

DECLARATORIA SULLA TESI DI DOTTORATO

Il sottoscritto

COGNOME | Piazzoni |

NOME | Davide |

Matr. | 1125939 |

Titolo della tesi:

| *In house providing e diritto della concorrenza: la fattispecie Teckal* |

Dottorato di ricerca in | Diritto dell'Impresa |

Ciclo | XXI |

Tutor del dottorando | Prof. Federico Ghezzi |

Anno di discussione | 2010 |

DICHIARA

sotto la sua responsabilità di essere a conoscenza:

- 1) che, ai sensi del D.P.R. 28.12.2000, N. 445, le dichiarazioni mendaci, la falsità negli atti e l'uso di atti falsi sono puniti ai sensi del codice penale e delle Leggi speciali in materia, e che nel caso ricorressero dette ipotesi, decade fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici previsti dalla presente declaratoria e da quella sull'embargo;
- 2) che l'Università ha l'obbligo, ai sensi dell'art. 6, comma 11, del Decreto Ministeriale 30 aprile 1999 prot. n. 224/1999, di curare il deposito di copia della tesi finale presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze, dove sarà consentita la consultabilità, fatto salvo l'eventuale embargo legato alla necessità di tutelare i diritti di enti esterni terzi e di sfruttamento industriale/commerciale dei contenuti della tesi;
- 3) che il Servizio Biblioteca Bocconi archiverà la tesi nel proprio Archivio istituzionale ad Accesso Aperto e che consentirà unicamente la consultabilità on-line del testo completo (fatto salvo l'eventuale embargo);

- 4) che per l'archiviazione presso la Biblioteca Bocconi, l'Università richiede che la tesi sia consegnata dal dottorando alla Società NORMADEC (operante in nome e per conto dell'Università) tramite procedura on-line con contenuto non modificabile e che la Società Normadec indicherà in ogni piè di pagina le seguenti informazioni:
 - tesi di dottorato: "*In house providing* e diritto della concorrenza: la fattispecie *Teckal*";
 - di Piazzoni Davide
 - discussa presso l'Università commerciale Luigi Bocconi – Milano nell'anno 2010;
 - La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche). Sono comunque fatti salvi i diritti dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte;
- 5) che la copia della tesi depositata presso la NORMADEC tramite procedura on-line è del tutto identica a quelle consegnate/inviare ai Commissari e a qualsiasi altra copia depositata negli Uffici dell'Ateneo in forma cartacea o digitale e che di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;
- 6) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale realizzata dal sottoscritto e non compromette in alcun modo i diritti di terzi (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche), ivi compresi quelli relativi alla sicurezza dei dati personali; che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura, civile, amministrativa o penale e sarà dal sottoscritto tenuta indenne da qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi;
- 7) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell'ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati; non è oggetto di eventuali registrazioni di tipo brevettale o di tutela, e quindi non è soggetta a embargo.

Roma, 3 febbraio 2010

(Davide Piazzoni)

Università Commerciale Luigi Bocconi
Dottorato di Ricerca in Diritto dell'Impresa
XXI Ciclo

In house providing e diritto della concorrenza:
la fattispecie *Teckal*

Tesi di Dottorato di:
Davide Piazzoni
Matr. n. 1125979

Tutor: Chiar.mo prof. Federico Ghezzi

Anno Accademico 2008/2009

Indice sommario

Capitolo 1

La fattispecie dell'autoproduzione

1. Introduzione.....	7
<i>Sezione I - Caratteri originari della fattispecie dell'autoproduzione nei sistemi amministrativi britannico, francese ed italiano</i>	
2. L'« <i>in house providing</i> » nel sistema britannico.....	9
3. Autoproduzione, « <i>services publics</i> » e « <i>groupements de commande</i> » in Francia.....	14
4. Libertà dello Stato-apparato ed autoproduzione nel sistema italiano.....	22
4.1. Principi di organizzazione della Pubblica Amministrazione: « <i>imparzialità</i> » e « <i>buon andamento</i> ».....	22
4.2. Sistema dei contratti pubblici e dell'iniziativa economica pubblica	25
4.3. La c.d. « <i>gestione in economia</i> » e le aziende speciali.....	33
<i>Sezione II - Autoproduzione e «new public management»</i>	
5. Il « <i>new public management</i> ».....	35
6. « <i>New public management</i> » e sistemi britannico, italiano e francese.....	39
7. « <i>New public management</i> », obbligo di procedura di gara e fenomeno dell'autoproduzione.....	46
8. Conclusioni e piano dell'opera.....	49

Capitolo 2

L'emersione dell'affidamento in house nel diritto comunitario

1. Struttura del sistema comunitario degli appalti pubblici e generalizzazione dell'obbligo di gara.....	52
1.1. Contenuto delle Direttive.....	53
1.2. Direttive comunitarie in materia di appalti e diritto della concorrenza.....	59
2. La sentenza <i>Teckal</i>	63

3. Affidamento <i>in house</i> e contratto.....	67
4. Fortuna della sentenza <i>Teckal</i> ed impatto sugli ordinamenti interni degli Stati membri: prime considerazioni.....	76
5. Radici storico-culturali degli ordinamenti amministrativi di alcuni Stati membri e direttrici di penetrazione dell'istituto comunitario dell' <i>in house providing</i>	77
5.1. Collocazione sistematica interna della fattispecie <i>Teckal</i>	81
6. Conclusioni.....	84

Capitolo 3

La collocazione dell'affidamento *in house* nel sistema delle direttive comunitarie in materia di appalti

1. <i>In house provider</i> , organismo di diritto pubblico ed eccezione ex artt. 6, Dir. 92/50/CEE e 11, Dir. 93/38/CEE, e artt. 18, Dir. 2004/18/CE e 25, Dir. 2004/17/CE.....	88
1.1. La nozione di « <i>organismo di diritto pubblico</i> ».....	88
1.2. Organismo di diritto pubblico e <i>in house provider</i>	96
1.3. Organismi tecnici dedicati.....	103
2. <i>In house provider</i> e impresa pubblica ex artt. 1, §1, n. 2, Dir. 93/38/CEE e 2, §1, lett. b), Dir. 2004/17/CE.....	105
3. <i>In house provider</i> e impresa collegata ex artt. 13, Dir. 93/38/CEE e 23, Dir. 2004/17/CE.....	107
4. <i>In house provider</i> e centrale di committenza.....	117
5. Conclusioni	121

Capitolo 4

La prima fase della giurisprudenza comunitaria in tema di *in house providing*

1. Le pronunce della prima fase della giurisprudenza comunitaria.....	123
2. Il problema del « <i>controllo analogo</i> »: la sentenza <i>Stadt Halle</i> e la partecipazione pubblica totalitaria.....	124
2.1. Fatti di causa e decisione della CGCE.....	124
2.2. Note critiche: <i>iter argomentativo</i> e problema delle società miste.....	128
3. (Segue) Le sentenze <i>Coname</i> e <i>Parking Brixen</i> : partecipazione pubblica	

totalitaria e piano di sviluppo del <i>provider</i>	131
3.1. La sentenza <i>Coname</i> : i fatti di causa.....	131
3.2. La pronuncia <i>Parking Brixen</i>	134
3.3. Estensione dell'obbligo di gara e della "eccezione" <i>Teckal</i>	137
3.4. Segue: capitale interamente dell'Amministrazione affidante e «controllo analogo»; l'ordinanza <i>Termoraggi</i>	139
4. (Segue) Le sentenze <i>Mödling</i> e <i>ANAV</i> : rilevanza di eventi successivi all'affidamento.....	142
4.1. La sentenza <i>Mödling</i>	143
4.2. La sentenza <i>ANAV</i>	144
4.3. Elemento comune: rilevanza dei fatti successivi all'affidamento	146
5. La sentenza <i>Carbotermo</i> : insufficienza della prospettiva societaria e significato del requisito funzionale.....	147
5.1. Fatti di causa e decisione della Corte.....	147
5.2. Il requisito funzionale nella sentenza <i>Carbotermo</i>	150
6. La sentenza <i>TRAGSA</i> : controllo analogo e poteri ultrasocietari.....	153
6.1. Fatti di causa e decisione della Corte di Giustizia.....	153
6.2. «Controllo analogo» e poteri ultrasocietari	159

Capitolo 5

La seconda fase della giurisprudenza in materia di in house providing

1. Introduzione.....	163
----------------------	-----

Sezione I - Mutamento dell'orientamento giurisprudenziale

2. La sentenza <i>TRAGSA</i> : questioni irrisolte ed elementi di discontinuità.....	166
3. La sentenza <i>ASI</i> : stabilità dei requisiti e partecipazione pubblica totalitaria.....	172
3.1. I fatti di causa e la decisione della Corte di Giustizia CE.....	172
3.2. Il requisito strutturale.....	176
3.3. Momento valutativo e stabilità del requisito strutturale.....	183
4. La sentenza <i>Correos</i>	188
4.1. La nozione di «accordo» nella sentenza <i>Correos</i>	189
4.2. Il problema del requisito funzionale e sussistenza di un diritto esclusivo ex art. 86, §2, TCE (ora 106, §2, TFUE).....	193
4.3. Conclusioni sulla sentenza <i>Correos</i>	195

Sezione II - In "condominium" providing

5. Impostazione del problema.....	196
-----------------------------------	-----

6. <i>In condominium providing</i> nelle direttive comunitarie e nella precedente giurisprudenza <i>Teckal</i>	199
7. La sentenza <i>Coditel Brabant</i>	205
7.1. Fatti di causa e decisione di rinvio.....	205
7.2. La decisione della Corte di Giustizia CE.....	208
8. La sentenza <i>SeTCo</i>	211
8.1. Lo statuto della <i>SeTCo</i> S.p.A. e la decisione della CGCE.....	211
8.2. Il « <i>controllo analogo</i> » plurisoggettivo nella sentenza <i>SeTCo</i>	214
8.3. “Vocazione commerciale” ed elemento funzionale nella sentenza <i>SeTCo</i>	218
9. Conclusioni.....	221

Capitolo 6

Caratteri minimi persistenti dei requisiti della relazione di *in house providing*

1. Introduzione.....	223
2. Il « <i>controllo</i> ».....	224
3. I « <i>propri servizi</i> »	227
4. « <i>Controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi</i> ».....	228
4.1. Relazione di analogia.....	228
4.2. Oggetto del « <i>controllo analogo</i> ».....	230
4.3. Contenuto del « <i>controllo analogo</i> ».....	231
5. « <i>Controllo analogo</i> » e delegazione interorganica.....	235
6. « <i>Controllo analogo</i> » e partecipazione pubblica totalitaria.....	238
6.1. Necessità della partecipazione pubblica totalitaria.....	238
6.2. Stabilità della partecipazione pubblica totalitaria.....	240
7. La destinazione della parte più importante dell'attività del <i>provider</i> all'Amministrazione aggiudicatrice.....	243
8. Contenuto e ruolo del requisito funzionale.....	245
8.1. « <i>Attività non prevalente</i> ».....	245
8.2. Pressione competitiva.....	247
8.3. Clausola di non compromissione dello sviluppo del mercato.....	248
9. Conclusioni.....	249

Capitolo 7

L'in house provider come non-impresa

1. Introduzione.....	251
2. Gli strumenti di esercizio del « <i>controllo analogo</i> »: proposta di una tassonomia.....	252
3. « <i>Controllo analogo</i> » e modello delle società di capitali	254
3.1. Società per azioni, partecipazione pubblica totalitaria e <i>stakeholders</i>	254
3.2. Società a responsabilità limitata e relazione <i>in house</i> in Italia.....	264
3.3. « <i>Controllo analogo</i> » e poteri del socio di società di capitali.....	269
4. Ipotesi di « <i>controllo analogo</i> » su base contrattuale e problemi generali del controllo di tipo economico.....	272
5. « <i>Non-commercialità</i> » dell' <i>in house provider</i> ed espressione di interessi di natura pubblica	274
6. Conclusioni: l' <i>in house provider</i> come non-impresa.....	277

Capitolo 8

In house providing e diritto della concorrenza

1. La prima fase della giurisprudenza Teckal: i caratteri della fattispecie.....	281
2. Il riferimento alla « <i>tutela della concorrenza</i> »: integrazione del sistema delle direttive comunitarie in materia di contratti pubblici.....	284
2.1. Fattispecie <i>Teckal</i> e artt. 101-102 TFUE: « <i>Amministrazione aggiudicatrice</i> », « <i>operatore economico</i> ».....	286
2.2. Amministrazione aggiudicatrice e art. 106, §1, TFUE.....	293
3. Ricostruzione del sistema di aggiudicazione dei contratti pubblici <i>sub art. 106, §1, TFUE</i>	298
4. La seconda fase della giurisprudenza <i>Teckal</i>	300
4.1. Il requisito strutturale: proposta ricostruttiva.....	301
4.2. Il problema dell'elemento funzionale della fattispecie <i>Teckal</i>	302
5. Il significato della divergenza: a) la Corte di Giustizia opta per un nuovo sistema.....	304
6. Segue: b) la Corte di Giustizia prende atto dell'evoluzione del sistema.....	307
7. Conclusioni ancora aperte.....	309
Bibliografia	311

Capitolo 1

La fattispecie dell'autoproduzione

SOMMARIO: 1. *Introduzione* – **SEZIONE I: CARATTERI ORIGINARI DELLA FATTISPECIE DELL'AUTOPRODUZIONE NEI SISTEMI AMMINISTRATIVI BRITANNICO, FRANCESE ED ITALIANO** – 2. *L'«in house providing» nel sistema britannico* – 3. *Autoproduzione, «services publics» e «groupements de commande» in Francia* – 4. *Libertà dello Stato-apparato ed autoproduzione in Italia* – 4.1. *Principi di organizzazione della Pubblica Amministrazione: imparzialità e buon andamento* - 4.2. *Sistema dei contratti pubblici e dell'iniziativa economica pubblica* – 4.3. *La c.d. «gestione in economia» e le aziende speciali* - **SEZIONE II: AUTOPRODUZIONE E «NEW PUBLIC MANAGEMENT»** - 5. *Il «new public management»* - 6. *«New public management» e sistemi britannico, italiano e francese* – 7. *«New public management», obbligo di procedura di gara e fenomeno dell'autoproduzione* – 8. *Conclusioni e piano dell'opera*

1. Introduzione

L'*in house providing* è una modalità di auto-produzione nella quale un Ente pubblico si avvale di un organismo formalmente separato ma sostanzialmente interno alla propria struttura per l'esecuzione di una prestazione, invece di affidarla a propri uffici o di concludere un contratto con soggetti terzi.

L'istituzione di un organismo competente a produrre beni o servizi per la Pubblica Amministrazione di cui è parte è atto multidimensionale. Esso può essere considerato quale attività della P.A. di auto-organizzazione - intesa quale potere di istituire, coordi-

nare e sopprimere uffici -, o di produzione o di acquisto di beni e servizi; essa riflette le tradizioni politiche, sociali, economiche e giuridiche del singolo ordinamento.

Il fenomeno dell'auto-produzione diviene problematico durante l'ondata di riforma della Pubblica Amministrazione che investe la maggior parte degli Stati occidentali dall'inizio degli Anni Ottanta. Necessità di bilancio e di snellimento di apparati e procedure amministrative suggeriscono l'esternalizzazione di alcuni uffici e attività; istanze politiche impongono che gli organismi decentralizzati siano comunque diretti e controllati dalla struttura di provenienza, come se ne facessero parte, e che svolgano effettivamente e senza impedimento i compiti per cui sono stati creati e gli incarichi che vengono loro di conseguenza affidati. A queste esigenze fanno da contrappeso i principi che regolano l'attività contrattuale pubblica, in particolar modo l'obbligo di predisporre procedure di gara trasparenti per la selezione del contraente della P.A., e il divieto (comunitario) di discriminare le imprese in ragione della loro proprietà

Questo capitolo propone una sintetica panoramica della fattispecie dell'autoproduzione di beni e servizi da parte della P.A. nei sistemi interni britannico, francese e italiano nelle loro radici (Sezione I) e a seguito della diffusione delle idee del c.d. «*new public management*» per la riforma dell'apparato amministrativo (Sezione II). Da questo sostrato emerge la fattispecie che, esaminata alla luce del diritto comunitario degli appalti, permette l'elaborazione della definizione comunitaria di «*in house providing*» nel noto procedimento *Teckal* della Corte di Giustizia CE¹.

(1) CGCE, sentenza 18.11.1999, causa C-107/98, *Teckal s.r.l./AGAC + Comune di Viano*, §§50-51; il termine «*in house providing*» viene usato espressamente dall'Avv. Generale G. COSMAS, Conclusioni nel procedimento CGCE, causa C-107/98, *Teckal s.r.l./AGAC + Comune di Viano*, rassegnate il 01.07.1999.

Sezione I

Caratteri originari della fattispecie dell'autoproduzione nei sistemi amministrativi britannico, francese ed italiano

2. L'«in house providing» nel sistema britannico

Nel Regno Unito l'impostazione diceyana riconduce alla sovranità del Parlamento il potere esecutivo: esso è delegato ai Ministri² o ad altre organizzazioni pubbliche (in particolare: gli Enti locali) e da questi lungo la piramide gerarchica di cui sono l'apice, nei limiti individuati dalla legge (c.d. «*rule of law*»)³ e salva in ogni caso la possibilità di avocazione da parte del delegante⁴. Questa lettura monadica dell'apparato amministrativo inglese sembra scontrarsi con la realtà della struttura, che a partire dagli Anni Settanta vede moltiplicare centri di potere e responsabilità, eccentrici⁵ ed a volte in op-

(2) H. W. CLARKE, *Constitutional and administrative law*, Sweet & Maxwell, London, 1971, p. 139; S. A. DE SMITH, *Constitutional and administrative law*, Penguin, 2nd ed., Harmondsworth 1973, p. 563; H. R. WADE, *Administrative law*, 5th ed., Clarendon Press, Oxford 1982, pp. 21-22 e 38 e ss. La P.A. sarebbe, secondo questa impostazione, un «*delegated legislator*».

(3) CLARKE, *ibidem*; DE SMITH, *ibidem*; WADE, *ibidem*. La delega è sempre ammessa per funzioni «*merely administrative*»: v. le decisioni *Bridge/R.*, 1953, DLR 305; *Hookings/Director of Civil Aviation*, in *New Zealand Law Review*, 1957, p. 929; v. anche WADE, *op. cit.*, p. 324. Va sottolineato come la delega può essere generale, come nel Local Government Act, 1972, entrato in vigore il 01.04.1974: le sec. 101-102 dispongono che l'Ente locale possa creare *committees* «*as they fit*»; le sec. 111-112 chiariscono che, per l'espletamento delle proprie funzioni, possono creare anche uffici dediti all'acquisto o alla produzione di beni o servizi.

