermarsi della legittimità di accordi di partenariato pubblico-pubblico anche per la gestione di servizi pubblici locali, tale impostazione deve ormai considerarsi del tutto superata.

Ne discende la necessità di rileggere l'art. 34 del d.l. n. 179/2012⁷¹⁵: il rinvio generico alla «disciplina europea» senza indicazione delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali deve oggi essere interpretato nel senso di ammettere non solo strumenti di cooperazione verticale (cioè l'*in house* semplice o pluripartecipato) ma anche, e soprattutto, gli strumenti di cooperazione orizzontale (cioè gli accordi di cooperazione) giacché più flessibili sia da un punto di vista strutturale che funzionale.

Conformemente a questa impostazione, la giurisprudenza nazionale attualmente concorda nel ritenere legittimi gli accordi di cooperazione relativi a servizi pubblici locali di rilievo economico che presentino i requisiti della reale cooperazione con condivisione degli obblighi e dei diritti e che siano retti da esclusivamente interesse pubblico comune o che non pongano in una situazione di vantaggio alcun fornitore privato⁷¹⁶.

all'art. 114 in quanto compatibili, con la riforma di cui alla L. 28 dicembre 2001 n. 448 (art. 35 co. 8), si è imposta la trasformazione delle aziende speciali in SpA. In accordo con la dottrina (cfr. F. MONNI, *Gli accordi tra pubbliche amministrazioni*, cit.) sembra possibile affermare che lo strumento consortile possa essere utilizzato solo per i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica e sempre che le discipline regionali lo consentano. Di questo avviso è anche A. DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, cit., 713, nota 41.

⁷¹⁵ Art. 34, co. 20 d.l. 18 ottobre 2012 n. 179 convertito in L. 17 dicembre 2012, n. 221 così recita: «per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste».

⁷¹⁶ Da ultimo, Cons. St., Sez. V, 23 giugno 2014 n. 3145 che ha reputato legittimo l'accordo di cooperazione concluso tra una provincia ed un comune per la gestione del trasporto pubblico locale; TAR Lazio, Latina, Sez. I, 25 luglio 2012 n. 600 che ha devoluto alla giurisdizione amministrativa la "convenzione di cooperazione" tra i comuni e la provincia per la regolamentazione dell'organizzazione e del controllo della gestione del servizio idrico integrato;

In connessione a questo ultimo criterio, a seguito della sentenza della Corte di Giustizia C-480/06, viene in rilievo la questione relativa alla posizione del gestore privato – scelto previa gara pubblica per l'espletamento del servizio – rispetto all'accordo di cooperazione: ciò in quanto la sentenza non aveva specificato se l'affidamento al gestore privato dovesse avvenire prima della sottoscrizione dell'accordo di cooperazione o anche successivamente.

La questione riguarda soprattutto la possibilità di estendere un contratto di servizio col gestore, aggiudicato a seguito di procedura ad evidenza pubblica, agli enti locali che diventano parte dell'accordo di cooperazione in un secondo momento.

Sul tema attualmente si registrano due diverse impostazioni.

Secondo una prima impostazione sarebbe possibile estendere agli enti partecipanti all'accordo il contratto di servizio qualora nella convenzione sia prevista la possibilità di aderire entro il limite degli «stessi patti e condizioni previste» nell'originario contratto di servizio⁷¹⁷.

TAR Toscana, Sez. II, 22 marzo 2011 n. 467 sulla legittimità dell'accordo tra due comuni per la gestione associata dell'impianto di depurazione idrica; TAR Friuli Venezia-Giulia, Sez. I, 30 aprile 2010 n. 271 sulla legittimità dell'accordo concluso tra due comuni per la gestione associata della discarica dei rifiuti urbani; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 10 giugno 2010 n. 2388 sulla legittimità dell'accordo tra un comune ed una provincia avente ad oggetto gli aspetti organizzativi-finanziari relativi alla manutenzione degli edifici scolastici; Cons. St., Sez. V, 8 ottobre 2008 n. 4952 sulla legittimità di un consorzio tra comuni per la gestione associata del servizio di polizia municipale.

⁷¹⁷ Sul punto si rinvia, da ultimo, a Cons. St., Sez. V, 13 gennaio 2014 n. 67 secondo cui «in primo luogo, occorre rilevare che già nel contratto principale, aggiudicato in base a gara, era prevista la possibilità di aderire all'accordo da parte di altri enti locali. Tale estensione, come si legge nei contratti acquisiti, è consentita “agli stessi patti e condizioni stabiliti” del citato contratto n. 4/1999. In secondo luogo, la stessa formula organizzativa utilizzata nel caso in questione, ossia l'accordo convenzionale tra gli enti locali per avvalersi di un unico gestore, non appare in contrasto con i principi generali di evidenza pubblica di derivazione comunitaria, come di recente ha statuito anche la Corte di Giustizia CE con una pronuncia (Grande Sezione, 9 giugno 2009, in causa C-480/06) in cui ha ritenuto legittimo il contratto relativo allo smaltimento dei rifiuti, stipulato da alcune circoscrizioni amministrative tedesche (Landkreise) direttamente con i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo [...] Il contratto in esame è stato concluso direttamente tra i quattro Landkreise e i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo senza seguire la procedura di gara di appalto prevista dalla direttiva 92/50”. E ciò sul presupposto che “un'autorità pubblica possa adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e che può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche”. Viene ammessa, pertanto, la possibilità che enti locali contermini possano stipulare un accordo per avvalersi, senza esperire una procedura concorsuale, del servizio di

A tale impostazione si obietta che, nonostante l'adesione avvenga sulla base degli stessi patti e condizioni stabiliti in convenzione, tale circostanza non è sufficiente ad evitare che venga falsata la concorrenza in quanto l'erogatore del servizio subisce delle modifiche di carattere sostanziale ed economico (aumento degli introiti percepiti).

Una seconda tesi, invece, ritiene non estendibile una convenzione già in essere ad altri enti pubblici locali qualora non sia determinato un importo massimo di adesione che creerebbe una posizione di indebito vantaggio⁷¹⁸ per l'erogatore.

A seguito della creazione della categoria del partenariato pubblico-pubblico, si è dunque rimodellato il sistema di equilibri tra cooperazione contrattuale e ricorso all'evidenza pubblica anche in materia di servizi pubblici locali in quanto gli accordi organizzativi vanno ad affiancare il modello dell'*in house* e dell'*in house* pluripartecipato come modalità di gestione del servizio non istituzionalizzata⁷¹⁹.

raccolta dei rifiuti prestato da altro ente locale, anche se l'attuazione e la gestione operativa del servizio è contrattualmente regolata, a valle, da altro rapporto tra l'ente locale che si è assunto il servizio e il gestore dell'impianto di smaltimento (definito nella sentenza "controparte contrattuale dei servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo"). Nel caso deciso dalla Corte di Giustizia, così come nel caso in esame dell'estensione del servizio a favore di Fontenergia S.p.A., viene in rilievo l'accordo tra gli enti locali, secondo il quale uno di essi mette a disposizione degli altri la propria organizzazione per la gestione del servizio (che, se affidata a terzi, deve comunque essere l'esito di procedura ad evidenza pubblica). In tal senso, ad avviso del Collegio, non si può parlare di un'ipotesi di affidamento diretto ma di accordo organizzativo tra enti, il quale non rientra nell'ambito di applicazione del divieto delineato dal citato art. 23-bis». Nello stesso senso, TAR Sardegna, Sez. I, 8 giugno 2010 n. 1430 e TAR Sardegna, Sez. I, 17 marzo 2010 n. 337.

⁷¹⁸ In questo senso di recente si è pronunciato il TAR Sardegna, Sez. I, 12 marzo 2013 sentenze n. 221 e 222 che riconoscono «la legittimità di clausole che dispongano l'eventuale estensione del servizio appaltato a soggetti non individuati *ab initio* quali parti del contratto posto in gara, purché essi siano nominativamente indicati nella *lex specialis* e purché sia determinato (o determinabile) l'importo massimo di adesione»: nel caso di specie, però, il TAR evidenzia come la genericità del capitolato d'onere che «dispone che il servizio oggetto dell'appalto debba essere esercitato nell'ambito dei Comuni "richiedenti tale servizio e in quelli che eventualmente lo richiederanno"», ha una valenza troppo ampia, legittimando di fatto una serie indefinita di affidamenti diretti a nuove amministrazioni comunali senza alcun riferimento ad un importo, determinato o determinabile, massimo di adesione. Ugualmente TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 28 marzo 2012, n. 917; TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 6 luglio 2011, n. 1819; TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 11 febbraio 2010, n. 714.