(4) Sui limiti dell'avocazione, v. J. A. G. GRIFFITH, *A Council's powers*, in *Modern Law Review*, 1951, pp. 509 e s., commento critico a *Manton v. Brighton Co.*, 1951, per la quale il potere di istituire e revocare un comitato comprende anche quello di revocare i suoi componenti prima della scadenza.

(5) P. CRAIG, *Administrative law*, 2nd ed., Sweet&Maxwell, London 1989, pp.15 e ss. per J. F. GARNER, *Administrative law*, Butterworths, London 1974, pp. 2 e ss., la P.A. è «*the governmental machine by which policy is implemented*»: la funzione di «*delegated legislator*» e la collegata produzione di norme secondarie non ne sono che un aspetto marginale.

posizione⁶ alla potestà ministeriale.

Al principio della «*Parliament sovereignty*» è riconducibile anche l'istituzione di imprese pubbliche: è necessario un atto parlamentare di costituzione⁷ o di delega (anche implicita) alla costituzione⁸. L'attività imprenditoriale pubblica non viene nelle strette maglie della *rule of law* perché l'impresa pubblica non è «*servant*» o «*agent*» della Corona o dell'Ente che la costituisce, se non espressamente riconosciuta tale nell'atto istitutivo⁹: ad essa non si applicano le immunità (in special modo fiscali e di giurisdizione) e i limiti che circondano le attività della Corona; è assoggettata invece alle stesse regole dell'impresa privata¹⁰. Le «*public corporation*» sono però sottoposte a direzione e vigilanza del competente Ministro, e per esso all'influenza del Parlamento¹¹.

(6) Questa l'origine e la funzione dei «*quango*» («*quasi-autonomous non-governmental organisations*») e delle organizzazioni del para-Stato («*fringe organisations*») per CRAIG, *Administrative law*, cit., pp.72 e ss.

(7) W. FRIEDMANN, *The State and the rule of law in a mixed economy*, Steven & Sons, London 1971; W. A. ROBSON, *The public corporation in Britain today*, in *Harvard Law review*, 1950, pp. 1321-1324, non trae conclusioni generali ma descrive i principali atti parlamentari di costituzione delle «*public corporation*».

(8) V. ex multis Court of Appeal, *R. v. Yorkshire Purchasing Organization, ex parte British Educational Suppliers*, 1997, (L. J. Brown), che riforma in parte Civ. Div., Queen's Bench Div., *R. v. Yorkshire Purchasing Organization, ex parte British Educational Suppliers*, 1996, (L. J. Owen); Smethwick; Fulham.

(9) Il criterio è formale: non rileva la natura o lo scopo dell'attività esercitata; Court of Appeal, *Tamlin v. Hannaford*, 1949, (L. J. Denning) richiede l'espressa qualifica parlamentare di «*servant*» o «*agent*» (v. nota critica di J. A. G. GRIFFITH, *Public Corporations as civil servants*, in *Modern Law Review*, 1949, pp. 496 e ss.); conformi House of Lords, *Glasgow Corporation v. Central Land Board*, 1956; Chancery Div., *British Broadcasting Co v. Johns (Inspector of Taxes)*, 1963, (L. J. Wilberforce). Queste decisioni e le altre citate nel prosieguo con riferimento al sistema britannico sono reperibili su www.lexisnexis.com. Contra tuttavia cfr. W. FRIEDMANN, *The legal status and organization of public corporations*, in *Law and Contemporary Problems*, 1951, pp. 579-581 e 587 e ss., che distingue tre tipi di «*public corporation*» in base all'oggetto principale dell'attività: «*commercial corporation*», «*social services corporation*» e «*supervisory corporation*»; le ultime due sarebbero elementi a pieno titolo dell'apparato amministrativo.

(10) V. *Tamlin v. Hannaford*, cit.; *British Broadcasting Co v. Johns*, cit., chiarisce che, se la Corona avesse voluto attribuire natura di «*agent*» alla BBC avrebbe potuto introdurre una norma *ad hoc*, in assenza della quale l'impresa è assoggettata alle stesse regole (fiscali) delle imprese private. A contrario, v. Court of Appeal, Civ. Div., *Mellenger + 1 v. New Brunswick Development Co.*, 1971, (L. J. Denning), che riconosce la qualità di «*agent*» ad un ente espressamente incaricato per la Corona di promuovere lo sviluppo di un'area canadese. In dottrina, ROBSON, *op. cit.*, pp. 1338-1339; V. G. SETSER, *The immunities of the State and Government economic activities*, in *Law and contemporary Problems*, 1959, pp. 291 e ss.

(11) ROBSON, *op. cit.*, pp. 1325-1329; C. WINTER, *Parliamentary, Ministerial, Judicial Control of Nationalized Industries in Great Britain*, in *Law and Contemporary Problems*, 1951, pp. 670 e ss. È oggetto

Il delegato gode di ampia discrezionalità nell'esercizio del potere attribuitogli¹²: i suoi atti e attività possono essere annullati solo se «*ultra vires*», cioè se difetta una relazione di connessione tra essi e i poteri espressamente attribuiti all'Ente dalla legge¹³, senza sindacato nel merito¹⁴. In questo spazio il delegato scioglie il nodo del *make-or-buy*, decidendo come provvedere all'approvvigionamento di beni o servizi: da sé, eventualmente con l'istituzione di una struttura apposita (c.d. «*in house providing*»), o stipulando contratti con soggetti esterni alla P.A. (c.d. «*contracting out*»), e in quest'ultimo caso decidendo ulteriormente se stipulare direttamente o attuare una procedura di gara per la selezione della controparte contrattuale.

A questo proposito Chadwick, elaborando la distinzione tra concorrenza nel mercato e concorrenza per il mercato, mise in luce nel 1859 i vantaggi che la collettività avrebbe tratto dall'istituzione di meccanismi di gara, emulativi di quelli di mercato, per

di discussione, nella dottrina più risalente, quali siano portata ed oggetto di tali controlli; ad esempio, se l'organo amministrativo delle «*public corporation*» possa validamente compiere atti non strettamente necessari al perseguimento dell'oggetto sociale; la risposta dipende dalla visione delle imprese pubbliche quali P.A. vestite di panni privati, o quali attività imprenditoriale da parte di un soggetto pubblico: v. nel primo senso W. FRIEDMANN, *The new public corporations and the law (continued)*, in *Modern Law review*, 1947, spec. p. 385; nel secondo senso ROBSON, *op. ult. cit.*

(12) CRAIG, *Administrative law*, cit., pp. 317-319; l'atto di organizzazione *ex se* è però un argomento marginale nella letteratura inglese precedente il movimento del c.d. «*new public management*»: P. JACKSON, *O. Hood Phillips' Leading cases in Constitutional and Administrative Law*, 6th ed., Sweet&Maxwell, London 1988, non riporta neanche un caso in materia di attività organizzativa della P.A.

(13) High Court, *Attorney General v. Manchester Corporation*, 1906 (LJ Frawell J.), individua il contenuto della «*connessione*» («*[activity] conducive or incidental to the discharge of functions*»), ai sensi della Sec. 111 del Local Authorities Act del 1972) in ogni attività che possa essere svolta senza predisposizione di autonoma organizzazione di mezzi; più recentemente, v. High Court, *McCarthy & Stone (Developments) v Richmond upon Thames LBC*, 1992 (LJ Fowry); Court of Appeal, *Morgan Grenfell & Co. Ltd v. Sutton LBC*, 1995; High Court, Queen's Bench Div., *Credit Suisse v. Waltham Forest LBC*, 1997 (LJ Hobhouse); High Court, Queen's Bench Div., *Credit Suisse v. Allerdale LBC*, 1997 (LJ Hobhouse);

(14) V. per tutti Court of Appeal, Civ. Div., *R. v. Greater London Council ex parte The Lord Mayor & Citizens' of the City of Westminster*, 1986, (L. J. O'Connor); House of Lords, *In re Westminster City Council et al.*, 1986. In dottrina, DE SMITH, *Constitutional*, cit., p. 179; v. anche WADE, *op. ult. cit.*, pp. 29-31 sottolinea le critiche che vengono dirette a questo sistema, corrotto dalla struttura partitica del Parlamento inglese che di fatto annulla la responsabilità ministeriale, e riporta la dichiarazione di DIPLOCK, *R. Inland Revenue Commissioner ex parte National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd.*, 1982, A.C. 617: i Ministri rispondono al Parlamento per l'efficacia delle loro scelte politiche, ma sono responsabili di fronte alle Corti per la legalità della loro azione.

l'accesso delle imprese a determinati settori economici di servizio pubblico¹⁵. Egli rimase inascoltato: le procedure di «*competitive tendering*» britanniche («*open*» o «*limited*») nacquero per perseguire il contenimento della spesa pubblica. L'obiettivo emerse durante la Grande Guerra¹⁶ e si impose nel dibattito politico, permettendo il consolidamento di direttive del Ministero del Tesoro contenenti clausole-tipo e indicazioni per l'azione dei singoli dipartimenti¹⁷. Questo fine sarebbe irraggiungibile se i potenziali offerenti si accordassero per non competere, ripartendosi il mercato: la Sec. 6, p. 1, del *Restrictive Trade Practice Act* è invocabile dalla Pubblica Autorità che sia vittima di tali accordi, che dimostri essere la condotta contraria al pubblico interesse¹⁸. I procedimenti soggiacciono inoltre al principio di trasparenza: la Pubblica Amministrazione deve provocare le offerte in base ad un bando che in modo preciso e dettagliato informi le imprese della prestazione richiesta e della controprestazione offerta¹⁹; i partecipanti devono dichiarare se sono parte di un qualche accordo potenzialmente contrario al pubblico interesse²⁰.

In ogni caso, dette procedure non sono imposte, ma consigliate quali *best practices*. L'ordinamento interno britannico non conosce originariamente alcun obbligo di «*contracting out*». Il «*competitive tendering*» è imposto nel 1988 dal *Local Government Act* ai soli Enti locali, e nel 1991 ad ogni *contracting authority*, in sede di attuazio-

(15) E. CHADWICK, *Results of Different Principles of Legislation and Administration in Europe: of Competition for the Field, as Compared with Competition within the Field, of Service*, in *Journal of the Statistical Society of London*, 1859, pp. 381 e ss.

(16) Il *First Report of the National Expenditure Committee*, HC 151 del 1917-1918, §38, con riguardo ai contratti conclusi dal Ministero delle Munizioni, proponeva che il Tesoro fissasse dei criteri per determinare periodicamente i limiti di profitto che i venditori di munizioni avrebbero potuto ottenere contrattando con il Ministero; il principio fu poi esteso a tutte le forniture di guerra dal *Second Report*, HC 167 del 1917-1918, §10; fonte: C. TURPIN, *Government contracts*, Penguin, Harmondsworth 1972, p. 75

(17) TURPIN, *Government contracts* cit., pp. 54 e ss.

(18) High Court, *Re Electrical Installations at the Exeter Hospital Agreement*, 1970; *In re Water-Tube Boilermakers agreement*, 1954. TURPIN, *Government contracts*, cit., pp. 146 e ss.

(19) TURPIN, *Government contracts* cit., pp. 149 e ss.

(20) TURPIN, *Government contracts* cit., pp. 145 e ss.

ne delle Direttive comunitarie²¹. Si tratta però di atti che si collocano nell'ambito del c.d. «*new public management*».

Salve alcune ipotesi in cui la legge impone la creazione di un organismo *ad hoc*²², l'Ente pubblico britannico è libero di istituire unità specializzate formalmente separate per approvvigionarsi di beni o servizi²³. L'istituzione – cui segue l'affidamento – è legittima purché l'oggetto dell'approvvigionamento rientri nelle competenze dell'Autorità istituente o sia direttamente funzionale ad esse²⁴ e il *provider* svolga la sua attività nei confronti del solo Ente che l'ha istituito, senza profittare del proprio vantaggio rispetto a concorrenti privati²⁵. L'esenzione fiscale si applica alle sole attività di «*supplying*», di soddisfacimento di servizi pubblici o di imperio svolti dall'Ente; al «*trading*», volto alla fornitura di materie prime ai servizi e attività commerciali dell'Ente, si applica invece la disciplina fiscale ordinaria²⁶: viene attenuato il rischio che l'attività imprenditoriale pubblica possa avvantaggiarsi rispetto ai concorrenti privati a causa di migliori prezzi sui fattori di produzione.

I servizi prestati per conto dell'Ente a soggetti terzi non rientrano nella fattispecie, perché non concernono attività di approvvigionamento dell'Ente, ma di offerta di servizi

(21) La Gran Bretagna aderì alla CEE con Trattato del 1972, in G.U.C.E. 27.03.1972, L 73, ratificato con il *European Communities Act* del 17.10.1972. La Direttiva 1971/305/CEE, *che coordina le procedure di aggiudicazione di appalti di lavori pubblici*, come emendata dalla Direttiva 1989/440/CEE, venne attuata solo con i *Public Works Contracts Regulations*, act n° 2680-1991. La Direttiva 1977/62/CEE, di coordinamento delle procedure per la fornitura di beni pubblici, viene attuata con i *Public Supply Contracts Regulations*, act. N° 2679-1991, direttamente nella versione emendata dalle Dir. 80/767/CEE e 88/295/CEE. L'obbligo è imposto dall'art. 31, PWCR 1991; dall'art. 24, PSCR 1991, poi in art. 29, e *Public Supply Contracts Regulations*, act n° 201-1995.

(22) V. il *Local Government Act*, 1972, sec. 101(10); la stessa disposizione permette però di evitare la creazione di un ufficio *ad hoc* tramite l'attribuzione della competenza ad un ufficio già presente.

(23) Court of Appeal, *A. G. v. Smethwick Corp.*, cit.

(24) V. Sec. 111-112 *Local Government Act*, 1972; il principio sembra applicabile a tutti gli Enti le cui competenze siano determinate per statuto.

(25) High Court, Second Div., *Graham v. Glasgow Corp.*, 1935.

(26) High Court, First Div., *Glasgow Corp. v. Inland Revenue*, 1959; la decisione è tanto più importante, quanto più si consideri che il *provider* la cui attività è in questione è lo stesso di *Graham v. Glasgow Corp.*, cit.

(pubblici) a soggetti terzi²⁷.

3. Autoproduzione, «*services publics*» e «*groupements de commande*» in Francia

L'ordinamento amministrativo francese si fonda sulla categoria del «*service public*», elaborata dalla dottrina dell'inizio del XX secolo sulla scorta della giurisprudenza dal *Tribunal des Conflits* in tema di riparto di giurisdizione²⁸.

«*Service public*» è ogni attività pubblica finalizzata alla soddisfazione (efficace²⁹) di un bisogno di interesse generale non adeguatamente soddisfatto dall'iniziativa privata. La nozione è legata ad una visione rousseauiana ma liberale dello Stato, ricostruito come «*confédération de services publics*»³⁰: il perseguimento di interessi generali ne è obiettivo principale³¹, ne giustifica la soggettività e ne disegna la struttura. Come corollario nel 1930 la sentenza *Chambre syndicale de Nevers* del *Conseil d'Etat* pose il

(27) V. Fulham, cit.

(28) Tradizionalmente gli interpreti ravvisano l'archetipo della dottrina del «*service public*» in *Tribunal des Conflits*, sentenza 08.02.1873, *Blanco*, in *Dalloz*, 1873, 3.1, in cui il *Tribunal des Conflits* ha individuato nel giudice amministrativo la competenza a decidere dei danni che le figlie dei Sigg.ri Blanco aveva subito in treno, essendo l'attività ferroviaria un *service public* che, come tale, pertiene all'esclusiva conoscenza del giudice amministrativo; per una critica v. J. DE SOTO, *Grands services publics et entreprises nationales*, Montchrestien, Paris 1971, pp. 5 e ss. Successivamente il *Tribunal des Conflits*, sentenza 29.02.1908, n. 624, *Feutry/Dép. Oise*, in *Rev. Dr. Publ.*, 1908, p. 206, con nota di JÈZE, e in *Rec. Sirey*, 1908, 3, p. 97, con nota di M. HAURIU, ha escluso la giurisdizione del giudice ordinario per i danni causati da un degente di una struttura psichiatrica – il Sig. Baudry, che aveva incendiato un palazzo –, chiarendo essere responsabile la struttura pubblica titolare del servizio di interesse generale di gestione della clinica psichiatrica che l'aveva lasciato fuggire, per omissione di sorveglianza. già prima della «riscoperta» dell'*arrêt Blanco* v. G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, M. Giard & E. Brière, Paris 1914, che apre l'opera dichiarando: «*le droit public et administratif est l'ensemble des règles relatives aux services publics*»; alle pp. 247 e ss. individua nella *voluntas legis* l'unico criterio per l'istituzione e l'identificazione di un *service public*.

(29) Il requisito deve essere valutato nella prospettiva degli utenti del servizio: *Conseil d'Etat*, sentenza 10.01.1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-les-Rouen*;

(30) V. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Tomo 2, 3° ed., Boccard, Bordeaux 1928.

(31) DE SOTO, *Grands services publics*, cit., pp. 14-15.

principio di astensione o di «*non-concurrence*» tra settore pubblico e settore privato³²: qualsiasi iniziativa economica pubblica è giustificata solo dall'insufficienza della privata, valutata esclusivamente dal giudice amministrativo. L'eventuale violazione è in contrasto con la libertà di commercio ed industria e sanzionata con la nullità per eccesso di potere della decisione amministrativa³³. La nozione di «*service public*» disegna i confini del diritto amministrativo³⁴.

(32) Conseil d'Etat, sentenza 30.05.1930, n° 6781, *Congrégation des épiciers/Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers*: si trattava di un servizio di vendita ristorazione pubblica a pagamento, gestito tramite *régie* in forma di impresa; successivamente v. Tribunal de commerce di Nizza, sentenza 28.05.1954, in Rec. Dalloz, 1955, J, p. 297, con nota di L'HUILLER; Conseil d'Etat, sentenza 17.02.1956, *Siméon*, in *Act. Jur.*, 1956, II, p. 89, su cui v. anche A. DE LABAUDÈRE, *Organisation administrative et professionnelle du commerce*, in *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 1956, p. 435; Conseil d'Etat, sentenza 04.10.1957, *Ville de Charleville*, in *Gaz. Pal.*, 1957, 2, p. 393; Conseil d'Etat, sentenza 12.06.1959, *Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie/Ville d'Oran*, in *Rev. Prat. Dr. Adm.*, 1959, aout-sept., p. 119. Per alcune specificazioni normative, v. la Loi n° 1946-628, in J.O.R.F. 09.04.1946, sulla nazionalizzazione dei settori del gas e dell'elettricità, proibiva all'impresa nazionalizzata di svolgere attività concorrenza con i privati nella vendita di elettrodomestici; il principio fu rafforzato dalla loi n° 1949-1090, del 02.08.1949, in J.O.R.F. 06.08.1949, che richiedeva però dei decreti di attuazione; in assenza di detti decreti il *Tribunal de commerce* di Nizza, sent. 28.05.1954, cit., giudica comunque illecita la vendita al dettaglio di elettrodomestici in una zona in cui l'offerta privata è sufficiente a soddisfare la domanda. V. anche il Décret 17.04.1943, con riguardo all'apertura di cliniche.

(33) V. Conseil d'Etat, sentenza 14.05.1954, *Syndicat des maisons de santé du Languedoc-Roussillon*, in D., 1955, J.222 con nota di TIXIER. Sulla stessa sentenza v. anche A. DE LABAUDÈRE, *Organisation administrative et professionnelle du commerce*, in *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 1955, pp. 329-330. Contro la decisione di un organo inferiore in violazione del principio, peraltro, non era neanche ammesso il ricorso gerarchico in assenza di specifica previsione normativa: Conseil d'Etat, sentenza 09.01.1959, *Chambre syndicale nationale des entreprises industrielles de boulangerie*, in *Act. Jur.*, 1959, sept., p. 251.

(34) Si considerino due fattispecie, peraltro in netta contrapposizione con il sistema inglese, concentrata sulla qualità formale di «*servant* o «*agent*» della Corona.

Da un lato la figura dei privati gestori di pubblici servizi: sono individuati dall'esistenza di un'autorizzazione amministrativa allo svolgimento di una certa attività, accompagnata da diritti e obblighi di gestione. Il riconoscimento della qualità permette l'immediato intervento sostitutivo dello Stato in caso di discontinuità del servizio (Conseil d'Etat, *Société Radio-Atlantique*, cit.) ed il potere della P.A. di adattare ai bisogni pubblici le condizioni di offerta del servizio (Conseil d'Etat, *Compagnie Carcassonnaise*, cit.). V. anche CHENOT, *Rapport*, in *Rev. Dr. Publ.*, 1948, 244-259. In aperta polemica v. G. LIET-VEAUX, *Organisation administrative et professionnelle du commerce*, in *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 1948, p. 646.

Dall'altro quella delle «*sociétés d'économie mixte (locales)*»: società a capitale misto pubblico-privato, secondo alcuni Autori esse rientrano nella categoria degli Enti pubblici economici se il socio pubblico vi partecipa attivamente imponendo il perseguimento di interessi generali; v. C. DUCOULOUX, *Les sociétés d'économie mixte en France et en Italie*, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Parigi, 1963; G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Parigi, 1959, Vol. I, p. 699; *contra*, J.-D. BREDIN, *L'entreprise semi-publique et publique et le droit privé*, LGDJ, Parigi 1957, p. 140. Più di recente v. E. GUILLET, *Sociétés d'économie mixte – Sociétés d'économie mixte en général et sociétés d'économie mixte d'Etat*, in *LexisNexis – Jurisclasseur*, Fasc. 579, 2002, § 30, è necessaria la «*affectio societatis* [...] *c'est-à-dire l'intention de participer activement à la vie de la société*», al-

Questa impostazione entra in crisi per due fattori.

La definitiva opzione per un'economia di tipo misto, in cui i soggetti pubblici partecipano alla produzione e agli scambi anche senza perseguire fini di interesse generale³⁵, rende la nozione opaca³⁶. Nel 1970 la sentenza *Société Unipain* del Consiglio di Stato riconosce il passaggio: la libertà di commercio e di industria non vieta alla P.A. di approvvigionarsi presso altri Enti pubblici, invece che ricorrere agli operatori privati presenti nel settore³⁷. Preoccupazioni riguardanti la posizione di privilegio dell'impresa pubblica rispetto alle concorrenti private - pur non assenti dal dibattito giurisprudenziale³⁸ - ricevono attenzione legislativa quando l'art. 53 dell'*Ordonnance* 1986-1243, che introduce le fattispecie previste negli artt. 85 e ss. TCEE (vecchio testo) nel *Code de Commerce*, chiarisce che le stesse disposizioni si applicano alle attività di produzione di beni e servizi svolte dagli Enti pubblici³⁹. Infine nel 2000, con il parere *Société Jean-*

trimenti si tratterebbe solo di un sovvenzionamento.

(35) Cfr. *ex multis* l'«*exposé des motifs*» del Décret 20.05.1955, n° 55-579, *relatif aux interventions des collectivités locales dans le domaine économique*, in J.O.R.F. 21.05.1955, pp. 5078-5079: la predisposizione di una nuova disciplina per le «*régies*» municipali (imprese-organo comunali, cui viene riconosciuta nel decreto personalità giuridica) e le «*sociétés d'économie mixte locales*» (SEML) rispecchia l'evoluzione economica - che richiede la maggiore presenza dei soggetti pubblici. Peraltro la stessa esistenza delle società a capitale misto è in insanabile contraddizione con il principio di «*non-concurrence*»: la partecipazione ad una società con imprese private presuppone l'esistenza, e non la carenza di iniziativa economica privata.

(36) Per Conseil d'Etat, 20.10.1950, *Stein*, è «*service public*» la mera «*fabrication de produits nécessaires aux besoins du pays*». V. anche WALINE, *Traité élémentaire*, 1951, pp. 311-314; J. RIVERO, *Le régime des Entreprises nationalisées et l'évolution du Droit administratif*, in P. ROUBIER, R. MASPETIOL (diretto da), *La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique*, Sirey, Parigi 1952, spec. pp. 154 e ss.

(37) Conseil d'Etat, sentenza del 29.04.1970, *Société Unipain*, pubbl. nel Rec. Lebon con il n. 77935: il Consiglio rigettò il ricorso della società *Unipain* di Lille contro la sentenza del *Tribunal Administratif* di Besançon che dichiarava la legittimità della decisione dell'amministrazione carceraria di rifornirsi di pane presso i forni militari, che avevano da poco aumentato la propria produzione. Va rilevato che nel suo *Rapport public* del 2002, *Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence*, pp. 309 e ss., il Conseil d'Etat accosta la sentenza *Unipain* a CGCE, sent. *Teckal*, cit., chiarendo come esse rispondano allo stesso principio di tutela della potestà auto-organizzativa della Pubblica Amministrazione.

(38) V. il contributo di F. BURDEAU, *Interventionnisme et droit commun: esquisse d'une histoire*, in *Rapport Public 2002 – Collectivités publiques et concurrence*, La documentation française, Paris 2002, pp. 391 e ss.

(39) *Ordonnance* 01.12.1986, n°1986-1243, in J.O.R.F. 09.12.1986, p. 14773 e ss., *relative à la liberté des prix et de la concurrence*.

Louis Bernard Consultants, il Conseil elabora il c.d. principio di «*égale concurrence*»: l'azione pubblica in concorrenza con operatori privati è legittima solo se svolta in condizioni di parità e di non discriminazione⁴⁰.

La verticalizzazione del potere politico nella Costituzione del 1958 comporta invece il *revirement* della dottrina della «*puissance publique*»⁴¹. Il potere attribuito all'esecutivo di (ri)organizzare autonomamente la struttura amministrativa viene tuttavia politicamente giustificato ricorrendo alla nozione di «*service public*»⁴²: essa conserva valore culturale, organizzativo e definitorio⁴³ e permette di ricostruire intellettualmente il sistema francese secondo tre direttrici: obiettivamente e teleologicamente, nella prospettiva delle finalità cui esso tende; come “Stato minimo”, che interviene solo ove strettamente necessario; come apparato di agenzie, ognuna con un compito di servizio pubblico determinato da svolgere in regime di monopolio.

(40) Conseil d'Etat, avis dell'8.11.2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*.

(41) V. R. CHAPUS, *Le service publique e la puissance publique*, in *Rev. Dr. Publ.*, 1968, pp. 239 e ss., pur chiarendo che la nozione di servizio pubblico è coesistente alla definizione stessa del diritto amministrativo, adotta una nozione volontaristica tipica degli albori dell'*Ecole*, per la quale è servizio pubblico l'attività svolta da un Ente pubblico per perseguire interessi generali; VEDEL, *Droit administratif*, cit., analizza il diritto amministrativo *sub specie auctoritatis* e dedica al «*service public*» quale principio organizzativo solo alcune pagine iniziali, essenzialmente per criticarlo e sottolinearne il declino (pp. 85-97), e ai «*services publics*», cioè agli organi che esercitano le attività qualificate servizio pubblico, solo l'ultima parte della sua trattazione (da p. 810). Cfr anche A. DE LAUBADÈRE, Y. GAUDEMET, J.-C. VENEZIA, *Traité de droit administratif*, Tomo 1 – *Droit administratif général*, 15^{ème} éd., LGDJ Paris 1999, pp. 46 e ss.

(42) V. ad es. l'«*exposé des motifs*» del Décret n° 55-579, cit., p. 5078, ult. par.: il contenuto del decreto è giustificato con un laconico richiamo alla giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di accenza di iniziativa economica privata. In dottrina, v. ad esempio G. VEDEL, *Droit administratif*, 2^{ème} éd., P.U.F., Paris 1973, pp. 29 e ss.

(43) A. DE LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA, *Traité de Droit Administratif*, Tomo 3 - *Les grands services publics administratifs*, 6^{ème} éd., LGDJ, Paris 1997, p. 479, chiariscono a conclusione dell'opera che «*droit administratif général et droit des grands services publics ne font qu'un. Ils sont le droit administratif*» (enfasi nel testo). In giurisprudenza, v. ad es. *Tribunal des Conflits*, sentenza 18.06.2001, n° 3241, *Syndicat forestier de Barr et al.*, al sito www.legifrance.gouv.fr, che chiarisce che lo sfruttamento commerciale di un'area boschiva pubblica da parte del Comune non soddisfacendo alcun bisogno di interesse generale non rientra nella nozione di «*service public*» e, quindi, esula dal diritto amministrativo. In dottrina, v. in periodo più risalente A. DE LAUBADÈRE, *Manuel de droit administratif*, 10^{ème} éd., LGDJ, Paris 1976, p. 28; J.-M. DE FORGES, *Les institutions administratives françaises*, PUF, Paris 1985, pp. 25 e ss.; DE LAUBADÈRE, GAUDEMET, VENEZIA, *Traité*, Tomo 1, cit., p. 48, notano che le due ricostruzioni della dottrina della *puissance publique* e del *service public* non entrano in conflitto perché l'una avente ad oggetto la materialità statica, l'altra le finalità e la dinamica del diritto amministrativo.

Con le categorie del «*détournement*» o dell'«*excès de pouvoir*» il giudice amministrativo francese valuta nella prospettiva dell'uso non conforme (alle finalità) del potere la creazione o soppressione di un ufficio ministeriale⁴⁴, la creazione di organi intercomunali per la gestione di beni comuni a più enti⁴⁵, la creazione di un «*établissement public*»⁴⁶ o la sua riorganizzazione anche tramite smembramento in più enti⁴⁷; la soppressione di quest'ultimo, però, viene valutata più restrittivamente nell'ottica dell'errore manifesto di valutazione⁴⁸.

L'istituzione di una struttura dedita all'approvvigionamento di beni o servizi da parte di un Ente pubblico – come già notato – rientra nel *genus* dell'istituzione di imprese pubbliche. Pur riconosciuto a livello legislativo⁴⁹, il fenomeno dell'autoproduzione *stricto sensu* e dell'autoproduzione decentrata è però tendenzialmente assente dal dibattito giurisprudenziale. Le ragioni sembrano essere tre:

1. gli Enti pubblici vantano culturalmente e giuridicamente ampia discrezionalità quanto agli strumenti per perseguire e curare l'interesse generale che ne giustifica l'esistenza. Il potere loro attribuito è valutato in senso teleologico. Salve ipo-

(44) V. Conseil d'Etat, sentenza 03.12.1976, n° 95769, *Jacquinot et al./Ministère de la Justice*, in *Rec. Lebon*,; valuta la legittimità della soppressione di alcuni uffici notarili; Conseil d'Etat, sentenza 10.02.1984, n° 12794, *Martin-Chagnon/M. Justice*, cit. in *Rec. Lebon* e disponibile al sito www.legifrance.gouv.fr, considera legittima la decisione di non creare un nuovo ufficio in presenza di altro ufficio con competenze simili.

(45) Conseil d'Etat, sentenza 13.06.1969, n° 76261, *Commune de Clefcy Vosges/Sous-Prefet de Saint-Die*, in *Rec. Lebon*, in *AJDA*, 1969, p. 248, e al sito www.legifrance.gouv.fr, sottopone alla propria giurisdizione la decisione del sottoprefetto di istituire una Commissione per la gestione di beni comuni a più Enti locali e di nominarne i membri, e ne chiarisce la legittimità per la funzione di tutela del sottoprefetto;

(46) Si ricorda che l'art. 34 della Costituzione del 1958 attribuisce alla sola legge parlamentare il potere di creare *nuovi E.P. o nuove categorie* di E.P.: l'esecutivo pertanto può autonomamente solo creare E.P. che rientrino in una categoria prestabilita dal Parlamento, ed ogni relativo atto è sottoposto al vaglio preventivo del *Conseil constitutionnel*.

(47) V. Conseil d'Etat, sentenza 14.11.1975, *SNES-FEN*, in *Rec. Lebon*, 1975, p. 571

(48) V. Conseil d'Etat, sentenza 05.07.1989, *Saulot*, in *Rec. Lebon*, 1989, p. 159. V. anche DE LAUBADÈRE, GAUDEMET, VENEZIA, *Traité – Droit administratif général*, cit., p. 324.

(49) Già l'introduzione al Décret-Loi Poincaré, 28.12.1926, in J.O.R.F. 31.12.1926, spec. p. 13743, riconosce l'esistenza di due tipi di attività imprenditoriali municipali gestite «*en régie*»: servizi offerti al pubblico e servizio di «*approvisionnement*».

tesi manifestamente esterne al perseguimento di interessi generali – che sono solo di scuola, considerata la flessibilità della nozione stessa –, qualunque atto che si collochi in tale finalità è legittimo;

2. la ricostruzione dell'apparato pubblico in termini di «*confédération de services publics*» pone l'accento sull'attività svolta dall'Ente in favore del cittadino: l'attenzione è focalizzata sull'istituzione di strutture che svolgono attività per conto dell'Ente; le modalità di funzionamento – e, quindi, l'eventuale predisposizione di una unità di specializzata di autoproduzione – rilevano eventualmente sul piano della responsabilità dei vertici;
3. i vantaggi che la P.A. trarrebbe dall'autoproduzione, segnatamente il maggiore controllo sulle fasi di produzione e sulla qualità del prodotto, la pronta disponibilità di *output* e il risparmio di spesa, sono assicurati all'Ente pubblico *aliunde*.

Il Code des Marchés Publics del 1964⁵⁰ è strutturato in due parti. La seconda predispone gli strumenti volti ad evitare che il decisore pubblico P.A., nella scelta del contraente, si lasci guidare da criteri che non riflettono il razionale perseguimento degli interessi curati dalla P.A. La prima, invece, organizza il mercato dei contratti pubblici (1) creando un sistema di analisi della domanda pubblica: controllo, verifica e studio dell'efficacia del sistema dei contratti pubblici sono centralizzati⁵¹; viene incoraggiata e facilitata la circolazione delle informazioni su

(50) Décret 17.07.1964, n° 64-729, *Codification des textes réglementaires relatifs aux marchés publics*, in J.O.R.F. 21.07.1964, pp. 6438 e ss. (d'ora in avanti CMP 1964).

(51) L'art. 3, CMP 1964 istituisce una *Commission centrale des marchés publics*, divisa nelle quattro sezioni amministrativa, dei prezzi, economica e tecnica, ognuna composta di soggetti altamente specializzati in materia amministrativa, gestionale e contabile. Oltre ai compiti specifici di sorveglianza e consultazione enumerati in disposizioni individuali, le sezioni a) nell'ambito delle loro indagini, si possono fare assistere dal personale tecnico delle singole amministrazioni interessate (art. 15); b) presentano ai sensi dell'art. 16 pareri, raccomandazioni e proposte ai Ministri interessati, che sono tenuti a

prezzi, qualità del prodotto e capacità del fornitore⁵²; e (2) centralizzando e canalizzando la domanda pubblica: il Service des domaines è incaricato dall'art. 34 di raggruppare gli acquisti di materiale degli Enti pubblici che rientrano nel bilancio generale dello Stato; dello stesso meccanismo possono profittare anche gli Enti del para-stato e locali (art. 34, al. 3); questi ultimi possono altresì creare dei (o aderire a pre-esistenti) «groupements de commandes», che hanno la stessa funzione (artt. 34, al. 4, e 364 e ss.)⁵³.

Il meccanismo giuridico utilizzato permette di evitare l'applicazione della disciplina degli appalti – in particolare l'obbligo di gara –: gli Enti pubblici delegano ognuno un soggetto a gestire il fascio di domande in un'unica procedura (nel caso dell'art. 34, al. 1, CMP, la delega è conferita al Service). All'esito del procedimento, ogni Ente stipula pro quota con l'(unica) impresa⁵⁴. Con l'istituzione dell'Union des Groupements d'Achats Publics (UGAP) l'incarico conferito dall'Ente pubblico all'UGAP è espressamente escluso dall'ambito di applicazione

trasmetterli alle eventuali Autorità competenti e a dare informazioni sul seguito; il *Comité de Coordination* coordina l'attività delle sezioni e relaziona annualmente al Primo Ministro e al Ministro delle Finanze (art. 18). Infine le relazioni della *Commission* devono essere esaminati e inoltrati al Ministro delle Finanze da parte dei Ministri ai cui dicasteri la singola relazione si riferisce entro e non oltre 3 mesi dalla ricezione (art. 20). V. anche *l'Instruction pour l'application des marchés publics*, 29.12.1972, in J.O.R.F. 26.01.1973, pp. 1013-1014.

(52) Ai sensi del *Livre I - Chapitre III – Coordination économique des marchés, Sec. I – Echange d'informations entre services acheteurs*, artt. 27-33, CMP 1964, la rete di informazioni è organizzata e mantenuta dal Ministro delle finanze; le informazioni circolano nelle due direzioni: 1. centro-periferia: l'art. 28 permette anche la redaizione di una lista di fornitori; 2. periferia-centro: l'art. 30 impone agli Enti pubblici la comunicazione degli atti su procedure di aggiudicazione che superino alcune soglie di valore determinate per Decreto del Ministro delle Finanze. Il Décret 02.12.1966, n° 66-888, inoltre, introduce il *Livre IV*, dedicato espressamente alla «*coordination des commandes publiques sur le plan local*», realizzata tramite una rete transidpartimentale di «*commissions de coordination des commandes publiques*».