⁷¹⁹ Secondo C.E. GALLO, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, cit., 1182 la nuova impostazione deve essere salutata con favore in quanto permette la realizzazione associata da parte di enti locali di attività e la

4. Riflessioni conclusive: il concetto di autoorganizzazione conformata.

Quanto finora detto permette di svolgere alcune considerazioni finali.

L'intervento della giurisprudenza e del legislatore europeo in punto di partenariato pubblico-pubblico è stato fin dall'inizio guardato con favore soprattutto dagli locali che lamentavano una eccessiva perdita di autonomia organizzativa⁷²⁰.

L'analisi fin qui svolta ha però messo in luce come, ancorché l'ordinamento europeo abbia introdotto l'istituto del partenariato pubblico-pubblico sulla scia di una crescente valorizzazione del principio di autonomia istituzionale nello svolgimento delle funzioni pubbliche, l'applicazione degli stringenti principi ivi enucleati ha determinato un'estensione dei principi concorrenziali a settori in cui prima trovavano applicazione gli accordi di cooperazione, con l'unica eccezione dei servizi pubblici locali⁷²¹.

Questo perché, pur valorizzando il principio di autonomia organizzativa degli Stati membri, l'ordinamento comunitario non perde di vista le sue finalità istituzionali, ossia la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza⁷²².

gestione di servizi senza la necessità di un momento organizzativo ulteriore, e cioè senza dovere ricorrere al consorzio o all'azienda speciale in passato indispensabili.

⁷²⁰ Il *Council of European Municipalities and Regions* ha, infatti, accolto con particolare favore la sentenza *Amburgo*; nel comunicato dell'11 giugno 2009, si legge: «La décision constitue un tournant pour les collectivités locales européennes [...] La décision de la Court reprend ce que nous avons répété pendant des années [...] Enfin, la Cour de Justice a confirmé le droit des collectivités locales de choisir quelle est la meilleure façon pour eux d'organiser les tâches qui leur incombent». Si ricorda che, precedentemente, col comunicato stampa del 14 ottobre 2005, il CCRE aveva accusato la Corte di Giustizia di avere condotto ad un graduale disconoscimento dei poteri di auto-organizzazione dei governi degli enti locali, in assenza di un atto proveniente da un'istituzione a legittimazione democratica.

⁷²¹ Si ricorda brevemente che il riconoscimento degli strumenti di partenariato pubblico-pubblico devono oggi considerati applicabili anche in materia di servizi pubblici locali. L'art. 34 co. 20 d.l. 18 ottobre 2012 n. 179 convertito in L. 17 dicembre 2012, n. 221 rinvia infatti alle regole europeo e quindi indirettamente a tutte le ipotesi di cooperazione istituzionale e non. Di questo avviso C.E. GALLO, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, cit., 1182 secondo cui, in tale modo, si permetterebbe la realizzazione associata da parte di enti locali di attività e la gestione di servizi senza la necessità di un momento organizzativo ulteriore e cioè senza dovere ricorrere al consorzio o all'azienda speciale, in passato indispensabile.

⁷²² D'altra parte, come già evidenziato, il fatto stesso che la disciplina in punto di partenariato pubblico-pubblico si trovi all'interno delle nuove direttive Appalti e Concessioni, ne impone una lettura conforme all'effetto utile della normativa europea.

L'intervento del legislatore comunitario nella materia qui considerata ha il pregio di delimitare l'ambito applicativo del principio di libera concorrenza e della autonomia organizzativa degli enti pubblici, riconoscendo la parità dei due principi: parità che in passato, specie nelle legislazioni nazionali, è stata spesso svalutata dal ricorso pressoché esclusivo alla gara ad evidenza pubblica⁷²³.

In realtà, i due principi ben possono essere posti su di un piano di parità e la loro contestuale tutela non pare essere necessariamente incompatibile con la creazione del mercato unico.

L'apertura alla concorrenza non dovrebbe impedire la legittimità di una cooperazione tra amministrazioni in primo luogo perché i due principi operano su piani differenti, e comunque non sovrapponibili, ed in secondo luogo perché anche una scelta organizzativa può essere considerata strategica in ambito di mercato per raggiungere *standards* di efficienza ed economicità più elevati da parti dei pubblici poteri (per esempio beneficiando di economie di scala, di una maggiore specializzazione nella forza lavoro attraverso la cooperazione, di progetti comuni, solidali e sinergici, di maggiore coerenza degli interventi pubblici).

Queste esigenze, chiaramente, sono accentuate dagli odierni processi di decentralizzazione spesso messi in ombra dall'applicazione delle regole sulle pubbliche commesse.

Per conseguenza la tutela della concorrenza, pur indispensabile secondo l'ordinamento comunitario, non deve sottrarre alle amministrazioni il potere di cooperare e mettere insieme le proprie forze in un'ottica di sussidiarietà⁷²⁴, soprattutto nella considerazione che questo potere serve a rendere

⁷²³ Emblematica è a tale proposito la parabola evolutiva della legislazione in materia di *in house providing* per la cui trattazione si rinvia al *Cap. II*.

⁷²⁴ Recentemente il TAR Lazio, Roma, Sez. II, 8 aprile 2013 n. 3517 e 3518 ha annoverato i contratti di cooperazione contrattuale tra gli strumenti attraverso cui attuare il principio di sussidiarietà orizzontale e cioè quel riparto di attività tra amministrazioni/privati. Questa impostazione pare alquanto singolare soprattutto nella considerazione per cui, nell'ambito del contratto di cooperazione sottoscritto, manca una parte privata. Il testo della decisione vuole forse richiamare un'impostazione dottrinale (G.E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003, 293) che basa il sindacato giurisdizionale sulla legittimità della scelta tra autoproduzione ed esternalizzazione proprio sul principio di sussidiarietà orizzontale per cui gli strumenti di autoproduzione dovrebbero essere considerati come un'ipotesi residuale attuabile solo quando l'operatore economico non ha convenienza a gestire l'attività e quindi il ricorso al mercato si profila sostanzialmente impossibile.

Tale impostazione non può tuttavia essere condivisa in quanto il ricorso all'autoproduzione non può essere considerata eccezionale ma solamente alternativa al ricorso al mercato e non condizionata al fallimento di esso. Gli strumenti di cooperazione nei limiti imposti dall'ordinamento europeo sono liberamente utilizzabili per rendere l'azione amministrativa efficiente, efficace,

flessibile l'organizzazione amministrativa allo svolgimento efficiente dei propri compiti⁷²⁵.

È chiaro che un'interpretazione di tipo solo economico potrebbe condurre a dimostrare che la preferenza per il mercato e la concorrenza sia sempre la scelta migliore – in termini di prezzo – e più efficiente per le amministrazioni; in realtà, tale interpretazione può essere accolta non senza considerare che nella valutazione tra l'autoproduzione e l'esternalizzazione trovano bilanciamento pubblici interessi diversi, tra i quali vanno ricompresi sia interessi economici al contenimento della spesa pubblica, ma anche esigenze generali quali la valorizzazione dei diritti fondamentali dei privati e l'autorganizzazione amministrativa. Appare quindi chiaro che un «preconcetto *favor* per l'esternalizzazione (o al contrario per l'autoproduzione) potrebbe rischiare di compromettere siffatti beni traducendosi in un danno dei molteplici interessi generali coinvolti⁷²⁶».

La scelta quindi tra l'autoproduzione ed il mercato, in presenza dei requisiti di legittimità imposti dal diritto comunitario, dovrebbe essere adottata sulla base di un'indagine caso per caso, senza privilegiare *ex ante* una scelta o un'altra.

Differente pare invece l'impostazione accolta dal legislatore italiano il quale ha relegato gli strumenti di auto-organizzazione a eccezioni al principio dell'evidenza pubblica. Tale decisione, restrittiva dell'autonomia organizzativa delle amministrazioni, andrebbe riletta alla luce dell'impianto normativo dei Trattati Europei.

Nessuna disposizione qui contenuta pare, infatti, imporre una scelta risolutiva tra l'autoproduzione e l'esternalizzazione: le varie disposizioni presenti nei trattati si rivolgono, in modo uguale, tanto all'ambito pubblico che a quello privato: prova ne sono l'art. 345 TFUE che sancisce il principio di indifferenza dell'Unione europea rispetto alla scelta tra proprietà privata e proprietà pubblica concretamente compiuta dagli Stati membri; l'art. 106 TFUE che ammette una disciplina derogatoria dei trattati per le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale; l'art. 14 TFUE, che secondo alcuni fonderebbe il *favor* nazionale all'ester-

razionale ed adeguata in ossequio al principio costituzionale di buon andamento: in quest'ottica tali strumenti sembrerebbero rispondere più al principio di sussidiarietà verticale tra amministrazioni. Sull'interpretazione quali strumenti di sussidiarietà verticale A. BARTOLINI, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti*, cit., 1264; D. MARESCA, *La cooperazione inter-amministrativa tra appalti e accordi orizzontali: i recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, cit., 700.