(53) Possibilità introdotta dal Décret n° 66-888, cit.

(54) Cfr. soprattutto *l'Instruction pour l'application du livre IV du code des marchés publics*, 08.12.1980, in J.O.R.F. 31.12.1980, pp. 11680 e ss.; v. anche le *Instruction* del 1967 e del 1972.

del CMP⁵⁵: non è necessaria alcuna procedura di evidenza pubblica per il conferimento dell'incarico alla Centrale di acquisti, da parte dell'Ente pubblico.

L'esperienza della centralizzazione ha successo non solo a livello nazionale⁵⁶, ma anche transnazionale⁵⁷ ed infine comunitario⁵⁸. L'ottenimento dei vantaggi dell'economia di scala, da un lato, e l'alta competenza tecnica, dall'altro, agevolano l'adozione dello strumento dei «groupements» rispetto all'istituzione di una struttura interna o decentralizzata specializzata per l'approvvigionamento di beni o servizi, la quale a fronte dell'auspicato risparmio di spesa comporta anche dei costi – sommersi – di istituzione e specializzazione e – vivi – di gestione.

La percezione francese della vicinanza funzionale dello schema dei *groupements* all'ipotesi dell'autoproduzione può essere colta nella recezione della sentenza *Teckal*, in cui la Corte di Giustizia ha individuato i caratteri della fattispecie per il diritto comunitario degli appalti pubblici: da un lato, sia il Direttore dell'*Union des Groupements d'Achat Public*⁵⁹, sia il *Conseil d'Etat*, nella sentenza *CAMIF*⁶⁰, hanno avvertito la necessità di indagare l'applicabilità del *decisum* della CGCE alle relazioni tra Autorità pubbliche e UGAP (escludendolo poi perché le due fattispecie sono strutturalmente distanti, pur assolvendo alla stessa funzione); per altro verso, nel procedimento SEDL – in cui

(55) Art. 25, Décret 30.07.1985, n° 85-801, *relatif au statut et au fonctionnement de l'Union des Groupements d'Achats Publics*, in J.O.R.F. 31.07.1985, pp. 8681 e ss.

(56) V. l'Instruction del 1967, cit., p. 2792. Con Circolare del 05.03.1968 il Primo Ministro incoraggia i Ministeri e gli Enti pubblici a rifornirsi presso l'*Union des Groupements d'Achat Public*; l'*Instruction* del 1972 auspica una più stretta collaborazione tra Enti e UGAP e suggerisce di evitare sovrapposizioni tra *groupements* locali e UGAP nella fornitura agli Enti locali.

(57) V. più diffusamente *infra*, Capitolo 3.

(58) V. Direttiva 2004/18/CE, art. 1, §10 e art. 11.

(59) B. BRENET, *Groupement d'achats public et droit communautaire*, in *AJDA*, 20.10.2000, pp. 784 e ss.

(60) Conseil d'Etat, sentenza 27.07.2001, n° 218067, *Coopérative de consommation des adhérents de la Mutuelle Assurance des Instituteurs de France/Premier Ministre*.

era in questione l'affidamento diretto di alcuni lavori di qualificazione urbana alla SEDL, *groupement d'achat* della Loira – la difesa francese ha sollevato la c.d. eccezione *Tekkal*, senza però ottenere conforto dalla CGCE⁶¹.

4. Libertà dello Stato-apparato ed autoproduzione nel sistema italiano

L'ordinamento italiano precedente le riforme degli Anni Novanta è vago sulle finalità dell'Amministrazione pubblica e sulla sua posizione nell'equilibrio tra potere legislativo ed esecutivo, la cui dialettica dovrebbe individuarne gli scopi⁶².

4.1. Principi di organizzazione della Pubblica Amministrazione: «imparzialità» e «buon andamento»

I principi di «*imparzialità*» e «*buon andamento*» contenuti nell'art. 97 della Costituzione sembrano avere un contenuto sfumato⁶³. Essi impongono da un lato doveri che la P.A. deve osservare nello svolgimento della sua attività, dall'altro indicano al Legislatore criteri-guida per l'emanazione delle leggi che organizzano l'apparato ammini-

(61) CGCE, sentenza 18.01.2007, causa C-220/05, *Jean Auroux + Commune de Roanne/Société d'Équipement de la Loire (SEDL)*, spec. §§. 59 e ss.

(62) V. in tal senso S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Bologna 1983, pp. 61-62 e 63 e ss.; M. NIGRO, *Amministrazione pubblica (organizzazione dell')*, in *Enc. Giur., ad vocem*, p. 4; ID., *La pubblica amministrazione tra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1985, pp. 162 e ss., individua tre modelli di amministrazione nella costituzione (autocefale, politicamente orientata ed autonomistica), chiarendo che le tensioni tra di essi sono il risultato delle tensioni presenti nella struttura economico-sociale. Per F. S. SEVERI, *Amministrazione dello Stato*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, UTET 1987, *ad vocem*, p. 229, l'Amministrazione è tendenzialmente slegata dal Governo e, in forza della riserva di legge, subordinata principalmente al Parlamento.

(63) Cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano 1966; per S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Bologna 1983, *passim*, invece, l'ambiguità si risolverebbe nella nozione di «*sistema*» che sintetizza gli aspetti dinamico e statico della P.A.

strativo⁶⁴. Questo secondo aspetto comporta che **a)** la valutazione di costituzionalità delle scelte legislative abbia ad oggetto loro ragionevolezza e non arbitrarietà delle scelte legislative, non il merito⁶⁵; peraltro anche questo esame è condotto timidamente dalla Corte costituzionale⁶⁶ nonostante le denunce di irrazionalità e dispersività dell'organizzazione amministrativa⁶⁷; e **b)** gli atti di concretizzazione delle scelte legislative non siano soggetti al vaglio del giudice amministrativo, salva l'ipotesi che, toccando interessi legittimi, abbiano natura provvedimentoale⁶⁸.

Il valore organizzativo formale dell'«*imparzialità*» è espresso nei principi di predefinitività e chiarezza di competenze e composizione degli organi⁶⁹: una declinazione del principio di legalità. Il contenuto sostanziale varia da divieto di discriminazione a obbligo di terzietà, secondo che la P.A. vanti o meno uno strutturale interesse proprio nella fattispecie esaminata⁷⁰.

(64) NIGRO, *Studi sulla funzione*, cit., pp. 73-76, sottolinea come la dottrina a lui coeva considerasse i principi in prospettiva sostanzialista, come doveri (riferiti all'azione) e non come caratteri (riferiti all'organizzazione).

(65) V. soprattutto C. Cost., sentenza 09.12.1968, n. 123, in G.U.R.I. n. 318 del 14.12.1968, “*in diritto*”, §3: l'irragionevolezza della determinazione legislativa è stata rinvenuta nel riposizionamento di oltre 500 funzionari pubblici dall'amministrazione centrale alla regionale, senza considerazione né delle esigenze concrete della Regione né del parere della Commissione parlamentare competente. In precedenza, v. C. Cost., sentenza 04.02.1967, n. 8, in G. U.R.I. n. 38 dell'11.02.1967; successivamente v. C. Cost., sentenza 15.02.1980, n. 16, in G.U.R.I. n. 50 del 20.02.1980, “*in diritto*”, §4; C. Cost., sentenza 30.01.1980, n. 10, in G.U.R.I. n. 36 del 06.02.1980; C. Cost., ordinanza 31.12.1986, n. 317, in G.U.R.I. 14.01.1987. In merito agli enti pubblici economici, segnatamente alla trasformazione dell'azienda autonoma ferrovie dello Stato in Ente Ferrovie dello Stato ex l. 210/1985, v. C. Cost., sentenza 16.07.1987, n. 268, in G.U.R.I. 12.08.1987.

(66) Sulla “timidezza” della Corte costituzionale v. A. SAIITA, *Il principio di buon andamento della pubblica amministrazione nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1988, pp. 53 e ss.

(67) Così CASSESE, *Il sistema*, cit., pp. 137-146 e pp. 283 e ss., dove discute degli effetti dell'irrazionale distribuzione di funzioni amministrative in Italia e successivamente propone alcune linee di riforma.

(68) La letteratura sugli atti impugnabili nel giudizio amministrativo è molto estesa. Si rinvia principalmente a E. PICOZZA, *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. Dir.*, 1987, ad vocem, p. 470.

(69) V. anche NIGRO, *Studi sulla funzione*, cit., pp. 79 e ss.

(70) Nella prima categoria di ipotesi rientrano in particolare le fattispecie di natura lavoristica, inerenti la selezione e l'inquadramento del personale: v. ad es. C. Cost., sent. 10/1980, *cit.* Riferimento specifico all'obbligo di terzietà, invece, si rinviene ad es. in C. Cost., sentenza 23.03.1966, n. 25, in G.U.R.I. n. 76 del 26.03.1966, che censura l'art. 5, cc. 1 e 5, l. 1539/1962 (riguardanti la composizione delle Commissioni centrale e provinciale incaricate di valutare il grado di invalidità di invalidi e mutilati civili) perché non impone il concorso alla nomina dei membri siano da parte delle associazioni di categoria più rappresentative.

La nozione dottrinale di «*buon andamento*» sembra sinonimo di «*efficacia*», intesa quale capacità della struttura di garantire lo svolgimento delle competenze dell'organo⁷¹. La giurisprudenza costituzionale in materia aderisce a questa impostazione: il «*buon andamento*» deve essere valutato con riguardo all'effettiva attività che l'organo svolge tramite l'atto che viene sottoposto al vaglio della Corte⁷². Le decisioni si concentrano su fattispecie inerenti la composizione degli organi⁷³ o di tipo lavoristico, quali inquadramento del personale⁷⁴ o riposizionamento di dipendenti pubblici dall'Amministrazione centrale all'Amministrazione locale⁷⁵: sono assenti i temi – pur centrali – della ri-

(71) Così in particolare O. SEPE, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè 1975; v. anche SAITTA, *Il principio*, cit.; NIGRO, *Studi*, cit.

(72) In merito alla nozione di «*buon andamento*», C. Cost., sentenza 24.07.1972, n. 143, in G.U.R.I. n. 194 del 26.07.1972, sulla composizione delle Commissioni giudicatrici nei concorsi per la selezione di professori universitari, adotta una nozione di «*buon andamento*» relativa alle competenze e funzioni dell'Amministrazione pubblica in considerazione; nello stesso senso (e sulla stessa materia) v. anche C. Cost., sentenza 15.02.1980, n. 12, in G.U.R.I. n. 50 del 20.02.1980; C. Cost., ordinanza 19.06.1980, n. 95, in G.U.R.I. n. 187 del 09.07.1980. C. Cost., sentenza 10.05.1982, n. 86, in G.U.R.I. n. 137 del 20.05.1982, con riguardo all'amministrazione della giustizia, adotta una nozione di «*buon andamento*» collegata alla nozione di «*indipendenza*», oltre che di «*imparzialità*». C. Cost., sentenza 14.05.1985, n. 145, in G.U.R.I. n. 119-*bis* del 19.05.1985, ritiene rientri nella nozione di «*buon andamento*» la regola organizzativa per cui solo chi dedica integralmente la propria vita professionale all'Università può essere eletto negli organi direttivi della stessa.

(73) V. *inter alios* C. Cost., sent. 25/1966, cit.; C. Cost., sentenza 24.07.1972, n. 143, in G.U.R.I. n. 194 del 26.07.1972, sulla composizione delle Commissioni giudicatrici nei concorsi per la selezione di professori universitari; C. Cost., sentenza 14.07.1986, n. 189, in G.U.R.I., serie spec., n. 35/1 del 23.07.1986, reputa ragionevole l'esclusione dalla composizione dei Comitati provinciali di caccia dei rappresentanti delle riserve di caccia venute a scadenza, alla luce della presenza di altri undici esperti tra i membri del comitato cui detti rappresentanti non potrebbero apportare alcun'ulteriore nozione ed esperienza.

(74) C. Cost., sentenza 04.02.1967, n. 8, in G.U.R.I. n. 38 dell'11.02.1967 chiarisce che la ripartizione del personale tra mansioni esecutive e mansioni direttive e di concetto può essere valutata alla luce del canone di ragionevolezza laddove manifesti un'arbitraria decisione del legislatore (regionale) incompatibile con il buon andamento della P.A.; C. Cost., sent. 10/1980, *cit.*, sull'inquadramento impiegatizio in categorie attuato delle Regioni Lazio e Campania, chiarisce che la violazione dell'art. 97, c. 1, Cost. emerge solo quando la norma contestata sia manifestamente arbitraria o irragionevole, non essendo sufficiente la sua criticabilità (per quanto intellettualmente fondata e autorevolmente sostenuta).

(75) C. Cost., sentenza 20.01.1977, n. 44, in G.U.R.I. n. 24 del 26.01.1977, pur rigettando la questione di legittimità costituzionale che individua nell'affinità con un impiegato comunale causa di ineleggibilità alla carica di Sindaco, auspica che il legislatore assuma una posizione più equilibrata, che prenda in considerazione anche la volontà popolare. Per C. Cost., sentenza 11.07.1989, n. 390, in G.U.R.I. 26.07.1989, non è irragionevole il riposizionamento nel ruolo regionale di 2087 dipendenti statali, se giustificato dalle funzioni della Regione.

dondanza di uffici ed enti⁷⁶ e della considerazione di interessi esterni nell'attività di auto-organizzazione della P.A.: il «*buon andamento*» emerge quale criterio valutativo esterno dell'organizzazione amministrativa, non come parametro sostanziale interno⁷⁷.

4.2. Sistema dei contratti pubblici e dell'iniziativa economica pubblica

La centralità dell'interesse dello Stato-apparato e la tendenziale libertà nella scelta degli strumenti per perseguirlo, si concretizzano rispettivamente nei sistemi dei contratti pubblici e dell'iniziativa economica pubblica.

L'ordinamento italiano, come il francese e a differenza del britannico, predispone una disciplina volta alla scelta razionale del contraente privato. Essa sembra improntata alla tutela degli interessi erariali dell'Amministrazione pubblica: le procedure di gara sono strumenti di verifica e controllo della corretta gestione dei fondi da parte dell'Ente pubblico⁷⁸.

L'incanto, procedimento selettivo principale nel sistema legislativo, può essere evi-

(76) L'argomento è invece attuale nel dibattito politico, che però lo affronta in modo inefficace. V. ad es. la l. 70/1975, in G.U.R.I. Del 02.04.1975, n. 82, sul riordino degli Enti pubblici, il cui art. 2 impone la soppressione degli enti che non siano dichiarati essenziali dal decreto di cui all'art. 3 (che individua quali criteri di essenzialità la rilevanza dell'ente rispetto ai fini della programmazione economica; l'economicità della loro gestione; la convenienza che detti enti continuino ad essere gestiti separatamente dallo Stato; le competenze regionali); in attuazione di questo articolo furono emanati il D.P.C.M. 26.05.1975, in G.U.R.I. 27.06.1975, n. 168, che ha istituito un Comitato per la valutazione di detti caratteri; e i D.P.C.M. 12.09.1975, in G.U.R.I. 19.09.1975 n. 251 e 23.09.1975 n. 254, riguardanti il trattamento economico dei dirigenti e dipendenti degli enti sopprimendi. Detti atti non sono mai stati impugnati, sotto il profilo dei principi posti dall'art. 97, c. 1, Cost.; la lista prevista dall'art. 3 l. 70/1975 non è mai stata pubblicata.

(77) In questi termini L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Giappichelli, Torino 2002, p. 14

(78) V. l. 5026/1869 (Legge sull'amministrazione del patrimonio dello Stato e sulla contabilità generale), art. 3: «*tutti i contratti, dai quali deriv[i] entrata o spesa dello Stato, devono essere preceduti da pubblici incanti*», salvo che nelle ipotesi previste in via generale dall'art. 4 o in via eccezionale dall'art. 5; v. anche il Titolo VI, All. F, l. 2248/1865, specialmente artt. 319, 325 e 331. Per gli Enti locali v. art. 128, All. F, l. 2248/1865. Successivamente, v. art. 3, R.D. 2440/1923, che riproduce nel testo originario la precedente disposizione della l. 5026/1869; l'art. 2, D.P.R. 30.06.1972, n. 627, modifica la disposizione individuando per i contratti dai quali derivi una spesa per lo Stato un obbligo di concorso, mediante incanto o licitazione privata a giudizio discrezionale della P.A. (c. 3); per i contratti da cui derivi un'entrata per lo Stato, invece, è previsto l'obbligo dell'incanto, e le ipotesi di licitazione privata e trattativa privata sono eccezionali.

tato solo per ipotesi specificamente determinate, caratterizzate dall'esiguo valore dell'oggetto della prestazione⁷⁹, o dalle particolari caratteristiche del prodotto da acquistare⁸⁰ o della prestazione da eseguire⁸¹, o da ragioni di urgenza⁸² o, infine, dall'aver già esperito una gara andata deserta⁸³. Dal 1972 la possibilità di derogare alla disciplina dell'incanto o della licitazione privata per i contratti che determinano una spesa per l'Amministrazione (c.d. contratti passivi) diviene più stretta: il potere discrezionale di scelta è attribuito per semplificare e snellire le procedure di acquisto, al fine di rendere il più possibile sollecita ed economica l'azione amministrativa⁸⁴. Dove non si applica la procedura di incanto, emergono quelle di licitazione privata (oppure dell'appalto-concorso) e della trattativa privata, quest'ultima *extrema ratio* del sistema⁸⁵ nonostante l'apparente maggiore flessibilità di alcune disposizioni⁸⁶. L'ipotesi della «*gestione in economia*», che permette la completa disapplicazione della disciplina dei contratti pubblici, sarà trattata più approfonditamente nel successivo paragrafo.

(79) Per i contratti dello Stato, v. art. 39, nn. 1-3, R.D. 827/1924, che riproduce l'art 5, nn. 1-3, l. 5026/1869. Per i contratti degli Enti locali v. inizialmente art. 157, R.D. 5921/1889; la disposizione è stata riprodotta nell'art. 166, R.D. 164/1898, e trasposta nell'art. 183, R.D. 269/1908 e successivamente nell'art. 183, R.D. 148/1915; l'art. 52, R.D. 2839/1923 modifica il testo, specificando alcune ipotesi, ma senza modificare il principio. Peraltro la stessa disciplina comunitaria, attuata in Italia con l. 08.08.1977, n. 584, impone obblighi solo per quegli appalti che superano certe soglie di valore.

(80) Art. 38, nn. 2 e 3, e art. 39, nn. 4-7, R.D. 827/1924, tutti già previsti negli artt. 4 e 5, l. 5026/1869. Un'ipotesi particolare riguarda i prodotti coperti da privativa industriale o oggetto di monopolio legale, per i quali non è possibile eseguire una gara: v. art. 10, R.D. 2440/1923 e l'art. 41, n. 2, R.D. 827/1924, che lo attua.

(81) Art. 38, nn. 4 e 6, RD 827/1924.

(82) Art. 38, n. 1, e art. 41, c. 1, n. 5, R.D. 827/1934 e, precedentemente art. 4 n. 2, l. 5026/1869.

(83) Artt. 38, n. 5, e 41, c. 1, n. 1, R.D. 827/1923 che riproduce l'art. 4, n. 6, R.D. 5026/1869.

(84) V. l'art. 3, c. 2, R.D. 2440/1923, come modificato dall'art. 2, D.P.R. 627/1972, emanato in attuazione dell'art. 4, l. 249/1968, come modificato dall'art. 3, l. 775/1970, di delega per la riforma del sistema amministrativo italiano. Per

(85) Così Corte dei Conti, Sez. Controllo, det. 20.01.1992, n. 5; Corte dei Conti, Sez. Controllo, sentenza 26.11.1981, n. 1209. V. anche Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 14.07.1956, n. 616, in *Foro Amm.*, 1957, I, II, col. 118 e ss.

(86) Per lo Stato, l'art. 41, c. 1, n. 6, R.D. 827/1924, chiarisce che si può procedere a trattativa privata «*in ogni altro caso in cui ricorrono speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente seguite le forme*» della licitazione privata o degli incanti. A livello locale, la scelta deve essere deliberata dal Consiglio comunale o provinciale: v. art. 177, cc. 2-3, R.D. 297/1911; già art. 113, cc. 2-3, R.D. 394/1899; già art. 76, c. 4, R.D. 6107/1889.

La originaria preminenza dell'interesse (erariale) pubblico sembra trovare conferma nella giurisprudenza più risalente⁸⁷ e si manifesta anche nella tutela attribuita alla deliberazione di non concludere il contratto con il vincitore della gara⁸⁸; nella possibilità, attribuita al Prefetto in materia di contratti degli Enti locali, di negare il visto di esecutività al contratto già aggiudicato nel caso in cui le condizioni in esso contenute si rivelassero economicamente svantaggiose⁸⁹, in base ad indizi emersi anche dopo la conclusione della gara⁹⁰. La dottrina aderisce a quest'impostazione⁹¹, con il chiarimen-

(87) Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 22.05.1957, in *Foro Amm.*, 1957, I, I, col. 485 e ss.; C. App. Roma, sentenza 31.07.1959, in *Foro It.*, 1960, I, spec. Col. 491.

(88) Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 29.09.1965, n. 991, in *Foro It.*, 1966, II, Col. 198 e ss.

(89) V. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 07.05.1960, n. 342, in *Foro It.*, 1960, III, Col. 154 e ss.; Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 15.01.1960, n. 6, in *Foro Amm.*, 1960, I, pp. 859 e ss.

(90) V. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 19.05.1956, n. 402, in *Foro It.*, 1956, Sez. III, Col. 212 e ss.; Consiglio di Stato, sentenza del 18.02.1965, n. 151, in *Foro It.*, 1965, Sez. V, Col. 176; Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 26.09.1964, n. 1124, in *Foro It.*, 1965, III, Col. 52 e ss. chiarisce che la nuova proposta deve essere sensibilmente migliore di quella che ha vinto la gara, pena vizio di manifesta illogicità della motivazione del diniego prefettizio; per Consiglio di Stato, Sez. V., sentenza del 03.02.1962, n. 121, in *Foro pad.*, 1962, 1041 e ss., sarebbe legittima la determinazione del Prefetto di negare l'esecutività di un contratto, ma non l'indicazione di criteri che, di fatto, individuino altro contraente; su questa sentenza v. E. CANNADA BARTOLI, *In tema di impugnazione di asta pubblica*, in *Foro pad.*, 1962, Col. 1041 e ss., che critica il sistema posto dal Consiglio di Stato, lesivo delle posizioni dei privati già aggiudicatari. V. anche LANDI, *Rassegna*, cit., pp. 920-921.

(91) Cfr. P. VIRGA, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Palermo 1971, pp. 17-18; M. D'ANTINO, *Approvazione del contratto e discrezionalità dell'amministrazione*, in *Foro Amm.*, 1969, II, pp. 231 e ss.; R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, II ed., Giuffrè, Milano 1958, p. 217 chiarisce che il momento della scelta del privato contraente è da attuarsi «attraverso procedimenti atti a dare garanzia che la scelta stessa avvenga nel modo più confacente al pubblico interesse»; A. CUNEO, *Appalti pubblici e privati*, CEDAM, Padova 1957, p. 69, individua un principio generale nel sopra riportato art. 319, l. 2248/1865, All. F.; Per M. LA TORRE, *Nozioni di diritto amministrativo*, VII ed., Casa editrice stamperia nazionale, Roma 1954, p. 237, «la materia [delle modalità di conclusione dei contratti] interessa altra disciplina (contabilità dello Stato)»; E. PRESUTTI, *Istituzioni di Diritto amministrativo italiano*, Casa Ed. G. Principato, Messina 1932, pp. 356-357; V. E. ORLANDO, *Principii di Diritto amministrativo*, Barbera, V ed., Firenze 1915, p. 438; S. ROMANO, *Principii di Diritto amministrativo italiano*, Società Editrice Libreria, III Ed., Milano 1912, pp. 624-625; A. GRAZIANI, *Le entrate e le spese dello Stato*, Federazione Italiana delle Biblioteche popolari, Milano 1912; Id., *Istituzioni di scienza delle finanze*, Fratelli Bocca, Milano 1911; G. LOMONACO, *Appalto*, in E. PESSINA (diretto da), *Enciclopedia giuridica italiana*, Società editrice Libreria, Milano 1910, Vol. I, parte III, *ad vocem*. Ma v. anche l'analisi di A. DE BRUN, *Contabilità di Stato*, in E. PESSINA (diretto da), *Enciclopedia giuridica italiana*, Società editrice Libreria, Milano 1911, Vol. III, Parte III, Sez. I, *ad vocem*, in part. II Cap. VIII, che attribuisce una triplice funzione alla gara: politica, per garantire l'uguaglianza nei confronti dell'Amministrazione statale; economica, per la promozione della libera concorrenza; amministrativa, perché «consegue il buon mercato per effetto della concorrenza pubblica». Peraltro S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. VII, III ed., CEDAM 2008, pp. 124-125 sottolinea invece la scarsa attenzione alla congiunzione tra procedimenti contabili e procedimenti di evidenza pubblica.

to, da parte di qualcuno, che la prestazione più vantaggiosa non sempre corrisponde a quella che presenta il miglior prezzo⁹².

La prassi tuttavia si discosta dal sistema legislativo: ragioni politiche (quali il mantenimento di livelli produttivi ed occupazionali omogenei sul territorio nazionale), la struttura economica italiana e il consolidamento di rapporti tra imprese e P.A. vanificano l'utilità della gara aperta e fanno sì che gli strumenti prediletti dagli operatori siano quelli della licitazione privata e dell'appalto-concorso, se non della trattativa privata; ampia diffusione riceve anche lo strumento della concessione, che, senza le garanzie della gara, viene usato a volte in modo distorto⁹³.

La disciplina dell'iniziativa ed attività economica pubbliche concretizzano l'interesse dello Stato apparato nella sua tendenziale libertà di azione economica.

Nessuna disposizione nell'ordinamento italiano esprime il c.d. principio di astensione⁹⁴. L'art. 41, c. 3, Cost., permettendo il coordinamento legislativo tra imprese pubbli-

(92) Così G. ROEHRSSSEN DI CAMMERATA, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Zanichelli, Bologna 1961, p. 275.

(93) V. per tutti le considerazioni in AGCM, segnalazione 01.07.1992, AS005, Appalti pubblici e concorrenza, p. 4 e pp. 9 e ss. V. anche le considerazioni *a posteriori* di BUSCEMA, BUSCEMA, *op. ult. cit.*, p. 408; VIRGA, *I contratti*, cit., p. 18; ROEHRSSSEN DI CAMMERATA, *op. ult. cit.*, pp. 173 e ss. Così già Consiglio di Stato, *Relazione per il Quinquennio 1931-1935*, II, p. 55, citato da ROEHRSSSEN DI CAMMERATA, *op. ult. cit.*, p. 174.

(94) La Carta del Lavoro, in G.U.Re.I. del 30.04.1927, n. 100, IX Comandamento, sanciva in via di principio che «*l'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata*», aggiungendo però «*o quando siano in gioco interessi politici dello Stato. Tale intervento può assumere la forma di controllo, dell'incoraggiamento e della gestione diretta*»; il VII Comandamento funzionalizzava inoltre le attività produttive riconoscendo «*l'iniziativa economica privata nel campo della produzione come lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione*»; sulla natura della Carta quale legge-direttiva di portata quasi-costituzionale v. la sintesi di M. CASANOVA, *Sistemi e fonti del diritto del lavoro*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1930, I, spec. pp. 574-577; cfr. anche C. COSTAMAGNA, *Carattere Costituzionale della "Carta del Lavoro"*, in *Dir. Lav.*, 1928, pp. 384 e ss.; *contra*, cfr. G. BOTTAL, *La "Carta del Lavoro"*, in *Dir. Lav.*, 1928, p. 893. Nel merito, cfr. il commento pubblicato dalla Rivista *Dir. Lav.*, 1927. Va sottolineato come poco prima dell'enunciazione dei principi appena esposti veniva confermata e rafforzata dal R.D. 3047/1923 e rifiuta nel Testo Unico sull'Assunzione Diretta dei Servizi Pubblici Locali (TUSPL) dal R.D. 2578/1925 del 15.10.1925 la struttura dei servizi pubblici locali disegnata dalla l. 103/1903, in G.U.Re.I. Del 29.03.1903, per la quale gli Enti pubblici locali, fermo il rispetto di una procedura predeterminata, potevano assumere direttamente la gestione dei servizi pubblici enumerati dall'art. 1, tramite costituzione di aziende speciali o, nel rispetto dei criteri di cui all'art. 15 del decreto (art. 16 della legge, come modificato dal R.D. 3047/1923 del 30.12.1923), tramite gestione diretta c.d. in economia, riscattando, se del caso, i servizi già affidati in concessione.

che e private a fini sociali, riconosce sia che soggetti pubblici possano agire in forma di impresa, sia che i loro fini o risultati non siano automaticamente diretti al perseguimento di interessi generali, parificandoli sotto questi aspetti alle imprese private⁹⁵. L'art. 43 Cost. non esprime compiutamente che i limiti entro i quali la creazione di una privativa statale è giustificata⁹⁶.

A livello istituzionale vige il principio – desumibile dagli artt. 2093 e 2201 c.c. – per cui l'attività di impresa è comunque soggetta alla disciplina del Codice civile, a prescindere dalla natura pubblica o privata dell'imprenditore. Quasi in opposizione alla dottrina del «*service public*» francese, un filone giurisprudenziale minoritario riconosce la ricorrenza del requisito dell'«*economicità*» - che distingue la fattispecie «*impresa pubblica*» dalla mera erogazione di beni o servizi, attività propria della P.A. *tout court*⁹⁷ - nella pre-

(95) F. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto pubblico dell'economia. Volume primo – La costituzione economica*, CEDAM, Padova 1977, p. 133. R. DE STEFANO, *Libertà privata e potere pubblico nell'art. 41 della Costituzione*, in V. PANUCCIO (a cura di), *Scritti sull'art. 41 della Costituzione*, Casa Editrice Pàtron, Bologna 1969, p. 189, sostiene però la posizione privilegiata del privato rispetto al pubblico in campo economico: la partecipazione dello Stato e degli Enti pubblici sarebbe comunque vincolata alla e dalla legge, perché l'attività pubblica non potrebbe mai essere «*meramente economica*». Sulla non socialità del risultato economico degli Enti pubblici economici v. anche C. Cost., sentenza 15.07-03.08.1976, in G.U.R.I. del 04.08.1976, n. 205: essa accorda tutela penale ai monopoli c.d. tributari, aventi l'unica funzione di creare maggiori entrate per lo Stato, nei confronti delle turbative dei privati.

(96) Il pensiero della Costituente è espresso soprattutto da U. COLI, *La proprietà e l'iniziativa privata*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Barbèra editore, Firenze 1950, p. 380. Per un'applicazione, v. ad esempio C. Cost., sentenza 09/07/1974, n. 225, che salva il monopolio statale televisivo in base alla ben nota argomentazione del monopolio naturale, che giustifica la creazione di una riserva legale di attività in favore dello Stato.

(97) In questo senso espressamente G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale – I. Diritto dell'impresa*, 2° ed., UTET, Torino 1993; cfr. anche S. CASSESE, *Ente pubblico economico*, in A. AZARA, E. EULA, (diretto da), *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino 1960, *ad vocem*; V. OTTAVIANO, *II. Ente pubblico*, in F. CALASSO (diretto da), *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 1960, *ad vocem*; F. CANFORA, *Alcuni interrogativi circa la possibilità di configurare l'ENEL come ente pubblico economico*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1967, I, pp. 162 e ss., critica l'interpretazione giurisprudenziale prevalente, che sembra richiedere anche lo scopo di lucro soggettivo; l'A. conclude negando la natura di Ente pubblico economico all'ENEL, perché deputata al perseguimento di fini istituzionali anche usando di strumenti di diritto pubblico.

Sulla nozione di «*economicità*» v. soprattutto CAMPOBASSO, *op. ult. cit.*, pp. 38-39, per il quale essa consiste nella tendenziale capacità di coprire nel lungo periodo i costi con i ricavi; nello stesso senso P. SPADA, *Impresa*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sez. Comm.*, UTET, Torino 1992, *ad vocem*, § 10; G. PRESTI, P. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale. Vol. I*, Zanichelli, Bologna 2004, pp. 18-19; va segnalato che questa dottrina è particolarmente debitrice all'elaborazione in merito di «*impresa pubblica*», sulla quale si fonda nel presupposto che esista una nozione unitaria di «*impresa*», conosciuta dall'art. 2082 c.c. Per FERRI, *Manuale*, cit., pp. 34-45, l'«*economicità*» dell'attività consiste nel-

senza anche solo potenziale di imprese private concorrenti⁹⁸.

Il principio di uguaglianza tra impresa pubblica e privata è ribadito dall'art. 8, c. 1, l. 287/90, di diretta ispirazione comunitaria, che con l'eccezione delle sole imprese esercenti servizi di interesse economico generale o operanti in regime di monopolio legale, per quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti affidati, chiarisce che la disciplina a tutela della concorrenza si applica a tutte le imprese, indipendentemente dal regime proprietario.

La l. 1589/1956⁹⁹ nel riorganizzare il sistema delle partecipazioni statali conferma la tendenziale libertà del pubblico in materia economica: l'atto di istituzione e attività di gestione delle imprese pubbliche non sopportano limiti di scopo¹⁰⁰; lo stesso viene pre-

l'intento dell'imprenditore di realizzare un incremento della propria ricchezza (lucro c.d. soggettivo); similmente G. COTTINO, *Diritto commerciale. Vol. I*, CEDAM, Padova 1975, pp. 69 e ss. F. FERRARA jr, *Gli imprenditori e le società*, IV ed., Giuffrè, Milano 1962, pp. 30-40, e Id., *Gli imprenditori e le società*, V ed. Giuffrè, Milano 1971, pp. 33-43, considera «economica» l'attività volta alla produzione di nuova ricchezza da destinare al mercato, con ciò escludendo le professioni intellettuali che, invece, sono volte alla produzione di un servizio «puro»; lo scopo di lucro rientrerebbe nella «professionalità» e sarebbe elemento della fattispecie (lucro c.d. oggettivo). A. DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale. Imprenditori – società*, VI ed., Soc. Ed. Dante Alighieri, Milano 1965, pp. 13-25, fonda pure l'analisi sull'elemento dell'organizzazione ma esclude la rilevanza dello scopo di lucro: la qualifica ex art. 2082 c.c. non ha riguardo alle finalità ma solo all'elemento oggettivo. A. GRAZIANI, G. MINERVINI, *Manuale di diritto commerciale*, Morano Editore, Napoli 1972, qualificano «economica» l'attività volta alla produzione e allo scambio di beni o servizi. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., pp. 16 e ss., pone al centro della fattispecie il requisito della professionalità, intesa come sistematicità dell'attività economica (perché produttiva di nuova utilità) destinata a soddisfare bisogni altrui; sarebbe coesistente alla nozione di impresa la capacità astratta a produrre reddito (lucro c.d. oggettivo astratto). da sottolineare come analogo dibattito si svolga attualmente nei confronti delle c.d. imprese di solidarietà, o imprese non lucrative: PRESTI, RESCIGNO, *loc. ult. Cit.*; F. DI SABATO, *La nozione di impresa nell'ambito delle organizzazioni non-profit*, in *Riv. Dir. Impr.*, 2002, pp. 51 e ss. Per l'uso del requisito dell'«economicità» nel senso teleologico della destinazione al mercato di beni o servizi, e non come metacriterio organizzativo dei fattori di produzione, v. però ancora P. JAEGER, F. DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, 4° ed., Giuffrè, Milano 1997, pp. 23 e ss.

(98) *Ex multis*, Cass., Sez. Un., sentenza 18.05.1956, n. 1709, in *Foro Amm.*, 1956, II, 1, col. 331; Cass., Sez. Un., sentenza 21.12.1955, n. 3911, in *Foro Amm.*, 1956, col. 128 e ss., con notarella critica di E. CANNADA-BARTOLI, il quale nota come la Suprema corte confonda «attività economica» e finalità di politica economica dell'Ente. Mette l'accento piuttosto sulla natura dell'attività e sull'elemento organizzativo Cass., Sez. Un., sentenza 23.02.1956, n. 506, in *Foro Amm.*, 1956, II, I, col. 198 e ss.

(99) In G.U.R.I. del 06.02.1957, n. 33, e in *Leggi d'Italia*, 1957, pp. 378 e ss., dove sono riportati anche gli interventi dell'On. Segni e dell'On. Lucifredi, il quale ultimo sintetizza anche i lavori svolti dalle Commissioni I e X.

(100) Per le attività economiche riferibili allo Stato v. artt. 2-4 l. 1589/1956; Corte dei Conti, Sez. Controllo, sentenza 07.06.1958, n. 158, in *Foro It.*, 1958, III, Col. 232 e ss.; v. anche lo *Stato di previsione della spesa del Ministero delle partecipazioni industriali per l'esercizio finanziario dal 1° luglio 1961 al*

dicato dal Consiglio di Stato in tema di municipalizzazione dei servizi pubblici¹⁰¹. La gestione degli Enti riferibili allo Stato è subordinata al controllo della Corte dei Conti dalla l. 259/1958¹⁰², per verificare che le risorse pubbliche affidate a detti Enti siano state utilizzate in conformità delle direttive politiche impartite¹⁰³.