⁷²⁵ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 84 ss.

⁷²⁶ E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, cit., 962.

nalizzazione⁷²⁷, ma in realtà si limita ad affermare semplicemente che «l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi (i SIEG ndr) funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti».

La regola è, quindi, quella per la quale l'Unione europea non interviene se non vi sono possibilità di eludere le regole del libero mercato; diversamente essa può imporre condizioni e limiti entro cui le amministrazioni pubbliche esercitano liberamente il potere di autorganizzazione⁷²⁸: si potrebbe in questo senso parlare di un'autorganizzazione "conformata".

Se così è la questione dell'equilibrio tra mercato e autonomia organizzativa si ricollega di fatto all'art. 97 Cost. che, come precedentemente evidenziato, è il fondamento ma anche il limite del potere autorganizzativo delle amministrazioni. Nel momento in cui l'ordinamento europeo detta norme chiare su come realizzare una cooperazione non istituzionalizzata e definisce in modo altrettanto chiaro quali norme debbano essere rispettate laddove si voglia ricorrere al mercato, è chiaro che la decisione organizzativa compiuta dall'amministrazione deve essere giustificata alla luce del risultato che essa è chiamata effettivamente a perseguire⁷²⁹: un risultato che deve tendere

⁷²⁷ Questa circostanza è messa in evidenza da G. CARULLO, *Prime riflessioni in merito alle "nuove" eccezioni relative agli affidamenti tra enti nell'ambito del settore pubblico, alla luce della "vecchia" giurisprudenza sull'in house*, Riv. it. Diritto Pubblico, 3/4 2014, 825 che richiama R. BIN, *Chi governa i servizi pubblici?* In G. CITRONI – N. GIANNELLI – A. LIPPI (a cura di), *Chi governa l'acqua*, 2008.

⁷²⁸ M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in-house al Partenariato pubblico-pubblico*, cit., 1421, conclude criticando l'intervento europeo in quanto sostiene che «il partenariato contrattuale pubblico-pubblico è segnato, tra aperture e chiusure dagli stessi margini di ambiguità dell'in house, ma non certo da una mera libertà di autoproduzione».

⁷²⁹ Com'è noto la scelta circa la modalità attraverso cui svolgere un'attività pubblica è discrezionale, ma deve comunque essere compiuta sulla base di un razionale impianto valutativo e motivazionale.

Si supera radicalmente la precedente impostazione Cons. St., Sez. V, 8 marzo 2005 n. 931 che esclude l'onere di motivazioni delle ragioni della scelta riconducendola ad una decisione ad amplissima discrezionalità e Cons. St., Sez. V, 30 agosto 2004 n. 5643 che riconduce tale scelta al merito amministrativo nei «cui confronti non sono configurabili posizioni giuridiche soggettive tutelabili dei privati anche se titolari di imprese che esercitano attività potenzialmente idonee a svolgere detti servizi»

Per un'esauriente disamina delle differenti teorie in tema di criterio interpretativo idoneo a limitare la discrezionalità autorganizzativa delle amministrazioni alla cui stregua condurre un sindacato di legittimità tra

al contemperamento di tutti gli interessi coinvolti, compreso quello di assicurare un servizio o una funzione quanto più efficiente ed economica possibile così come imposto dal principio di buona amministrazione⁷³⁰.

In questa ottica si comprende dunque che la previsione di requisiti chiari e stringenti in punto di partenariato pubblico-pubblico non rappresenta un'indebita ingerenza dell'Unione europea nell'autonomia organizzativa degli Stati membri⁷³¹, ma vale a fissare l'ambito applicativo dell'istituto.

Da una parte, essa ha come scopo quello di chiarire la questione del rapporto tra potestà amministrativa pubblica e mercato, precisando fino a che punto gli obiettivi di libera concorrenza possono giustificare vincoli alla libertà di scelta dei pubblici poteri: laddove non c'è mercato, l'Unione Europea non può limitare il principio di autonomia istituzionale dell'amministrazione, ma solo enucleare requisiti di ammissibilità affinché una scelta amministrativa non incida sul mercato e possa dunque essere ritenuta legittima.

Dall'altra, essa ha quale logica conseguenza quella di salvaguardare, negli ordinamenti nazionali, un'area di autonomia organizzativa riconosciuta alle amministrazioni: l'applicazione delle disposizioni sul partenariato pubblico-pubblico ed in generale sugli strumenti alternativi al ricorso al mercato (*in house* semplice e pluripartecipato), pur nel concreto determinando un restringimento degli ambiti di applicazione degli accordi di cooperazione nazionale, permette infatti di orientare ed indirizzare le scelte autor-

l'autoproduzione e l'esternalizzazione si legga C. IAIONE, *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2007, 152.

⁷³⁰ A. BARTOLINI, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti*, cit., 1265; C.P. SANTACROCE, *Osservazioni sul «partenariato pubblico-pubblico», tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Riv. giur. urb.* 2/2014, 1999; A.V.A. DIVARI, *Per una lettura degli accordi di partenariato pubblico-pubblico, di cooperazione e di collaborazione interamministrativa*, cit., 246.

Si ritiene dunque opportuno che le amministrazioni motivino la propria decisione sia se di tipo organizzativo sia se di ricorso al mercato sulla base di un'adeguata valutazione in ordine ad un impiego tanto economico quanto efficiente dei propri mezzi e delle proprie risorse, anche in cooperazione con altre amministrazioni. Di questo avviso già E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, cit., 962. Di recente anche G. CARULLO, *Prime riflessioni in merito alle "nuove" eccezioni relative agli affidamenti tra enti nell'ambito del settore pubblico, alla luce della "vecchia" giurisprudenza sull'in house*, cit., 834.

⁷³¹ Sul punto si rinvia a M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in-house al partenariato pubblico-pubblico*, cit. 1416; E. FATÔME - A. MÉNÉMÉNIS, *Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques; éléments d'analyse*, in *AJDA*, 2/2006, 73.

ganizzative delle amministrazioni entro limiti precisi di legittimità, anche in un periodo in cui le scelte strategiche dell'amministrazione non sempre sono indirizzate al perseguimento del pubblico interesse⁷³², salvaguardando quindi l'area entro cui i pubblici poteri possono sempre ricorrere ad accordi di cooperazione⁷³³.

Si potrebbe da ciò dedurre che l'intervento europeo ha permesso di ristabilire un equilibrio tra potestà organizzativa e mercato, evidenziando come questi principi siano tra loro legati da un rapporto di alternatività: dove opera uno, non opera l'altro.

Tuttavia, onde evitare sovrapposizioni e situazioni elusive della concorrenza, il principio autorganizzativo subisce una limitazione anche a livello comunitario: il che permette di affermare che si tratta di un potere non del tutto libero, ma condizionato da rigorosi limiti interni che valgono a tracciare un perimetro entro cui una scelta organizzativa può essere ritenuta legittima.

⁷³² Descrive questo fenomeno A. POLICE, *New Instruments of Control over public corruption: the Italian reform to restore transparency and accountability*, Conférence annuelle de l'AIEIA, 30 giugno- 4 luglio 2014, Port Elizabeth;

⁷³³ In alcuni ordinamenti di *common law* la questione del rapporto tra mercato e potestà organizzativa è stata risolta in modo più incisivo separando *ex ante* le due sfere (si parla del *Deregulation and Contracting Out Act 1994* (c. 40), adottato dal Parlamento Inglese e all'americano *Federal Activities Inventory Reform Act 1998*): in questi ordinamenti, l'autonomia organizzativa sarebbe, infatti, esercitabile solo ove vengano in rilievo attività strettamente connesse alle funzioni pubbliche quali l'esercizio di funzioni giurisdizionali, di funzioni connesse alla libertà individuale, di funzioni legislative e regolamentari ed l'esercizio di diritti di proprietà su beni pubblici. Relativamente a queste attività esisterebbe la piena operatività del principio di autonomia in quanto non attribuibile a terzi sul mercato; al di fuori di questi ambiti, invece, opererebbe solo il principio di concorrenzialità tra operatori economici.