L'impresa pubblica sopporta i limiti di competenza dell'Ente che la esercita: territoriali¹⁰⁴ e per materia¹⁰⁵ per gli Enti pubblici locali; di portata generale per lo Stato, in conformità alla forma scelta dal nostro ordinamento. Il sistema di riferimento è la Parte II, Titolo V della Costituzione: relazioni reciproche tra pubblici poteri, e non tra pubblici poteri e cittadini¹⁰⁶.

30 giugno 1962, spec. la Relazione della Quinta commissione permanente del Senato della Repubblica (AS A1419), in *Foro It.*, 1961, IV, Col 314 e ss.: finalità delle partecipazioni statali sono non solo la soddisfazione di interessi pubblici allo sviluppo dei servizi e al mantenimento di settori che i privati abbandonano ma ritenuti essenziali, ma anche la garanzia di «*un volume di investimenti adeguato, in determinati settori di particolare importanza per la realizzazione della politica di sviluppo economico*». V. successivamente L. MENGONI, *Problemi e vicende della legislazione sulle partecipazioni statali*, in *Riv. Soc.*, 1964, pp. 920 e ss.

(101) Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 26.03.1965, n. 291, in *Foro It.*, 1965, III, Col 365 e ss., e in *Giust. Civ.*, 1965, II, pp. 281 e ss., e in : l'assunzione diretta di un servizio pubblico, anche ulteriore e diverso dagli elencati esemplificativamente dall'art. 1, R.D. 2578/1925, risponde a criteri generali e non al semplice sopprimerimento di deficienze riscontrate nella gestione da parte dei privati (nella specie: in regime di concessione); la relativa valutazione non deve essere necessariamente fondata su considerazioni finanziarie o su inconvenienti riscontrati nella gestione da parte di privati, potendo anche fondarsi sul convincimento che una modalità gestoria fosse migliore dell'altra. V. anche G. LANDI, *Rassegna di giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di attività economiche*, in *Riv. Soc.*, 1965, spec. p. 946, che limita la portata della pronuncia riportando subito di seguito il precedente Consiglio di Stato, IV Sez., sentenza del 20.10.1964, n. 1016, in *Foro Amm.*, 1964, I, 2, pp. 1084 e ss., a mente del quale il Comune, nel decidere se assumere direttamente la gestione di un servizio, deve valutare in primo luogo se vi siano già diritti o legittime aspettative di terzi, che potrebbero venire lese.

(102) In G.U.R.I. 08.04.1958, n. 41, e in Le leggi, 1958, p. 764 con la relazione al Senato del Presidente del Consiglio Pella (pp. 765 e ss.) e dell'On. Trabucchi (pp. 771 e ss.).

(103) V. la relazione dell'On. Trabucchi, cit., passim; C. Conti, Sez. Controllo Enti, determinazione 03.10.1961, n. 11, in *Foro It.*, 1962, III, Col. 288 e ss.

(104) Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza del 26.04.1967, n. 140, in *Foro It.*, 1967, III, Col 325 e ss., dichiara l'illegittimità della concessione all'azienda municipalizzata dei trasporti pubblici di Roma (Atac) di una tratta extraurbana, senza previo accordo con l'altro comune interessato.

(105) Si veda l'esperienza delle società finanziarie regionali, su cui ad es. G. DE FERRA, *Le società finanziarie regionali*, in *Riv. Soc.*, 1968, pp. 757 e ss.

(106) Cfr. C. Cost., sentenza 17-21.01.1967, n. 3, in www.cortecostituzionale.it, che annulla i DPR 10.03.1965, in G.U.R.I. Del 27.03.1965, concernenti la modifica degli statuti delle casse di soccorso del personale dipendente della AMT Catania e della SFU di Trapani, perché invasivi delle competenze regionali. Con riguardo alle determinazioni delle tariffe dei servizi pubblici locali, v. C. Cost., sentenza 25-27.06.1958, n. 43, in *Giur. Cost.*, 1958, p. 548, che dichiara l'illegittimità dell'intervento dello Stato a

Gli interpreti sembrano dividersi tra chi considera la natura pubblica dell'imprenditore giuridicamente irrilevante, propendendo per una completa parità con l'impresa in mano privata¹⁰⁷; chi ravvisa nell'azione dell'impresa pubblica l'espressione di una volontà politica che assume significato giuridico solo nel momento della devoluzione di utilità all'organizzazione economica, cioè nel momento dell'approvazione del bilancio preventivo statale¹⁰⁸; e chi, ritenendo l'impresa pubblica elemento dell'organizzazione statale, ne ritiene individuati sia i fini sia la modalità di azione, improntata ai principi ex art. 97 Cost.¹⁰⁹.

modificare i prezzi delle concessioni regionali dei trasporti in Sicilia. C. Cost., sentenza 07-24.03.1964, n. 13, in G.U.R.I. n. 67 del 14.03.1964, con riferimento alla legge istitutiva dell'ENEL (giustificata alla luce dell'art. 43 Cost.) e di espropriazione di alcune imprese in proprietà pubblica concessionarie dell'uso di bacini idrici per la produzione di elettricità in Trentino-Alto Adige e in Val d'Aosta chiarisce che «non è la legge statale che deve arrestarsi di fronte alle leggi regionali, ma sono le leggi regionali che devono adeguarsi a quella».

(107) La questione è stata studiata principalmente sotto l'aspetto del potenziale conflitto tra interesse pubblico, interessi privati dei singoli azionisti e interesse sociale: la considerazione dell'interesse pubblico quale interesse extrasociale permette di non attribuirgli giuridica rilevanza (societaria), salvo il caso di conflitto, nel quale esso interesse extrasociale deve soccombere a fronte dell'interesse sociale; con ciò si equipara lo Stato a qualsiasi azionista, negando la stessa configurabilità di un tipo «impresa pubblica»; v. G. SENA, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv. Soc.*, 1958, pp. 43 e ss.; A. ARENA, *L'impresa pubblica e la sua inesistenza giuridica*, in *Riv. Soc.*, 1963, pp. 36 e ss.; per G. ROSSI, *Impresa pubblica e riforma delle società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1971, p. 294, la natura pubblicistica dell'ente-socio si riferisce a una situazione esterna e precedente alla qualità di socio e ai rapporti societari; l'A. continua precisando la non inconciliabilità tra interesse pubblico e interesse sociale, di cui sarebbe indizio il «criterio di economicità» ex l. 1589/1956 e, infine, alla p. 299, utilizza tra i primi il concetto di «neutralità» della struttura societaria. Dichiaratamente senza affrontare il tema *ex professo* prende tuttavia questa posizione G. VERUCCI, *La revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici*, in *iv. Dir. Comm.*, 1965, II, p. 44.

(108) Dal punto di vista della giustificazione politica v. l'elenco esemplificativo di G. PIVATO, *L'efficienza delle imprese pubbliche (Le imprese pubbliche in forma di società per azioni)*, in *Riv. Soc.*, 1967, pp. 759-760. Sull'emersione giuridica dell'intento politico in seno di approvazione del bilancio preventivo dello Stato v. Corte dei Conti, Sez. Controllo, sentenza 16.07.1959, n. 185, in *Foro It.*, 1960, II, Col. 22 e ss. GIANNINI, *Le imprese pubbliche*, cit., pp. 245 e ss., chiarisce che sin dalla loro costituzione le imprese pubbliche rispondono a interessi economici influenzati necessariamente da determinanti politiche; G. MIELE, *La tutela dell'interesse pubblico nell'impresa privata*, in *Studi in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Vol. III, Giuffrè, Milano 1963, risolve il problema accennato alla nt. precedente, in base alla «volontà della legge», da intendersi nel contesto come volontà soggettiva del parlamento e, quindi, come volontà politica; G. DE FERRO, *In margine alla riforma della società per azioni: delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Riv. Soc.*, 1967, pp. 800-801, risolve il problema con un ragionamento analogico, basandosi sull'equiparazione agli enti pubblici delle società a partecipazione pubblica maggioritaria a fini di concessione di determinati servizi;

(109) Cfr. F. BENVENUTI, *Profili giuridici dell'organizzazione economica pubblica*, in *Riv. Soc.*, 1962, pp. 206 e ss.; OTTAVIANO, *Sulla sottoposizione*, cit., spec. p. 490; G. PESCATORE, *Spunti sulla posizione della Cassa per il Mezzogiorno*, in *Foro It.*, 1957, IV, Col. 153 e ss.: va sottolineato però come l'A. ritenga

4.3. La c.d. «gestione in economia» e le aziende speciali

La centralità dell'interesse dello Stato-apparato si manifesta anche nella c.d. gestione «in economia», dove le tre dimensioni dell'auto-organizzazione e delle attività economica e contrattuale pubbliche si sovrappongono. Gestendo un'operazione «in economia» gli Enti pubblici possono evitare di predisporre una procedura di evidenza pubblica, altrimenti obbligatoria. La nozione di «gestione in economia» è vasta: non comprende solo l'approvvigionamento tramite propri organi o agenti, ma ogni attività che, per le caratteristiche delle esigenze cui intende sopperire, richiede una relazione fiduciaria continua tra la P.A. ed il soggetto che la esercita ed un controllo stretto della prima sul secondo, rendendo impraticabili o antieconomiche le normali procedure di contrattazione¹¹⁰.

Essa assume le due forme dell'«*amministrazione diretta*», in cui la prestazione è gestita direttamente dall'Ente pubblico per il tramite di un proprio ufficio, e del «*cottimo fiduciario*», nel quale l'attività è svolta da un'impresa selezionata senza procedura di gara. Quest'ultima fattispecie si distinguerebbe dalla contigua ipotesi della trattativa privata dal maggiore e pressante grado di urgenza¹¹¹ o nel differente atteggiarsi dei rapporti interni P.A./cottimista¹¹². Nella prima, invece, l'Amministrazione si sostituisce all'imprenditore cui altrimenti affiderebbe l'esecuzione della prestazione voluta: acquista ed organizza i fattori della produzione nella direzione voluta, permettendo la riduzione

operatore pubblico la Cassa, e come l'art. 1, c. 1, l. 10.08.1950, n. 646, in G.U.R.I. 01.09.1950, n. 200 rendesse esplicito lo scopo di «*progresso economico e sociale dell'Italia meridionale*» proprio della Cassa; l'A. ne trae spunto per un più generale principio di nuove forme organizzative e di azione della P.A.

(110) In questo senso v. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 06.04.1995, n. 39, in *Cons. Stato*, 1995, I, p. 1737; e in *Foro Amm.*, 1997, p. 213; Consiglio di Stato, Ad. Plen., 27.01.1994, n. 6, in *Cons. Stato*, 1995, I, p. 1153. V. però la forte critica al sistema della gestione in economia di BUSCEMA, , BUSCEMA, *I contratti*, cit., pp. 720 e ss.

(111) Corte dei Conti, Sez. Controllo, sentenza 10.06.1992, n. 39; per ROEHRSSEN DI CAMMARATA, *I contratti*, p. 266 e pp. 276 e ss., le due figure si equivarrebbero.

(112) Così BUSCEMA, BUSCEMA, *Contratti*, cit., p. 730.

dei costi ma, al tempo stesso, irrigidendo la struttura amministrativa e consumando risorse nell'organizzazione e gestione dell'attività¹¹³.

L'ipotesi dell'azienda municipale o provinciale, introdotta dalla l. 103/1903 per permettere agli Enti locali di gestire in proprio alcuni servizi, condivide con la gestione in economia le funzioni e i caratteri, ma non la struttura: l'azienda non può difatti essere considerata un organo interno della P.A., come nell'amministrazione diretta, né può essere qualificata impresa esterna alla P.A., come l'affidatario del cottimo fiduciario. Nella l. 103/1903 e nei successivi R.D. 2548/1925, l. 241/1990 e d.lgs. 267/2000 le due fattispecie sono distinte ed in qualche modo contrapposte¹¹⁴.

I due modelli condividono il risultato di evitare di assegnare l'esecuzione di una prestazione a seguito di una procedura di gara; entrambi comportano la possibilità per l'Ente pubblico di uno stretto controllo dei costi, dell'*output* e, in generale, di impartire all'affidatario della prestazione direttive in diverso grado e misura vincolanti. La gestione in economia – non comportando alcuno schermo di responsabilità per l'Ente - sembra attagliarsi maggiormente ad attività con bassi costi sommersi o che, pur comportando un oneroso investimento iniziale, assicurino all'Ente locale l'acquisizione di un bene durevole la cui gestione permetta di recuperare l'investimento iniziale. Viceversa il modello dell'azienda (speciale) è funzionale allo svolgimento di attività più rischiose, la cui gestione richieda speditezza, flessibilità e autonomia decisionale e patrimoniale¹¹⁵.

(113) In questo senso espressamente ROEHRSSSEN DI CAMMARATA, *op. ult. cit.*, pp. 266 e ss.

(114) V. art.16, l. 103/1903, e successivamente l'art. 15, R.D. 2578/1925, l'art. 22, l. 241/1990; lo stesso dicasi per l'art. 113, D. lgs 267/2000.

(115) Cfr. soprattutto l'*incipit* e l'elenco contenuto all'art. 15, R.D. 2578/1925, con il precedente dell'art. 16, l. 103/1903, che permette («*possono*») l'esecuzione delle stesse attività o opere in economia.

Sezione II

Autoproduzione e «new public management»

5. Il «new public management»

A cavallo tra gli Anni Settanta e Ottanta nel Regno Unito e negli USA¹¹⁶ alcune riforme cercano di concretizzare l'idea che, in presenza di risorse finanziarie scarse, sia preferibile che lo Stato si doti di un apparato amministrativo minimo, gestito secondo schemi ispirati alle tecniche manageriali delle grandi imprese private con particolare attenzione alla flessibilità di azione e di organizzazione, alla distinzione tra decisione politica sugli obiettivi e attività amministrativa di esecuzione e alla speditezza di questa; le attività che non sono tra le minime necessarie dovrebbero essere affidate ad “agenzie” specializzate esterne all'apparato, possibilmente private perché più efficienti ed efficaci degli apparati burocratici¹¹⁷, ed in ogni caso secondo schemi che emulano i meccani-

(116) Salva l'origine da un momento di crisi economica e di bilancio statale, e da impostazioni statali di matrice anglosassone, non è certa la paternità del movimento. Per G. NAPOLITANO, *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè 2007, p. 49 e ss., la paternità spetta al sistema statunitense non tanto per aver avviato per primo le riforme, quanto per avere una struttura esemplare, imitata da altri. G. GRUENING, *Origini e basi teoriche del New Public Management*, in *Azienda Pubblica*, 1998, pp. 669 e ss., è concorde nell'origine statunitense, ma individua la fonte nell'unione di alcuni diversi movimenti di pensiero, più che nella struttura amministrativa stessa. Per C. HOOD, *A Public Management for all Seasons?*, in *Public Administration*, 1991, pp. 6 e ss., invece, è il Regno Unito del governo di M. Thatcher ad essere il capostipite promotore delle riforme.

(117) V. le analisi retrospettive di A. GAMBLE, *Privatization, Thatcherism and the British State*, in *Journal of Law and Society*, 1988, pp. 1 e ss.; HOOD, *Public Management*, cit.; ID., *The “New Public Management” in the 1980s: variations on a theme*, in *Accounting, Organizations and Society*, 1995, n° 2/3, pp. 93 e ss.; F. T. HERBERT, D. S. WRIGHT, J. I. BRUDNEY, *Challenges to State Governments: Policy and Administrative leadership in the 1990s*, in *Public Productivity and Management*, 1992, pp. 1 e ss.; J. M. FERRIS, S.-Y. TANG, *The New Institutionalism and Public Administration: an overview*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 1993, pp. 4 e ss.; GRUENING, *op. ult. cit.*

smi di un mercato concorrenziale¹¹⁸. La riduzione al minimo dell'apparato statale viene predicata anche da correnti politiche che accusano il settore pubblico di soffocare con la propria presenza in molti settori l'iniziativa e l'attività economica private¹¹⁹. Alcune istanze di riforma, infine, considerando ineliminabile la tendenza dei funzionari pubblici a consolidare la propria posizione di potere personale e lo *status quo*, propongono di regolare il fenomeno imponendo che i processi decisionali pubblici siano trasparenti ed aperti alla partecipazione degli amministrati che vi hanno interesse¹²⁰.

Nonostante esse siano in reciproca opposizione per alcuni aspetti¹²¹, le istanze di queste correnti (contabile-manageriale, politico-liberale e comportamentali) vengono sintetizzate sotto l'unica etichetta di «*new public management*»¹²² (di seguito anche NPM). Giustificate facendo ricorso all'apparato teorico dell'analisi economica e delle scienze comportamentali, presentandosi come proposte di riforma della P.A. razionali

(118) V. a questo proposito la sintesi degli strumenti adottati nel corso del tempo dagli Stati membri dell'OCSE in OECD, *Modernising Government*, GOV/PGC/RD (2005) 2, pp. 119 e ss. (§§ 415 e ss.)

(119) *Ex ultimis* v. la sintesi di PH. SIMONNOT, *L'invention de l'Etat*, Les Belles Lettres, Paris 2003. V. anche la ricostruzione di J. WALDRON, *Theoretical Foundations of Liberalism*, in *The Philosophical Quarterly*, 1987, pp. 127 e ss. Il Fraser Institute ha elaborato al proposito un indice, l'*economic freedom world index*, in vario modo composito dal grado di libertà nelle scelte personali, nel coordinamento da parte dei mercati degli scambi volontari, nella libertà di entrare e competere nei mercati e nella protezione delle persone e della proprietà dall'aggressione altrui in ogni Stato; sulla base di questo indice, viene pubblicato un rapporto annuale (contenente anche una classifica), consultabile al sito <http://www.freetheworld.com/>.

(120) P. AUCCOIN, *Administrative reform in Public Management: Principles, Paradoxes and Pendulums*, in *Governance*, 1990, 2, pp. 115 e ss.; per A. HINNA, *Organizzazione e cambiamento nelle pubbliche amministrazioni*, Carocci, Roma 2009, pp. 53-54, però, questa componente si limiterebbe ad individuare il rischio di opportunismo, concentrando l'attenzione su discrezionalità e decisioni del *manager*: la partecipazione dei portatori di interesse al momento decisionale pubblico sarebbe da ricondurre alla scuola del c.d. *Public Governance*. Per GRUENING, *Origini*, cit., la componente della scuola della *Public Choice* esercita una forte influenza sul movimento del NPM, ma la dimensione della PA partecipata sarebbe da ricondurre piuttosto al pensiero della *New Public Administration*.