Un medesimo intervento a livello europeo non sembra però praticabile in quanto troppo diversificate appaiono le tradizioni nazionali, giuridiche e politiche, per desumere attività comuni da attribuire alla sfera di autonomia organizzativa. Un intervento più deciso potrebbe giustificarsi solo facendo ricorso allo strumento previsto dall'art. 197 TFUE intitolato "cooperazione amministrativa" che autorizza l'Unione Europea a coadiuvare le attività degli Stati membri in attuazione di una questione di interesse comune o dall'art. 352 TFUE che disciplina la clausola di flessibilità e dispone che «se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate. Allorché adotta le disposizioni in questione secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo».

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. *Diritto amministrativo*, F.G. SCOCA (a cura di), Torino, 2008, 179 ss;
- AA.VV. *EU Procurement Directives- modernisation, growth & innovation. Discussion on the 2011 Proposals for Public Procurement Directives*, Copenhagen, 2012;
- AA.VV., *Primo rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, L. PELLEGRINO- C. LACAVA (a cura di), Rimini, 2007;
- ADAM R. – TIZZANO A., *Lineamenti del diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2010;
- ADOBATI E., *La Corte di giustizia interpreta nuovamente la direttiva sugli appalti pubblici di lavori con riferimento ad un'aggiudicazione senza gara in un caso di affidamento in house*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2/2007;
- ALBERTI C., *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, *Riv. it. Dir. Pubb. Com.*, 3-4/2001;
- ALLEGRETTI U., *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, *Dig. disc. pub.*, Torino, 1993;
- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965;
- ALLEGRETTI U., *La verità è nell'assunto: Stato e Istituzioni nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, *Jus*, 2000;
- ALLEGRI M.R., *La politica della concorrenza*, ORSELLO G.P. (a cura di), *Il diritto dell'Unione Europea* in SANTANIELLO G., *Trattato di diritto amministrativo*, XXXII, Torino, 2002;
- AMATO G., *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 17;
- AMOROSINO S., *Gli accordi di programma*, in AA.VV., *I modelli di organizzazione regionale. Atti del Convegno Formez*, Milano, 1985;
- AMOROSINO S., *Gli accordi organizzativi tra amministrazioni*, Padova 1984;

- ANDREANI A., *Il principio di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979;
- ANTONELLI V., *Le autonomie locali: una questione europea*, in *Amministrazione in cammino*, 2012;
- ARENA G., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 cost. u.c della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005;
- ARGIOLOS B. – MATTARELLA B.G., *Attività amministrativa e moduli convenzionali*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da) *Trattato dei contratti*, 8, Torino, 2010;
- ARROWSMITH S., *Public procurement regulation: an introduction*, 2010;
- ASTONE F., *I contratti pubblici fra ordinamento europeo e diritto interno*, www.giustamm.it;
- AUBY J.-F. – DUTHEIL DE LA ROCHERE J., *Droit administratif européen*, Paris, 2007;
- BACHELET V., *Coordinamento*, *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962;
- BACHELET V., *Profili giuridici della organizzazione amministrativa*, Milano 1965;
- BALDINATO M., *Breve nota alla sentenza Coname: alcune interessanti affermazioni della Corte di Giustizia sull'applicazione del principio di trasparenza negli appalti pubblici* in *Riv. it. Dir. pubbl. comunit.*, 5/2005;
- BARDELLI G., *Nozione di organismo di diritto pubblico, accordi tra PP.AA. e fattispecie di procedura negoziata negli appalti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, 11/2005;
- BARTOLINI A., *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti*, *Urbanistica e Appalti*, 12/2013;

- BASSI N., *Accordi amministrativi verticali e orizzontali: la progressiva ibridazione dei modelli* in M. CAMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007;
- BASSI N., *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di esperienza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte. Prima parte: profili generali*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2001;
- BASSI N., *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di esperienza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte. Seconda parte: profili generali*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2002;
- BASSI N., *Gli accordi tra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano 2004;
- BENVENUTI F., *Funzione, procedimento, processo*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 1952;
- BENVENUTI F., *Gli ordinamenti consortili e i loro sviluppi in Coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali*. Atti del V Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna 17-20 settembre 1959, Milano, 1961;
- BERLINGERIO G.E., *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003;
- BERTI G., *Dalla unilateralità alla consensualità nell'azione amministrativa* in MASUCCI A. (a cura di) *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, Formez, 1988;
- BERTI G., *Il principio collaborativo nell'amministrazione locale* in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, I, Milano, 1993;
- BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968;
- BETTI E., *Causa del negozio* in *N.sso dig. It*, III, Torino, 1957;
- BONURA H., *I servizi pubblici privi di rilevanza economica e la potestà organizzatoria degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2013;
- BOSCHETTI B.L., *Gli accordi organizzativi nell'equilibrio del sistema giuridico tra unità e differenziazione*, in *Amministrare*, 1-2/2008;

- BOZZI C., *Riflessi dell'attuazione di criteri di coordinamento e di collaborazione sui principi giuridici dell'organizzazione amministrativa* in *Coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali*. Atti del V Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna 17-20 settembre 1959, Milano, 1961;
- BRACONNIER S., *Droit des marchés publics*, Parigi, 2008;
- BRACONNIER S., *L'apport de l'affaire "Auroux" au droit des contrats publics d'affaires*, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 5/2007;
- BRENET F., *Coopération public-public et droit de la commande publique*, in *Droit Administratif*, 2012;
- BROUSSY E., DONNANT F., LAMBERT C., *Croniques de jurisprudence de la CJCE*, in *Actualité Juridique de Droit Administratif*, 2009;
- BRUTI LIBERATI E., *Accordi pubblici*, in *Enc. Dir., Agg. V*, Milano, 2001;
- CANALE L., LAIOLO G., MACCHIAVELLI E., PUGLISI V., *Recepimento della direttiva CEE in materia di appalti di lavori pubblici*, in *Il Corriere Giuridico*, 3/1992;
- CANGELLI F., *Gli strumenti consensuali dell'azione pubblica: accordi tra amministrazioni e accordi con i privati nel mutato quadro dogmatico introdotto dalla legge 15/2005 in Territorialità e del localizzazione nel governo locale* CAMMELLI M. (a cura di), Bologna, 2007;
- CANGELLI F., *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004;
- CAPICOTTO L., *Commento alla sentenza della Corte di Giustizia UE – Grande Sezione- 19 dicembre 2012. Elementi identificativi degli accordi di cooperazione ex art 15 L. 241/90 e s.m.i. e obbligo di rispettare le regole dell'Unione Europea sugli appalti pubblici*, in *Unione Europea e Cooperazione internazionale*, 2014;

- CARANTA R. – DRAGOS D.C., *La minirivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici* in *Urbanistica e appalti*, 2014, 5;
- CARANTA R., *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, 4/2013;
- CARANTA R., *I contratti pubblici*, Torino, 2004;
- CARANTA R., *I contratti pubblici*, Torino, 2012;
- CARANTA R., *La Corte di giustizia chiarisce i contorni dell'in house pubblico*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009;
- CARINGELLA F., *Accordi ex art. 11 e 15 della legge n. 241/90* in CARINGELLA F., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R., POLI V., *Il riparto di giurisdizione* in F. CARINGELLA- R. GAROFOLI (a cura di) *Trattato di giustizia amministrativa*, I, Milano 2005;
- CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2001;
- CARPARELLI O., *Libera concorrenza e accordi tra PP.AA.: le direttive della Corte di Giustizia sulla corretta interpretazione dell'art. 15 della legge sul procedimento amministrativo*, in *LexItalia*;
- CARROZZA P., *Principio di collaborazione e sistema delle garanzie procedurali (la via italiana al regionalismo cooperativo)*, in *Le Regioni*, 2/1989;
- CARULLO G., *Prime riflessioni in merito alle "nuove" eccezioni relative agli affidamenti tra enti nell'ambito del settore pubblico, alla luce della "vecchia" giurisprudenza sull'in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 3-4/2014;
- CARUSO M.L., *L'in house providing nell'evoluzione giurisprudenziale comunitaria e nazionale*, in *Giurisprudenza di merito*, 5/2009;
- CASALINI D., *Beyond EU Law: the New "Public House"*, in *EU Procurement Directives- modernisation, growth & innovation. Discussion on the 2011 Proposals for Public Procurement Directives*, Copenhagen, 2012;

- CASALINI D., *L'alternativa tra mercato e auto-produzione di beni e servizi*, *Foro amm.-CdS*, 4/2008;
- CASALINI D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003;
- CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010;
- CASSESE S., *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, *Riv. it. Sc., giur.*, 1968 ;
- CASSESE S., *Le intese e gli accordi di programma* in AA.VV., *L'ente ferrovie dello Stato. Le forniture, gli appalti, i contratti alla luce della normativa introdotta dalla L. 17 maggio 1985*, Rimini, 1986;
- CASSESE S., *Teoria e pratica dell'uguaglianza*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11, 2000;
- CASSIA P., *Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement*, *RTD EUR*, 2002 ;
- CASTRONOVO C. - MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, III, Milano, 2007;
- CAVALLO B., *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria: rilievi procedurali e sostanziali* in F. MASTRAGOSTINO (a cura di) *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007;
- CAVALLO PERIN R. – CASALINI D., *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, *Dir. Amm.*, 1/2006;
- CAVALLO PERIN R. – CASALINI D., *Organisation v market in purchasing arrangements among public entities: the European perspective*, *Proceeding of the 4th International Public procurement conference*, 26-28 agosto, Seoul, 2010;
- CAVALLO PERIN R., *Il modello "derogatorio": in autoproduzione o in house providing* in BONURA H. – CASSANO M., *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011;

- CAVALLO PERIN R., *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998;
- CERBO P., *Il potere di organizzazione della pubblica amministrazione fra legalità e autonomia*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008;
- CERULLI IRELLI V. – LUCIANI F., *Diritto comunitario e diritto interno, tra Stato e Regioni*, *Riv. it. dir. pub. Com.*, 5/2007;
- CERULLI IRELLI V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011;
- CERULLI IRELLI V., *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006;
- CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2005;
- CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2011;
- CHAMINADE A., *Des possibilités de coopération accrues pour les collectivités territoriales*, in *La semaine juridique*, 2010;
- CHELI E., *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata*, in *Rass. dir. pubbl.*, I, 1960;
- CHIRULLI P., *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005;
- CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011;
- CHITI M.P., *I principi*, in SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R. (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, Milano, 2008;
- CHITI M.P., *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000;
- CIAN G., *Interesse del creditore e patrimonialità delle prestazioni*, in *Riv. dir. civ.* 1968, I, 222;
- CIMINI S., *La concertazione amministrativa: note sugli accordi di programma*, in *Il diritto della Regione*, 4/5 1999;

- CINTIOLI F., *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività? (brevi note sull'organismo di diritto pubblico)*, www.giustamm.it;
- CIPPITANI R., *La nozione di contratto "a titolo oneroso" negli appalti pubblici*, in *Contratti*, 5/2013;
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Articolo 30* in R. CAVALLO PERIN- A. ROMANO (a cura di) *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006;
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Articolo 31* in R. CAVALLO PERIN- A. ROMANO (a cura di) *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006;
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Contratti e accordi di diritto pubblico* in CERULLI IRELLI V. (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006;
- CLARK J.M., *Towards a Concept of Workable Competition*, *American Economic Review*, XXX, 1940;
- COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistemica*, Torino, 2011;
- COLLIN M., *Les coopération entre collectivités publiques en matière de prestation de service*, in *Revue Générale des collectivités territoriales*, 2010;
- COLOMBARI S., *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Urb. e app.*, 10/2003;
- COMBA M., *Cooperazione verticale ed orizzontale tra enti pubblici: verso una "teoria unificata" delle deroghe dell'applicazione della normativa europea sugli appalti?*, *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2013;
- COMBA M., *L'affidamento ad organismo in house in caso di pluralità di soci: i vantaggi dell'ipotesi consortile per il controllo analogo*, *Urb. e App.*, 5/2008;

- COMPORTI G.D., *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996;
- CORRADINO M., *Il diritto amministrativo alla luce della recente giurisprudenza*, Padova, 2007;
- CORSO G., *Art. 1, Principio di legalità* in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011;
- CORSO G., *Gli accordi di programma* in A. MASUCCI (a cura di) *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, Formez, 1988;
- CORSO G., *Gli appalti pubblici nel diritto europeo*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007;
- CORTESE F., *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012;
- CRISAFULLI V., *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. Cost.*, 1962;
- CRISMANI A., *La partecipazione alle gare di operatori economici pubblici*, in BANI E. (a cura di) *Il "giusto" prezzo tra Stato e mercato – Liber amicorum per Mauro Giusti*, Torino, 2009;
- D'ALBERTI M., *Le concessioni amministrative (aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni)*, Napoli, 1981;
- D'ALBERTI M., *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004;
- D'ANGIOLILLO P., *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, 2009;
- D'ATENA A., *Regioni e sovranazionalità* in A. D'ATENA (a cura di), *Regionalismo e sovranazionalità*, Milano, 2008;
- D'ORSOGNA D. - SCOCA F.G., *Le relazioni organizzative*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2008;
- DANIELE L., *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006;
- DE LUCA P., *Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2/2013;

- DE LUCIA L., *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002;
- DE MICHELE A., *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico* in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011;
- DE NICTOLIS R., *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privato, negli affidamenti in house e a società miste*, in *Urbanistica e Appalti* 2005, 295;
- DE ROBERTO A., *La tutela giurisdizionale nei procedimenti e negli accordi*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale. Atti del XLII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Tremezzo, 19-21 settembre 1996, Milano, 1997;
- DEAKIN S., *Two types of regulatory competition: Competitive federalism versus reflexive harmonization. A law and economics perspectives on centros* in A. DASHWOOD (a cura di), *The Cambridge Yearbook of European studies*, Oxford-Portland, 1999;
- DELLA CANANEA G., *Le alternative all'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da) *Trattato dei contratti*, VIII, Torino, 2010;
- DI CAPUA V., *Accordi tra amministrazioni e inderogabilità del diritto dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici. La tutela della concorrenza diventa «superprincipio»*, in www.giustamm.it, 2014;
- DI CARLO M., *La concorrenza nelle procedure di gara degli appalti pubblici*, *Riv. trim. appalti*, 2008, 577
- DI GASPARE G., *Consorzi amministrativi*, *Dig. discp. pubbl.*, IV, Torino, 1998;
- DI GASPARE G., *Esternalizzazione (tramite contratti e figure soggettive delle attività amministrative), societarizzazioni e privatizzazioni: un approccio teorico?*, in www.amministrazioneincammino.it nonché in *Guida agli enti locali* de *Il sole 24 ore* 2005;

- DI GASPARE G., *Gli strumenti negoziali della governance esterna e della governance istituzionale* in www.amministrazioneincammino.it;
- DI GASPARE G., *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992;
- DI GASPARE G., *L'accordo di programma*, in *Le Regioni*, 1988;
- DI GASPARE G., *Organizzazione amministrativa*, *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1994;
- DI GASPARE G., *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2001;
- DI GIACOMO RUSSO B., *I contratti di cooperazione tra enti pubblici e la tutela della concorrenza*, *Appalti e contratti*, 1-2/2013;
- DI GIACOMO RUSSO B., *L'affidamento in house è un modello di sussidiarietà orizzontale?*, in *Rivista trimestrale degli appalti* 2009;
- DI LASCIO F., *La centralizzazione degli appalti, la spending review e l'autonomia organizzativa locale* in *Giorn. dir. amm.* 2014, 2;
- DI MAJO A., *Contratto e negozio. Linee di una vicenda* in C. SALVI (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, Milano, 1978, 108
- DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, A. SCIALOJA–G. BRANCA (a cura di) *Commentario al codice civile*, Bologna, 1988
- DI RAIMO R., *Proprietà, economia pubblica e identità nazionale*, in U. MATTEI – E. REVIGLIO – S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna 2007;
- DIBOUT P., *Art. 222*, in V. CONSTANTINESCO - J.-P. JACQUÉ - R. KOVAR - D. SIMON (a cura di), *Traité instituant la CEE*, , Parigi, 1992;
- DIBOUT P., *Art. 90* in V. CONSTANTINESCO - J.-P. JACQUÉ - R. KOVAR - D. SIMON (a cura di), *Traité instituant la CEE*, , Parigi, 1992;
- DIEZ PICAZO L.M., *Il principio di autonomia istituzionale degli stati membri dell'Unione Europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 4;
- DIPACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006;