(121) AUCCOIN, *loc. ult. cit.*

(122) Questa la ricostruzione di HOOD, *The "New Public Management"*, cit.; e di AUCCOIN, *op. ult. cit.* Per HINNA, *op. ult. cit.*, pp. 53-54, invece, le tre componenti del NPM sarebbero le teorie delle scelte pubbliche, dei costi di transazione e della relazione *principal-agent*. A. DI PAOLO, *La riforma dell'amministrazione pubblica italiana attraverso l'applicazione dei principi del new public management. Seconda parte*, in *Amm. It.*, 2006, pp. 819 e ss. sembra invece far riferimento soprattutto alla componente manageriale; v. infine anche G. GRUENING, *Origini e basi teoriche del New Public Management*, in *Azienda pubblica*, 1998, pp. 669 e ss.

ed universalmente valide, in Europa esse si diffondono rapidamente sia per impulso dell'OCSE¹²³, sia e soprattutto per spontanea imitazione tra gli ordinamenti¹²⁴. Gli effetti più noti ne sono la c.d. privatizzazione delle imprese pubbliche, la liberalizzazione di alcuni settori dell'economia precedentemente riservati, la diffusione delle c.d. Autorità amministrative indipendenti con funzione di regolazione e vigilanza su alcuni specifici settori e la riforma del pubblico impiego.

Le idee del NPM esercitano una forte influenza anche a livello di principi sull'organizzazione amministrativa e sulla disciplina dei contratti pubblici, che divengono intimamente collegati. Il movimento di riforma, come accennato, propone una struttura di Stato per "agenzie" esterne specializzate – pubbliche, (formalmente e/o sostanzial-

(123) OECD, *The public sector in the 1990s: its Role and Effectiveness*, GD/OECD (91) 171; v. anche successivamente OECD, *Public sector modernisation: changing organisations*, GOV/PUMA (2003) 19, §§7-12, che individua le linee di tendenza che guidano le riforme amministrative negli Stati membri: diversificazione, specializzazione, uso di incentivi per rafforzare le riforme, costruzione di fiducia democratica attorno all'apparato dello Stato e verificabilità dei risultati raggiunti. V. anche i Rapporti OECD per gli anni 1988 e 1990. Non si condivide invece l'idea che le teorie del «*new public management*» abbiano esercitato una forte influenza a livello comunitario nella costruzione del mercato interno, espressa da NAPOLITANO, *I grandi sistemi*, cit., p. 53: l'atteggiamento comunitario sul ruolo economico del pubblico sembra più ambiguo e, per molti aspetti, più impermeabile ad influenze esterne rispetto al diritto dei singoli Stati membri; si sottolinea inoltre come nessuno dei Trattati individui competenze comunitarie in merito all'organizzazione amministrativa degli Stati membri, limitandosi al più a porre limiti all'azione dello Stato apparato; va comunque riconosciuto l'esercizio di una qualche influenza del pensiero liberale – componente del NPM – sull'interpretazione dei Trattati e del diritto derivato da parte delle istituzioni e degli operatori nazionali e comunitari, che si concretizza nella attuazione delle c.d. liberalizzazioni di alcuni settori economici (comunicazioni elettroniche; produzione e distribuzione di acqua, gas naturale ed elettricità e gestione delle relative infrastrutture; trasporto ferroviario e gestione delle relative infrastrutture); sembra però trattarsi di punti di contatto tra i due sistemi di pensiero più che di un'effettiva penetrazione del NPM nell'ordinamento comunitario.

(124) Su questo specifico aspetto v. C. KNILL, A. LENSCHOW, *Compliance, Competition and Communication: different approaches of European Governance and their Impact on National Institutions*, in *Journal of Common Market Studies*, 2005, 3, pp. 583 e ss.: gli Autori sottolineano come la competizione tra ordinamenti produce convergenza spontanea verso il sistema amministrativo ritenuto più efficiente. Questo modello non è, ovviamente, l'unico: W. WALLACE, *Introduction*, in W. WALLACE (a cura di), *The Dynamics of European Integration*, Pinter, London 1990, pp. 5 e ss., sviluppa la distinzione tra «*informal integration*», determinata da fattori spontanei quali l'evoluzione sociale e tecnologica o la circolazione delle idee, e «*formal/institutional integration*», determinata da scelte politiche espresse; tuttavia la distinzione sembra priva di valenza euristica, descrivendo il fenomeno senza spiegarne le ragioni profonde; K. J. PAPADOULIS, *EU integration, Europeanization and administrative convergence: the Greek case*, in *Journal of Common Market Studies*, 2005, 2, p. 350, lo sviluppa applicandolo al sistema greco. Per il sistema inglese, cfr. anche C. HILSON, *The Europeanization of English Administrative Law: Judicial Review and Convergence*, in *European Public Law*, 2003, 1, pp. 125 e ss. V. anche lo studio comparativo di HOOD, *The "New Public Management"*, cit., p. 100.

mente) private o di natura mista, al fine di acquisire o non perdere *expertise* e *know-how* – cui il centro decisionale politico affida incarichi specifici¹²⁵. Il sistema dei contratti pubblici e lo strumento della gara che lo caratterizza diviene centrale perché non più limitato alla selezione di controparti contrattuali che approvvigionino il settore pubblico di fattori di produzione, ma volto all'individuazione di soggetti cui il settore pubblico affida incarichi esecutivi su base contrattuale. Si tratta di schemi già conosciuti dai sistemi amministrativi analizzati, ma che assumono nuova importanza e vengono riconsiderati da una nuova prospettiva.

D'altronde la conseguenza forse più importante del NPM, per ciò che qui interessa ed anche a fronte di letture che considerano avere il movimento concluso il suo ciclo¹²⁶, è l'essere stato un sistema di pensiero rivoluzionario à la Kuhn: ha proposto schemi ed istanze (anche eventualmente) già noti sotto una diversa prospettiva, permettendo l'emersione degli interessi degli amministrati (siano essi persone fisiche o imprese) anche in contrapposizione con l'interesse della P.A., prima ritenuta unico arbitro di ciò che fosse meritevole di interesse pubblico.

(125) V. al riguardo la sintesi in OECD, *Modernising Government*, cit., §§415 e ss. Il rapporto chiarisce la distinzione tra gli strumenti che il pubblico ha a disposizione: esternalizzazione, partenariato pubblico-privato e *vouchering* sono gli strumenti più diffusi.

(126) P. DUNLEAVY et al., *New Public Management is Dead – Long Live Digital-Era Governance*, in *Journal of Public Administration research and Theory*, 2006, pp. 467 e ss., argomenta essere il NPM non più “nuovo”, dopo oltre due decenni di riforme, e che la tendenza e l'obiettivo cui dovrebbero tendere le P.A. moderne non dovrebbe essere il modello proposto dal NPM, ma quello permesso dalla tecnologia digitale – anche noto in Europa come «*e-administration*»; per HINNA, *Organizzazione*, cit., le nuove tendenze sarebbero invece quelle della «*new public governance*», che si concentra sulla regolazione dell'opportunità e sul conflitto *principal-agent*. Sembra a chi scrive, però, che al di là delle etichette, necessariamente imprecise ma anche *tranchant*, queste stesse istanze e proposte fossero presenti nella componente di *Public Choice* e di scienze comportamentali del NPM. Per J. DE VRIES, *Is New Public Management Really Dead? - Public Administration after New Public Management*, intervento alla Conferenza *Public Administration After New Public Management*, OECD, Parigi, 03.06.2009, pubblicato su www.oecd.org, GOV/PGC/SBO/RD (2009) 3, il movimento si trova ad un crocevia: nato per risolvere problemi di efficienza, si trova adesso a dover affrontare problemi di effettività dell'azione.

6. «New public management» e sistemi britannico, italiano e francese

In una prima fase l'ordinamento britannico accoglie un'impostazione rigida: solo i compiti essenziali devono essere esercitati dallo Stato in regime di monopolio, con riduzione al minimo dell'autonomia dei dirigenti (ed espansione del centro decisionale politico). Le altre attività pubbliche vengono dismesse o privatizzate, perché si ritiene che la gestione (in forma) privata conduca automaticamente a migliori risultati in termini di efficienza¹²⁷. Nel caso in cui rimangano in mano pubblica, qualunque sia la forma, esse sono svolte in concorrenza con i privati, perché la pressione competitiva comporta un più efficiente impiego delle risorse. Nella seconda metà degli Anni Novanta il sistema si addolcisce: per la c.d. *Best Value Doctrine* il *manager* pubblico deve godere di un certo margine di discrezionalità per perseguire con i mezzi che ritiene più adeguati il miglioramento complessivo nell'esercizio delle funzioni dell'Ente che dirige, misurabile in termini finanziari, di efficienza (unità di *output* per unità di *input*) ed efficacia (capacità di perseguire e realizzare gli obiettivi prefissati)¹²⁸.

In Italia la crisi sociale, economica, politica ed istituzionale dell'inizio degli Anni Novanta permette l'attuazione di una serie di riforme che, negli anni 1990-1993, introducono le nozioni di funzionalità, flessibilità, efficienza, economicità per individuare i ca-

(127) V. la sintesi e l'analisi critica, fondata su dati empirici, di D. PARKER, K. HARTLEY, *Do changes in organizational status affect financial performance?*, in *Strategic management Journal*, 1991, pp. 631 e ss.; in D. PARKER, S. MARTIN, *Privatization and economic performance through the UK Business cycle*, in *Managerial and Decision Economics*, 1995, pp. 225 e ss., il pensiero viene sviluppato sulla base di ulteriori dati riferiti al trentennio precedente, che

(128) V. Cabinet Office, *Modernising Government. A White Paper*, marzo 1999. La dottrina viene formalizzata per gli Enti locali nella sec. 3, §1, *Local Government Act*, 1999. L'obiettivo del perseguimento del «*well-being*» da parte dell'Ente locale, di cui alle Sec. 2 e 111, *Local Authorities Act* 1972, per Court of Appeal, *Brent LBC v. Risk Management Partners Ltd*, 09.06.2009 (op. LJ Pill), §115, consiste in ogni «*action directly to promote or improve a healthy or a prosperous condition*», non limitata ad un risparmio finanziario.

ratteri che la P.A. deve rispettare e perseguire non solo nella sua azione¹²⁹, ma anche nell'organizzazione dell'apparato burocratico¹³⁰. Gli Enti locali da un lato vengono assoggettati al c.d. Patto di stabilità, al fine di contenere la spesa pubblica; dall'altro vedono accresciuta la propria discrezionalità nella fornitura di servizi pubblici con l'acquisizione definitiva degli strumenti della società di capitali e delle società a capitale misto pubblico-privato.

È incentivata la struttura della P.A. per “agenzie” operative (anche formalmente private), cui il centro decisionale politico impartisce direttive, soprattutto a livello degli Enti locali¹³¹; dati empirici dimostrano come questa possibilità, già presente, sia stata sfruttata notevolmente¹³². Su questo aspetto si concentra l'attenzione politica e istituzionale: sono apportate numerose e continue modifiche al sistema di gestione dei servizi pubblici locali¹³³. Il tema dei limiti d'azione territoriale di dette società viene affronta-

(129) V. art. 1, c. 1, l. 241/1990; come noto, l'art. 1, c. 1, l. 11.02.2005, n. 15, in G.U.R.I. 21.02.2005, n. 42, ha introdotto altresì i criteri di trasparenza e di adeguamento al diritto comunitario. V. *ex multis* M. BASSANI, V. ITALIA, *Commento al comma 1*, in V. ITALIA, (coordinato da), *L'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 67 e ss. L'art. 7, c. 1, lett. a), n. 1), l. 18.06.2009, n. 69 in G.U.R.I. 19.06.2009 n. 140, ha emendato il testo interpolando la parola «*imparzialità*».

(130) V. artt. 2, c. 1, 4 e 5 d. lgs. 03.02.1993, n. 29, in G.U.R.I. 02.03.1993, S.O. n. 14; i principi sono confermati successivamente ad esempio nel Capo I, spec. artt. 1-2 e 6, l. 24.12.1993, n. 537, G.U.R.I. 28.12.1993, SO n. 303; l. 15.05.1997, n. 127, in G.U.R.I. 17.05.1997, SO n. 113; da ultimo, D. lgs. 30.03.2001, n. 165, in G.U.R.I. 09.05.2001 S.O. n. 112. V. le conclusioni di A. DI PAOLO, *La riforma dell'amministrazione pubblica italiana attraverso l'applicazione dei principi del new public management. Seconda parte*, in *Amm. It.*, 2006, pp. 992 e ss. Per gli Enti locali, v. l. 15.03.1997, n. 59, in G.U.R.I., 17.03.1997, SO n. 63.

(131) V. prima l'art. 22, l. 142/1990, e poi gli artt. 113, c. 5, e 113-bis d. lgs. 267/2000, in G.U.R.I. 28.09.2000 n. 227, S.O. n. 162.

(132) Rapporto 2007 di Unioncamere, *Le società partecipate dagli Enti locali*, Retecamere srl, Roma 2008. Cfr. anche l'efficace sintesi contenuta nel Comunicato stampa del 22.01.2008, significativamente intitolata in contrapposizione alle riforme del 1993 “*Unioncamere: la prima mappa del capitalismo pubblico locale*”, reperibile sul sito www.unioncamere.it. Nel 2005 quasi il 90% dei Comuni italiani partecipa ad una società di capitali; in media ognuno di essi è socio di 7 società e ne controlla più della metà; le società partecipate da soli comuni sono circa il 60% del totale delle società partecipate da Enti locali; da sole Regioni, Province o Comunità montante circa il 10%; il restante 30% vede la compartecipazione di Enti locali di diverso livello. Il valore complessivo del settore si aggira intorno ad un punto percentuale di PIL ed occupa circa l'1,2% della popolazione attiva.

(133) Il legislatore è intervenuto sull'art. 113 TUEL secondo due schemi: **1)** direttamente sul testo: v. art. 35, l. 448/2001, in G.U.R.I. 29.12.2001 n. 301, S.O. n. 285; art. 14, c. 1, d. l. 269/2003, in G.U.R.I. 02.10.2003 n. 229 e poi nuovamente dalla l. 326/2003, in G.U.R.I. 25.11.2003, n. 274, S.O. n. 131, di conversione del d.l. 269/2003; art. 4, c. 234, l. 350/2003, in G.U.R.I. 27.12.2003 n. 299, S.O. n. 196;

to dal Consiglio di Stato nella nuova prospettiva della appartenenza funzionale dell'agenzia ad un Ente, manifesta nella provenienza dei fondi, che ne limita l'azione ai confini geografici dell'Ente pubblico¹³⁴. Esigenze di contenimento e stabilità finanziaria emergono nel divieto, per gli Enti pubblici locali, di acquistare quote in società di capitali non aventi per oggetto la produzione di beni o servizi strettamente necessari al perseguimento delle proprie capacità istituzionali¹³⁵. Il Legislatore interviene successivamente solo con riferimento alle società dirette affidatarie di incarichi da parte di Enti pubblici: rinviando ad esigenze di tutela della concorrenza, ne vieta l'attività oltre gli incarichi affidati sanzionando di nullità i contratti in violazione ed impedendo la par-

art. 1, c. 48, l. 308/2004, in G.U.R.I. 27.12.2004 n. 302, S.O. n. 187; con interessante effetto domino, l'art. 15, d.l. 223/2006, come modificato dalla l. 248/2006, di conversione, in G.U.R.I. 11.08.2006 n. 186, S.O. n. 183, modifica parte dell'art. 14, c. 1, d.l. 269/2003, appena citato; art. 2, c. 175, l. 244/2007, in G.U.R.I. 28.12.2007 n. 300, S.O. n. 285; **2**) introducendo disposizioni *a latere* per modificare o precisarne la portata: art. 35, c. 15, l. 448/2001, che aggiunge l'art. 113-*bis* al TUEL; art. 13, d.l. 223/2006; art. 23-*bis*, d. l. 112/2008, aggiunto in sede di conversione in l. 133/2008, in G.U.R.I. 21.08.08 n. 195, S.O. n. 196; l'art. 15, d.l. 135/09, in G.U.R.I. 25.09.09 n. 223 modifiche all'art. 23-*bis*; art. 3, c. 27-29, l. 24.12.2007, n. 244.

A livello normativo fondamentale l'intervento nel dibattito della Corte costituzionale (C. Cost., sentenza 27.07.2004, n. 272, in G.U.R.I. 04.08.2004 n. 30, S. sp., dichiara illegittima la disposizione per violazione delle competenze riservate in via esclusiva alle Regioni dal nuovo art. 117 Cost.; C. Cost., sentenza 01.02.2006, n. 29, chiarisce la portata di principio generale della disciplina posta dall'art. 113 TUEL; v. anche C. Cost. 439/2008 dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, c. 3, l. prov. aut. Bolzano n. 12/2007, in materia di affidamento di servizi pubblici locali, per violazione della disciplina comunitaria della concorrenza).

A livello interpretativo, v. l'intensa attività di segnalazione dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato: tra i molti cfr. AGCM, segnalazione 09.11.2001, n. AS222, in Boll. 43/2001, fornisce indicazioni al legislatore in materia di gestione delle reti; AGCM, segnalazione 07.08.2003, n. AS266, in Boll. 35-36/2003, in merito alla gestione del servizio idrico integrato; AGCM, segnalazione 13.09.2005, n. AS311, in Boll. 35/2005, denuncia la non uniforme applicazione sul territorio nazionale delle disposizioni in materia di gestione delle reti; AGCM, segnalazione 30.05.2006, n. AS339, in Boll. 20/2006, sulla legge regionale dell'Emilia-Romagna per l'organizzazione dei servizi idrici integrati e la definizione dell'Ambito Territoriale Ottimale; AGCM, segnalazione 28.12.2006, AS375, in Boll. 50/2006, in materia di affidamento diretto del servizio di raccolta e smaltimento di rifiuti solidi urbani in Campania; AGCM, segnalazione 04.08.2008, AS468, in merito all'affidamento diretto di alcuni servizi territoriali in Abruzzo. Interessante anche la segnalazione del 24.07.2008, n. AS457, con la quale l'AGCM critica il contenuto dell'art. 23-*bis* d.l. 112/2008 aggiunto in sede di conversione in l. 133/2008 quanto all'attribuzione di competenza di supervisione delle scelte degli Enti pubblici locali in materia di affidamenti diretti e gestione in proprio di servizi pubblici locali. Da rilevare che questa ulteriore competenza consultiva ha portato già alla pronuncia di oltre sessanta pareri dal febbraio all'agosto 2009.

(134) *Ex primis*, Consiglio di Stato, Ad. Gen., Parere 16.05.1996.