- DIVARI A.V.A., *Per una lettura degli accordi di partenariato pubblico-pubblico, di cooperazione e di collaborazione interamministrativa, Il diritto dell'economia*, 1/2014;
- DONATIVI V., *I "confini" (ancora incerti) del controllo analogo in materia di house providing*, in *Giur. comm.* 5/2014;
- DRAETTA U., *Brevi note sulla sussidiarietà in Jus*, 1994
- DREYFUS J-D. - RODRIGUES S., «*La coopération intercommunale confortée par la CJCE?*», in *L'actualité Juridique Droit administratif*, 2009;
- DREYFUS J.-D., *Mutualisation des services et mise en concurrence. Autour des notions de bonne organisation des services et de prestation hors marché*, *AJDA*, 34/2007;
- DUGATO M., *I contratti misti come contratti atipici tra attività e organizzazione amministrativa. Dal global service all'in house* in F. MASTRAGOSTINO (a cura di) *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007;
- FALCON G.D., *Convenzioni ed accordi amministrativi, I*, in *Enc. Giur.*, Roma 1988;
- FALCON G.D., *Il coordinamento regionale degli enti locali. Gli strumenti consensuali, Regione e governo locale*, 1990;
- FALCON G.D., *Le convenzioni pubblicistiche ammissibilità e criteri*, Milano, 1984;
- FATÔME E. - MÉNÉMÉNIS A., *Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques; éléments d'analyse*, in *Actualité Juridique de Droit Administratif*, 2/2006;
- FERRARA R., Art. 15. *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in SANDULLI M.A. (a cura), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011;
- FERRARA R., *Gli accordi di programma. Poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, Padova, 1993;

- FERRARA R., *Intese, convenzioni e accordi*, in *Digesto pubbl.*, VIII, Torino, 1993;
- FERRARA R., *L'accordo... e gli accordi di programma. Spunti sulla c.d. amministrazione consensuale* (Nota a Cons. Stato, sez. IV, 1° agosto 2001, n. 4206, e Corte conti, sez. contr. Stato, 10 aprile 2000, n. 30), in *Il Foro italiano*, 3/2002;
- FERRARI G.F., *Parking brixen : Teckal da totem a tabù ?*, in *Diritto Pubblico Comparato e Europeo*, 2006;
- FERRARO V., *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 3-4/2014;
- FERRARO V., *La sentenza Auroux- Commune de Roanne: una nuova pronuncia del giudice comunitario in materi di affidamento di un appalto senza procedura ad evidenza pubblica*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1/2007;
- FERRI G.B., *La causa nella teoria del contratto* in C. ANGELICI – G.B. FERRI (a cura di), *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino 1997;
- FERRO LUZZI P., *I contratti associativi*, Milano, 1971;
- FIENGO G.F., *Le regole europee in materia di appalti pubblici: nulla di nuovo dalla Corte con la sentenza 19 dicembre 2012 C-159/11 (...)?*, in *Rassegna dell'avvocatura dello Stato* 4/2012;
- FIORAVANTI M., *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano, 1979;
- FIORENTINO L. – LACAVA C., *Il codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, *Giorn. Dir. amm.*, *Quaderni*, 15/2007;
- FOÀ S., *I soggetti partecipanti alle gare* in GALLO C.E. (a cura di), *Auto-rità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014;
- FOIS S., *Legalità (principio di)*, *Enc. Dir.*, Milano, 1973;

- FRACCHIA F., *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2012;
- FRANCHINI C., *L'appalto di lavori, servizi e forniture*, in C. FRANCHINI (a cura di) *I contratti di appalto pubblico*, in P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da) *Trattato dei contratti*, , Torino, 2010.
- FRENI E., *La tutela della concorrenza*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, IV, Milano, 2010;
- G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti «in house»: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2005;
- GALBRAITH J.K., *American Capitalism* (1952), *Il capitalismo americano: il concetto di potere di equilibrio* (trad. it.), Milano, 1955;
- GALLETTA D.U., *art. 1, Principio di proporzionalità, Codice dell'azione amministrativa* A.M. SANDULLI (a cura di), Milano, 2011;
- GALLO C.E. (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014;
- GALLO C.E., *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, in *Urbanistica e Appalti*, 10/2009;
- GALLO C.E., *La collaborazione tra enti locali* in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, I, Milano, 1993;
- GARDELLA A., *Art. 295 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Milano, 2004;
- GARDELLA A., *Art. 86 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Milano, 2004;
- GARRI F. - GARRI F., *Il mercato dei contratti pubblici; il ruolo dell'Autorità di vigilanza di settore e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in SANDULLI M.A. - DE NICTOLIS R. - GAROFOLI R. (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008;
- GAUDEMET Y., *Droit administratif*, Paris, 2005;

- GENINATTI SATÉ L., *Forme e limiti dell'affidamento dei appalti di lavori tra amministrazioni aggiudicatrici*, in *Foro Amm.- CdS*, 3/2007;
- GHIRIBELLI A., *Gli accordi tra pubbliche amministrazioni: disciplina normativa e pronunce giurisprudenziali*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 19/20, 2009;
- GIACALONE A., *Dalla Corte di Giustizia arrivano le "deroghe" all'evidenza pubblica*, in *Diritto e Giustizia*, 2012;
- GIAMPIERETTI M., *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamento, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. soc.*, 2003, 439;
- GIANNINI M.S., *Autonomia*, *Enc. Dir.*, IV, Roma, 1959
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970;
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1993;
- GIANNINI M.S., *L'attività amministrativa*, Roma, 1962;
- GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Roma, 1950;
- GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo: anno 1959-1960*, Roma, 1961;
- GIANNINI M.S., *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, LVIII, 1959, 313;
- GIORGIO M., *L'in house pluripartecipato: nuovo modello societario o apparato amministrativo?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12/2009;
- GIOVANNELLI M., *Verso il tramonto degli affidamenti indiretti*, in *Urb. e app.* 8/2007;
- GIOVENCO L., *Profilo giuridico strutturale del coordinamento nella vita degli enti locali* in *Coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali*. Atti del V Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna 17-20 settembre 1959, Milano, 1961;
- GOBBO F., *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 2001;
- GORLA G., *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1955 277;

- GRASSI I., *Il ruolo europeo della autonomia locali*, in *Nuove leggi civili commentate*, 4, 1992;
- GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003;
- GRECO G., *Accordi di programma* in *Il diritto dell'economia*, Milano, 1990;
- GRECO G., *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 6/2006;
- GRECO G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, Milano, 1986;
- GRILLO C. – PELLEGRINI R., *I requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento (art. 34-52)*, in M. SANINO (a cura di), *Commento al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2008;
- GROPPI T., *Unione europea e Regioni: una prospettiva comparata*, in G. CARPANI- T. GROPPI- M. OLIVETTI- A. SINISCALCHI (a cura di), *Le regioni italiane nei processi normativi comunitari dopo la L. 11/2005*, Bologna, 2007;
- GUZZO G., *La Direttiva UE 2014/24/UE e le nuove regole in materia di affidamenti in house: riflessioni minime e prime interpretazioni*, in *www.lexitalia*, 2014;
- HAURIOU M., *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, 1939;
- IAIONE C., *Gli equilibri instabili dell'in house fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?*, in *Giustizia Civile*, 1, 2006;
- IAIONE C., *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2007;
- IELO D., *Commento all'art. 15 "accordi fra pubbliche amministrazioni"* in AA.VV. *L'azione amministrativa. Commento alla L. 7 agosto 1990 n.*

- 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dal decreto legge 14 marzo 2005 n. 35, Milano, 2005;*
- IERVOLINO F., *Accordi tra pubbliche amministrazioni e tutela della concorrenza*, in www.giustamm.it, 2012;
 - IMMORDINO M., *Legge sul procedimento amministrativo. Accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Diritto Amministrativo*, 1997;
 - KOEBEL B., *Marchés publics conclus entre pouvoirs adjudicateurs: l'équilibre, enfin?*, in *La semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 7, 2012;
 - KOTSONIS T., *Application of the "Teckal" exemption to a services concession contract; Coditel Brabant SA V Commune d'Uccle, Region de Bruxelles-Capitale* in *Public Procurement Law Review*, 2009;
 - KOTSONIS T., *Co-operative arrangements between public authorities in the pursuit of a public interest task: Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany (C-480/06)*, in *Public Procurement Law Review* 6/2009;
 - KOVAR R., *Art. 100* in V. CONSTANTINESCO - J.-P. JACQUÉ - R. KOVAR - D. SIMON (a cura di), *Traité instituant la CEE*, Parigi, 1992;
 - LACAVALA C., *I contratti pubblici tra Stato e Regioni e la tutela della concorrenza*, in *Giorn. Dir. amm.*, 6/2008;
 - LANAIA M.T., *I rapporti tra accordi di programma ex art. 34 DLgs 267/00, accordi tra amministrazioni ex art. 15 L. 241/90 e conferenza di servizi*, in www.amministrazioneincammino.it;
 - LANDIER A. - THESMAR D., *Le grand marchand marché. Décryptage d'un fantasme française*, Paris, 2007;
 - LEDDA F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1962;
 - LEGGIADRO F., *In house: il controllo analogo congiunto degli enti soci*, *Urbanistica e appalti*, 3/2013;

- LEONE V.M., *In house: ossia dell'autonomia decisionale della pubblica amministrazione* in C. FRANCHINI - F. TEDESCHINI, *Nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, 2008;
- LINDITCH F., *La Cour de Justice accepte les prestations intercollectivités dès lors qu'elles traduisent une véritable démarche de coopération*, in *La Semaine juridique Administrations et collectivités territoriales*, 44/2009;
- LLORENS F. - SOLER-COUTEAUX P., *Coopération public-public et droit communautaire: quelles perspectives?*, in *Contrats et marchés publics*, 12/2011;
- LOLLI A., *Servizi pubblici locali e società in house: ovvero al collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*, in *Foro amministrativo- T.A.R.*, II, 6/2005;
- LOTTI P., *Corte di Giustizia e involuzione dell'in house providing*, in *Urbanistica e appalti*, 9/2006, 1047;
- LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983;
- MAINARDIS C., *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo Stato-regioni*, in *Le Regioni*, 2011
- MAMELI B., *L'in house tra regola ed eccezione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 10/2010;
- MAMELI B., *Lo stretto collegamento tra la nozione di organismo di diritto pubblico e la ratio delle direttive sugli appalti pubblici*, in *Giurisprudenza Italiana* 2011;
- MANFREDI G., *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001
- MARESCA D., *La cooperazione inter-amministrativa tra appalti e accordi orizzontali: i recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, *Dir. pubbl. comp. eur.* 2/2013;
- MARINO I., *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986;

- MARONGIU G., *La pubblica amministrazione di fronte all'accordo. considerazioni preliminari*, in MASUCCI A. (a cura di) *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, Formez, 1988;
- MARSHALL A., *Principles of Economics* (1890), *Principi di economia* (trad. it.), Torino, 1905;
- MARTINO S., *Art. 32* in R. GAROFOLI- G. FERRARI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, , 2011;
- MASSARI A., *Presto le nuove direttive appalti di IV generazione*, in *Appalti & contratti*, 7/12;
- MASSERA A., *I contratti* in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto amministrativo applicato*, in CASSESE S. (diretto da), *Corso di diritto amministrativo 2*, Milano, 2005;
- MASTROIANNI R., *Art. 220 TCE* in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Milano, 2004;
- MASUCCI A., *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988;
- MATTALIA M., *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario*, in *Foro. It.-CdS* 2008;
- MATTERA A., *L'arrêt "Cassis de Dijon": une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché interne*, in *Revue du marché commun*, 1980.
- MATTERA A., *Le marché unique européen: ses règles, son fonctionnement*, Paris, 1990;
- MATTERA A., *Les marchés publics: dernier rempart du protectionnisme des Etats*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 3/1993;
- MAZZAMUTO M., *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in-house al Partenariato pubblico-pubblico*, in *Giur. It.*, 6/2013;

- MCGOWAN D., *EU-clarification of permissible public cooperation and pecuniary interest: Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento v. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce (C-19/11)*, in *Public Procurement Law Review*, 2013;
- MENTO S., *Il controllo analogo sulle società in house pluripartecipate da enti pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.* 5/2013;
- MERUSI F., *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. Amm.*, 1/1993;
- MERUSI F., *Procedimenti di coordinamento infrastrutturale e procedimenti di collaborazione dopo le leggi sul procedimento amministrativo e sulla riforma delle autonomie locali*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993;
- MODERNE F., *La recente evoluzione del diritto dei contratti amministrativi: le convenzioni fra persone giuridiche pubbliche* in MASUCCI A. (a cura di) *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, Formez, 1988;
- MOLINA J.A.M., *Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione*, *Riv. it. Dir. pubbl. com.* 1998, 561;
- MONNET J., *Mémoires*, Paris, 1976;
- MONNI F., *Gli accordi tra pubbliche amministrazioni con particolare riguardo all'ordinamento degli enti locali*, in *LexItalia*, 11/2003;
- MONNI F., *Le convenzioni e gli accordi di programma degli Enti locali: i modelli ideal-tipici della legislazione statale*, in *Regioni e comunità locali*, 1/2 2004;
- MORZENTI PELLEGRINI R., *Società affidatarie diretti di servizi pubblici locali e controllo "analogo" esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali "extra-codicistiche"*, in *Foro amm.-TAR* 10/2009;
- MORZENTI PELLEGRINI R., *Società affidatarie diretti di servizi pubblici locali e controllo "analogo" esercitato in maniera congiunta e differen-*

- ziata attraverso strutture decisionali “extra-codicistiche”, in *Foro amm. T.A.R.* 10/2009;
- NAPOLITANO G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001;
 - NAPOLITANO G., *Servizi pubblici*, in S. CASSESE (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, VI, Milano, 2006;
 - NAPOLITANO S., *Le forme consensuali dell’esercizio della potestà amministrativa. Gli accordi amministrativi*, Roma, 2013;
 - NICCOLAI S., *Mercato come valore o mercato come regola? Osservazione minime su un tema importante*, *Giur. cost.* 1991;
 - NICODEMO A- NICODEMO G.F., *Nuovi canoni interpretativi per il partenariato pubblico-pubblico. Il giudice europeo si mostra rigoroso sulle ipotesi di collaborazione tra le PP.AA. in favore del principio della concorrenza*, *www.giustamm.it*, 2013;
 - NIGRO M., *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell’)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988;
 - NIGRO M., *Conclusioni* in MASUCCI A. (a cura di) *L’accordo nell’azione amministrativa*, Roma, Formez, 1988;
 - NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966;
 - OTTAVIANO V., *Poteri dell’amministrazione e principi costituzionali*, *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1964
 - PALELLA G., *La Direttiva UE 97/52 e le modifiche sugli appalti di servizi, lavori e forniture*, *Urbanistica e Appalti*, 3/1998;
 - PALUTAN G., *Coordinamento e relazioni pubbliche* in *Coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali. Atti del V Convegno di studi di scienza dell’amministrazione. Varenna 17-20 settembre 1959*, Milano, 1961;
 - PASTORI G., *Accordo e organizzazione amministrativa* in MASUCCI A. (a cura di) *L’accordo nell’azione amministrativa*, Roma, Formez, 1988;

- PEDACI V., *Metodologie di coordinamento amministrativo: accordi tra amministrazioni e accordi di programma*, in *L'amministrazione italiana*, 1999;
- PEDACI V., *Pluralismo organizzativo e mezzi di coordinamento: note sugli accordi tra amministrazioni e su quelli di programma*, in *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, 4, 1999;
- PEDERSEN K. – OLSSON E., *Commission v Germany – a new approach to in-house providing?*, *Public Procurement Law Review*, 1, 2010;
- PERA A., *Concorrenza e antitrust*, Bologna, 2005;
- PÈREZ TREMPES P.- VIOLINI L., *La costituzione europea e l'organizzazione territoriale degli stati membri*, *Riv. it. Dir. pub. Com.*, 6/2004;
- PERFETTI L.R., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001;
- PERFETTI L.R., *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla comunicazione della commissione europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001
- PERICU G. – GOLA M., *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in MAZZAROLLI L, PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001 e 2005;
- PESCATORE P., *Art. 164* in V. CONSTANTINESCO - J.-P. JACQUÉ - R. KOVAR - D. SIMON (a cura di), *Traité instituant la CEE*, Parigi, 1992;
- PESCATORE P., *La notion du marché commun dans les traités instituant l'Union économique belgoluxembourgeoise, le Benelux et les Communautés européennes*, En hommage à Victor Gontho, Liège, 1962 ;
- PIGA F., *Coordinamento (principio del)*, in *Enc. Giur. X*, Roma, 1988;

- PIOGGIA A., *Gli accordi di programma*, in B. CAVALLO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2001;
- PIPERATA G., *La Corte costituzionale, il legislatore regionale ed il modello "a mosaico" delle società in house*, in *Le Regioni*, 2009;
- PIRAINO S., *La consensualità nell'azione amministrativa* in *Rivista del diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente* 2008;
- PIRKER B., «*La jurisprudence de la Cour*» in *Revue du droit de l'Union Européenne*, 3, 2009;
- PITTALIS G., *Appalto pubblico* in *Dig. disc. pubb.*, I, agg., Torino, 1995;
- PLATON S. - MARTIN S., *L'exception de coopération entre autorités publique en droit européen de la commande publique*, in *Actualité Juridique de Droit Administratif*, 2012 ;
- PLATON S., *La Cour précise les conditions de l'exception de coopération entre entités publiques en droit de contrats publics*, in *Journal d'actualité des droits européens*, 2012,
- POCAR F., *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010;
- POLICE A. - GRÜNER G., *Le fonti*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, , in P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2010.
- POLICE A., *New Instruments of Control over public corruption: the Italian reform to restore transparency and accountability*, Conférence annuelle de l'AIEIA, 30 giugno- 4 luglio 2014, Port Elizabeth;
- POLICE A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007;
- PORTALURI P.L., *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998;
- POSNER R., *The Chicago school of antitrust*, in *Univ. Penn. Law Review*, n. 127, 1979;
- POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Padova, 1964;

- POTOTSCHNIG U., *Poteri pubblici ed attività produttive*, in *Dir. ec.*, 1990;
- PROOT P., *Coopération locale et mutualisation de service*, in *La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 27/2009;
- PROTO D., *La direttiva 93/36/CE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è applicabile anche nei contratti fra amministrazioni aggiudicatrici*, in *Urb. e App.*, 10/2000;
- PROTTO M., *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urbanistica e Appalti*, 7/2004;
- PROTTO M., *La nuova disciplina comunitaria per gli appalti nei settori speciali*, *Urb. e app.*, 1998;
- PUGLIESE F.P., *Fondamento e limiti della collaborazione tra enti territoriali* in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*. Atti del XLII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Tremezzo, 19-21 settembre 1996, Milano, 1997;
- RACCA G., *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 1994;
- RAGANELLI B., *L'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici* in C. FRANCHINI (a cura di), *L'appalto pubblico*, in RESCIGNO P. e GABRIELLI E. (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2010;
- RANELLETTI O., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Torino, 1984;
- RANGONE C., *Affidamenti diretti e cooperazione tra enti pubblici: il mercato dell'unione si allarga o si restringe?*, in www.osservatorioappalti.it, 2012;
- RANGONE N., *I servizi pubblici*, Padova, 1999;
- RESTA R., *L'onere di buona amministrazione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940;

- RICCHI M., *La nuova direttiva europea sulle concessioni e l'impatto sul codice dei contratti pubblici* in *Urb. e app.*, 2014, 7;
- RICHER L., *L'Europe des marchés publics*, Parigi, 2009;
- ROBINSON J., *The economics of imperfect competition*, London, 1934;
- RODRIGUES S. - BERNARD-GLANZ C., *Chronique des marchés publics dans la jurisprudence communautaire*, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2009;
- ROMANO A., *Autonomia nel diritto pubblico*, *Dig. disc. pub.*, Torino II, 1987;
- ROMANO S.A., *ConSORZI amministrativi*, *Enc. Giur*, V, Roma, 1989;
- ROMEI P., *L'organizzazione come trama*, Padova, 2000;
- RONDONI G., *Convenzioni tra amministrazioni aggiudicatrici come appalto pubblico di lavori*, *Urb. e App.*, 5/2007;
- ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2011;
- ROUX J., *Le principe de la libre administration des collectivités*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 1992;
- SABBATINI M.S., *La direttiva 2007/66/CE sulle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici: la trasparenza è anche una questione di termini*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 131/2008;
- SANDULLI A.M., *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000;
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, 735 ss;
- SANDULLI A.M., *Proporzionalità*, in S. CASSESE (diretto da), *Diz. Dir. pubbl.*, Milano, 2006;
- SANDULLI M.A., *L'oggetto* in SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R. (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, Milano, 2008;
- SANTACROCE C.P., *Accordi tra pubbliche amministrazioni e atti amministrativi complessi nella copianificazione per la tutela del paesaggio*, in *Riv. giur. urb.* 3/2012;

- SANTACROCE C.P., *La stabilità degli accordi tra pubbliche amministrazioni*, Milano, 2014;
- SANTACROCE C.P., *Osservazioni sul «partenariato pubblico-pubblico», tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in www.giustamm.it, ora anche in *Riv. giur. urb.* 2/2014;
- SANTAMARIA DACAL A., *Une nouvelle exception a l'application des directives "Marchés"*, in *Revue Juridique de l'Economie Publique (RJEP)*, 2009;
- SANTORO P. - SANTORO E., *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2011;
- SANVITI G., *Convenzioni e intese nel diritto pubblico*, Milano, 1978;
- SATTA F., *Imparzialità della pubblica amministrazione*, *Enc. Giur.*, XV, 1989;
- SATTA F., *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, Padova, 1980;
- SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969;
- SATTA F., *Vento nuovo per gli appalti*, in www.apertacontrada.it, 2012;
- SAVATTERI A., *Articolo 34* in CAVALLO PERIN R.- ROMANO A. (a cura di) *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006;
- SCHUMPETER J.A., *Capitalism, Socialism and Democracy (1948)*, *Capitalismo, socialismo e democrazia* (trad. it.), Milano, 1955;
- SCHUTZE R., *European Constitutional law*, Cambridge, 2012;
- COCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008;
- COCA F.G., *Accordi e semplificazione*, in *Nuove autonomie*, 3-4/2008;
- COCA F.G., *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.* 1999;

- SCOCA F.G., *I modelli organizzativi* in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G (a cura di) *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2001;
- SCOCA S.S., *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2010;
- SCORRANO M.G., *Il principio dell'effetto utile*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Ordinamento dell'Unione Europea*, Milano, 2006;
- SCOTTI E., *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003.
- SCOTTI E., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato* in *Dir. amm.*, 4/2005;
- SEPE O., *L'efficienza dell'azione amministrativa*, Milano, 1975;
- SIMON D., *Contrats de services entre entités publiques*, in *Europe*, 8/2013;
- SMITH A., *An Inquiry onto the Nature and Causes of the Wealth of the Nations* (1776), *La ricchezza delle nazioni* (trad. it.), Torino, 1987;
- SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*. Bologna, 2000;
- SPAGNUOLO M., *L'affidamento di appalti tra amministrazioni aggiudicatrici: un nuovo arresto della Corte di Giustizia*, in *Appalti e contratti*, 12/2013;
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Attività economica privata e potere amministrativo*, Pompei, 1962;
- SPERANZA N., *Il principio di buon andamento-imparzialità dell'amministrazione nell'art. 97 della costituzione* *Foro Amm.*, 1972;
- STICCHI DAMIANI E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992;
- STOPPANI A., *Forme di collaborazione non organica* in *Coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali*. Atti del V Convegno di stu-

- di di scienza dell'amministrazione. Varenna 17-20 settembre 1959, Milano, 1961;
- TESAURO G., *Diritto comunitario*, Padova, 2009;
 - TESSIER A., *La refonte des directives communautaires sur la coordination des procédures de passation des marchés publics*, in *Bulletin Juridique des Contrats Publics*, 27;
 - TESSON F., *La Cour de Justice de l'Union Européenne précise l'exception à l'application du droit de la commande publique aux coopérations entre collectivités publiques*, in *La Semaine juridique administration et collectivités territoriales*, 3/2013;
 - TESTA V., *Il coordinamento e la collaborazione nell'interno dell'ente locale* in *Coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali. Atti del V Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna 17-20 settembre 1959, Milano, 1961*;
 - TORCHIA L., *Gli accordi di programma tra regioni e enti locali*, in *Regioni e governo locale*, 1990;
 - TRAVI A., *Forme di cooperazione interlocale*, in *Dir. amm.*, 1996;
 - TRIMARCHI F., *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, Milano, 1967;
 - URBANO G., *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto dell'in house providing*, www.amministrazioneincammino.it;
 - VALAGUZZA S., *L'accordo di programma: peculiarità del moello e impiego delle norme*, in *Dir. Amm.* 2/2010;
 - VALAGUZZA S., *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008;
 - VARONE S., *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004;
 - VINTI S., *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, Padova, 2002;

- VINTI S., *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008;
- WAELBROECK M. – FRIGNANI A., *Le droit de la CE*, in *Commentaire J. Megret*, IV, Bruxelles, 1997;
- WALLACE D. JR., *The changing world of national procurement systems: global reformation*, *Public Procurement Law Review*, 57/1995;
- ZANETTI L., *Gli strumenti di cooperazione funzionale nell'azione pubblica* in CAMELLI M. (a cura di) *Territorialità e del localizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007;
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, IV, Milano, 1958;
- ZANOBINI G., *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.* XVI, 1924, ora anche in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955;
- ZIMMER W., *In house et intercommunalité*, in *Contrats et marchés publiques*, 34/2009;