(135) Così l'art. 3, c. 27, l. 24.12.2007, n. 244, in G.U.R.I. 28.12.2007, n. 300 (s.o.)

tecipazione a gare presso altri Enti pubblici¹³⁶.

Queste ultime esigenze vengono richiamate dall'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato con una tra le sue prime segnalazioni, anche per il sistema dei contratti pubblici: motivando alla luce sia dell'ordinamento comunitario, sia di esigenze di competitività del sistema economico italiano, l'AGCM chiarisce tra gli altri che il sistema della gara preceduto da pubblicazione del bando su Gazzetta Ufficiale, garantendo una scelta imparziale e trasparente della P.A., è il necessario presupposto per il corretto funzionamento di meccanismi concorrenziali che permettano un'efficiente organizzazione dei mercati¹³⁷. Le successive Leggi Merloni accolgono molti dei suggerimenti dell'Autorità nel sistema degli appalti di lavori pubblici.

Dell'esperienza italiana vanno sottolineati quattro aspetti. Anzitutto l'incertezza – comune ad altri ordinamenti – sul significato giuridico di alcune espressioni mutate dall'esperienza aziendalistica, divenute parametro di legalità di azione, organizzazione amministrativa e criterio di valutazione della responsabilità dei vertici¹³⁸: ad esempio è sfuggente la nozione di «*efficienza*»¹³⁹, anche nei suoi rapporti

(136) Con riserva di approfondire *infra*, Capitoli 4-6, v. le modifiche introdotte all'art. 113, c. 5 e 6, d. lgs. 267/2000 dall'art. 14, c. 1, d. l. 269/03; v. anche l'art. 13, d.l. 223/2006, conv. in l. 248/06, che sancisce il divieto per le società degli Enti locali di agire oltre gli incarichi affidati, con altri Enti o privati, sanzionando di nullità i contratti conclusi in violazione; e l'art. 23-*bis*, d.l. 112/2008, conv. in l. 133/2008.

(137) AGCM, *Segnalazione Appalti pubblici*, cit., pp. 18 e ss.

(138) Si rinvia su questi punti alla trattazione di MERCATI, *Responsabilità amministrativa*, cit.,

(139) P. GIACOMELLI, *I controlli di efficienza e di efficacia secondo la legge 8 giugno 190, n. 142*, (estratto da *L'Amministrazione Italiana*, nn. 10, 11, 12/1993 e 1/1994), pp. 41-42, individua cinque nozioni di «*efficienza*» (economica dei fattori; tecnica dei fattori; finanziaria; distributiva; dinamica). Per M. V. LUPÒ AVAGLIANO, *Introduzione*, in M. V. LUPÒ AVAGLIANO (a cura di) *L'efficienza della Pubblica Amministrazione. Misure e parametri*, l'efficienza è misurabile in quantità di *output* per unità di *input*; non è posta tuttavia una distinzione tra attività materiale ed attività giuridica della P.A. Cerca di trovare un significato esclusivamente giuridico alla nozione MERCATI, *Responsabilità amministrativa*, cit.: il significato sarebbe da collegare al raggiungimento di risultati specificamente individuati, da un lato, e nella tutela di interessi legittimi, dall'altro, con assonanza (implicita) alla nozione civilistica di obbligazioni di risultato; l'A. nella voce *Efficienza della Pubblica Amministrazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 2006, §5, chiarisce che il contenuto della nozione di «*efficienza*» è determinato dal significato di «*economicità*», quale proporzionalità tra risorse impiegate e risultato ottenuto, ed «*efficacia*», rapporto tra risultati in concreto raggiunti rispetto ai fini individuati.

con l'«*efficacia*»¹⁴⁰ e con l'«*economicità*»¹⁴¹; a diverso livello è ambigua la nozione di «*concorrenza*», quale meccanismo che dovrebbe indurre il pubblico ad essere più efficiente e come bene da tutelare o da promuovere. In secondo luogo, le riforme sono spesso dettate più da esigenze di bilancio (anche di breve periodo) che da un disegno organico riguardante una nuova forma di Stato¹⁴². In terzo luogo va notato che questi interventi – soprattutto a partire dalla seconda metà degli anni Novanta – a volte aggiornano il precedente assetto in base a nuovi criteri. Questo è particolarmente evidente nella nuova giustificazione dei limiti all'attività extraterritoriale delle società degli Enti locali, precedentemente ricondotta a limiti geografici di competenza e successivamente a caratteri funzionali e ad esigenze di bilancio, e ad esigenze di tutela della concorrenza. Questi ultimi due aspetti sono percepiti dagli operatori del settore, che denunciano l'assenza di un disegno organico di riforma ed incertezza e frammentarietà del *corpus* regolamentare¹⁴³. Infine il ritmo incessante degli interventi legislativi, anche di semplice ritocco, ed il difetto di una riforma culturale, prima che giuridica, del *management* pubblico hanno ridotto notevolmente la reale portata delle riforme interventi stata-

(140) GIACOMELLI, *I controlli*, cit., pp. 42 e ss.; LUPÒ AVAGLIANO, *op. ult. cit.*, distingue le due categorie perché l'efficienza sarebbe misurabile in termini di *output*, mentre l'efficacia sarebbe collegata al diverso concetto di *outcome*; la distinzione non è tuttavia approfondita. V. anche MERCATI, *op. ult. cit.*, §5.

(141) Su questa accezione di «*economicità*» v. P. CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella Pubblica Amministrazione*, CEDAM, Padova 2007, pp. 46 e ss., per il quale l'espressione, nel d.lgs 165/2001, coincide contenutisticamente con la nozione di cui all'art. 2082 c.c., quale criterio di organizzazione, e significa essenzialmente «*equilibrio economico*»; v. anche MERCATI, *op. ult. cit.*, §5.

(142) Così BASSANI, ITALIA, *op. cit.*, p. 70. Per gli Enti locali, v. GIACOMELLI, *I controlli*, cit. In via generale, va nella stessa direzione CERBO, *loc. ult. cit.*, e succ. pp. 73 e ss., il quale nota come l'«*equilibrio economico*» rilevante per la P.A. non ha né natura né portata dell'equilibrio (di lungo periodo) che l'impresa deve ricercare.

(143) V. Confservizi, *L'evoluzione economica delle imprese di servizio pubblico locale. Andamenti generali e settoriali 2003-2008. Confronto con i dati Mediobanca*, 2009, tabella 1, reperibile sul sito www.confsvizi.it. Nella stessa direzione il rapporto Assonime, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, 2008, reperibile sul sito www.assonime.it; quest'ultimo sottolinea le contraddizioni del legislatore, che da un lato consiglia la scelta societaria, per la gestione in particolare di servizi pubblici locali, e dall'altro però impone stringenti limiti all'organizzazione interna e all'operatività esterna, assimilando di fatto le società pubbliche alle P.A. ma discriminandole rispetto alle private e rendendo inutile e ridondante il loro uso.

li; ne sia nuovamente d'esempio l'esperienza degli Enti locali: Unioncamere rileva come gli organi amministrativi delle società a capitale (misto) pubblico locale, contrariamente all'idea di efficienza, efficacia e celerità che dovrebbe caratterizzarle, sono decisamente pleorici, contando in media 27 componenti¹⁴⁴; il risultato economico di queste strutture (in termini di risultato operativo/capitale investito, ROI) è pari nel 2009 al 48% del ROI realizzato dalle imprese Mediobanca e al 52% delle imprese Mediobanca del settore servizi¹⁴⁵. In generale deve essere rilevato che, pur comportando forti innovazioni al sistema amministrativo italiano, le riforme legislative ispirate al «*new public management*» non sono riuscite a provocare la auspicata rivoluzione della cultura e delle prassi dei funzionari pubblici, che ne avrebbero dovuto essere protagonisti ad ogni livello.

In Francia la circolare del Primo Ministro Rocard del 1989¹⁴⁶ individua le linee di riforma organica dello Stato attraverso il rinnovamento del sistema dei servizi pubblici. In esecuzione sono istituiti sperimentalmente i «*centres de responsabilité*», organi dirigenziali dotati di particolare autonomia operativa rispetto agli obiettivi fissati nel progetto di servizio¹⁴⁷; sono impostati i primi passi di informatizzazione della P.A., a fini di maggiore trasparenza della P.A.¹⁴⁸; sono avviate riforme per la “privatizzazione” del pubblico impiego¹⁴⁹. Solo queste ultime ricevono un seguito immediato effettivo¹⁵⁰, ma

(144) V. il rapporto di Unioncamere, *Capitalismo municipale*, cit.

(145) V. Confservizi, *L'evoluzione*, cit., tabella 4. In compenso, queste strutture sembrano essere meno esposte alle conseguenze della crisi: v. tabella 1.

(146) *Circulaire relative au renouveau du service public*, 23.02.1989, in J.O.R.F. 24.02.1989, pp. 2526 e ss.

(147) *Circulaire relative au renouveau du service public: centres de responsabilité*, 25.01.1990, in J.O.R.F. 01.02.1990, p. 1346.

(148) *Circulaire relative au développement de l'information administrative du public à travers la télématique*, 25.10.1990, in J.O.R.F. 04.02.1990, p. 7 e ss.; *Circulaire relative à l'information administrative du public par voie télématique*, 31.01.1990, in J.O.R.F. 04.02.1990, p. 1346.

(149) *Circulaire relative à la déconcentration de la gestion des personnels de l'Etat*, 09.04.1991, in J.O.R.F. 13.04.1991, p. 4910.

(150) In via generale, v. il *Décret* 18.11.1994, n° 94-1017, in J.O.R.F. 26.11.1994, p. 16778. V. anche i *Décret* 27.07.1992, n°92-737 e n° 92-738, in J.O.R.F. 31.07.1992, p. 10313, in materia di personale

la penetrazione dei principi proposti incontra forti difficoltà nei settori più strettamente legati alla cultura del pubblico servizio, quali l'istruzione, la sanità e la difesa¹⁵¹.

Le istanze di riforma strutturale della P.A. ispirate al NPM incontrano forti resistenze¹⁵². I motivi sono di diversa natura: le riforme proposte sono parziali e non integrate in un disegno più ampio¹⁵³; esse propongono una forma di Stato strutturato in agenzie, che interviene solo ove strettamente necessario, che già è intellettualmente presente nel pensiero giuridico francese; inoltre il NPM si pone come strumento di ri-legittimazione dello Stato e della P.A., mentre in Francia non esiste un forte dissenso intorno a funzioni e scopi dell'apparato pubblico¹⁵⁴. Anche le riforme dell'organizzazione proposte inizialmente, a ben vedere, hanno l'obiettivo di potenziare meccanismi già presenti, non di introdurne di nuovi.

L'atteggiamento francese verso il NPM sta però mutando: la campagna per le elezioni presidenziali e politiche del 2007 ha avuto tra i principali argomenti la riforma dello Stato, come istituzione o come forma costituzionale. Recentemente, prendendo anche lo spunto della crisi economico-finanziaria 2008-2009, con l'istituzione del *Service*

sanitario; e il *Décret* 10.02.1997, n° 97-114, in J.O.R.F. 11.02.1997, p. 2303, sui dipendenti del Ministero della Pubblica Istruzione.

(151) In questo senso v. l'analisi di A. COLE, G. JONES, *Reshaping the State: Administrative reform and New Public Management in France*, in *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, 2005, Oct., pp. 566 e ss.; MEIER, O'TOOLE, *The Proverbs*, cit.; D. JEAN-PIERRE, *Rémunérer le mérite dans la fonction publique: la grande illusion ou un nouvel espoir?*, in *Sem. Jur. - Coll. Terr.*, 15.11.2004, pp. 1738 e ss.

(152) V. le considerazioni di G. BRAUN, *Rapport d'information au Sénat*, n° 348, 31.05.2001, p. 6, disponibile su www.senat.fr; M. SENIMON, *Regards sur le «management public» en Europe: quels enseignements pour la France?*, testo del *Colloque du Sénat «Réformer l'Administration Publique pour réussir l'acte II de la décentralisation»*, 12.11.2003, disponibile su www.unilim.fr;

(153) Così BRAUN, *Rapport*, cit., p. 64, che imputa il fallimento delle riforme strutturali alla scarsa flessibilità del sistema delle finanze pubbliche, non riformato per adeguarsi alle istanze espresse ad esempio nell'istituzione dei «centres de responsabilité».

(154) Questo aspetto può spiegare anche lo scarso successo del «new public management» nei Paesi dell'Europa dell'Est: in un momento di assenza dell'apparato amministrativo, a seguito del crollo sovietico, la dottrina del NPM, che ha per presupposto l'esistenza di una P.A. di tipo weberiano, non trova terreno fertile di diffusione. V. W. DRECHSLER, *The Re-Emergence of "Weberian" Public Administration after the Fall of New Public Management: The Central and Eastern Europe Perspective*, in *Halduskultuur Journal*, 2005, 6, pp. 94 e ss.; Id., *Towards a Neo-Weberian European Union? Lisbon Agenda and Public Administration*, in *Halduskultuur Journal*, 2009, pp. 6 e ss.

*des achats de l'Etat*¹⁵⁵, viene introdotto il criterio della «*performance*», di origine aziendalistica e precedentemente sconosciuta al vocabolario giuridico-amministrativo francese¹⁵⁶, per valutare l'azione pubblica.

7. «New public management», obbligo di procedura di gara e fenomeno dell'autoproduzione

Per il «*new public management*» il fenomeno dell'autoproduzione di beni e servizi da parte della P.A. è problematico in tre diverse prospettive. Esso contraddice l'idea di Stato minimo, che esercita in regime di monopolio le attività immateriali e pochissime attività materiali considerate essenziali. Inoltre esso accentua la tensione tra discrezionalità del *manager* pubblico nella scelta degli strumenti con cui perseguire efficacemente gli obiettivi imposti dal decisore politico e le necessità di bilancio e di trasparenza, che impongono che le operazioni di svolgimento materiale di beni o servizi vengano affidate a terzi a seguito di procedura di gara. Infine la struttura per “agenzie” che il NPM propone come paradigma organizzativo pone il problema logico, prima che giuridico, di individuare quando una “agenzia” possa essere considerata un elemento interno della P.A.

Nell'ambito delle riforme *market-oriented*, il Regno Unito adotta programmi di *Compulsory Competitive Tendering*, che rendono obbligatorio – salve circostanze ec-

(155) Décret 17.03.2009, n° 2009-300, in J.O.R.F. 19.03.2009, testo n. 34, sul quale v. G. CANTILLON, *Création du «Service des achats de l'État»: vers un achat public performant et durable?*, in *Contrats et Marchés publics*, 2009, Mai, étude 5; v. anche la nota redazionale di JDP – *Coll. Terr.*, 2009, 14, act. 390; e CH. LAJOYE, *Organes de l'achat public*, in *LexisNexis – Jurisclasseur*, Fasc. 60-10, aggiornamento del 30.03.2009, §18.

(156) Così CANTILLON, *op. cit.*, §§ 28 e ss.; v. anche J. CAILLOSSE, *Le droit administratif contre la performance publique?*, in *AJDA* 1999, pp. 195 e ss., per il quale la nozione, che richiederebbe flessibilità ed autonomia decisionale, si contrappone al principio di certezza del diritto, intesa come prevedibilità dei comportamenti. Sulla nozione di «*performance*» rispetto all'organizzazione e all'azione pubblica v. anche OECD, *Public sector modernisation: governing for performance*, GOV/PUMA (2003) 20.

cezionali¹⁵⁷ – il ricorso a procedure pubbliche di confronto concorrenziale tra più offerenti. Anche il contratto concluso con l'«*in-house unit*» è giustificabile solo se, a seguito di procedura di gara, esso risulta l'offerta migliore¹⁵⁸: nella scelta *make or buy* viene dunque preferita nettamente la seconda voce. In apparente superamento dell'alternativa emerge la distinzione tra «*in-house unit*» e «*legally separated entity*», ipotesi che si ravvisa quando il fornitore, pur se formalmente distinto dall'Amministrazione aggiudicatrice, sia connesso alla stessa da una relazione di stretto controllo¹⁵⁹.

Il sistema viene criticato perché allunga i tempi di azione e determina dispersione ed assottigliamento delle competenze tecniche della P.A. Con il *White Paper* del 1999 l'Amministrazione centrale inglese chiarì che il ricorso incondizionato al sistema di *Compulsory Competitive Tendering* è da evitare tanto quanto la preferenza accordata acriticamente agli strumenti dell'autoproduzione pubblica¹⁶⁰. In linea con le idee della corrente del *Best Value*, si dovrebbe ricercare, invece, lo strumento che permetta di massimizzare il valore creato per i cittadini in relazione al caso concreto¹⁶¹.

In Francia nel 2001 viene emanato un nuovo *Code des Marchés Publics*. L'art. 3 chiarisce che ogni contratto intercorrente tra un Ente pubblico ed altro soggetto distin-

(157) S. ARROWSMITH, *Some problems in delimiting the scope of the public procurement directives: privatisations, purchasing consortia and in-house tenders*, in *PPLR*, 1997, pp. 203-204; A. ALAIMO, A. TEMPESTA, *Affidamenti diretti e in house: l'esperienza del Regno Unito*, in *Amministrare*, 2006, pp. 428 e s.

(158) S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Sweet&Maxwell, Londra 1996, pp. 621 e ss. Scopo del sistema, sostiene l'A., è di favorire l'efficiente organizzazione delle strutture amministrative, il continuo processo innovativo sia delle Pubbliche Amministrazioni che degli operatori privati, i quali, con l'apertura di nuovi vasti mercati, avrebbero potuto profittare di economie di scala.

(159) Il problema è posto in particolare da ARROWSMITH, *The law*, cit., p. 415, con riguardo alla Direttiva 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni. L'A. prevede la possibilità che l'Amministrazione e la *closely controlled entity* cerchino di evitare l'applicazione delle procedure di evidenza pubblica, procedendo piuttosto per patti informali; sostiene che una simile pratica sarebbe considerata come un contratto, dalla Corte di Giustizia, con il conseguente obbligo di applicazione della Direttiva.

(160) Cabinet Office, *Modernising Government. A White Paper*, marzo 1999.

(161) Cfr. ancora CEPIKU, *L'esternalizzazione*, cit., pp. 128 e ss.

to, anche se collegato, deve essere preceduto da gara¹⁶²: unica eccezione generale – di derivazione comunitaria - è l'incarico affidato ad un organismo sostanzialmente interno all'Ente che lo affida¹⁶³. Il nuovo testo ha un duplice effetto: permette la riemersione dell'ipotesi dell'autoproduzione, storicamente poco presente nel sistema francese; e travolge il sistema dell'UGAP, che funzionalmente lo sostituiva. Esso viene confermato dal *Conseil d'Etat* nella sentenza *CAMIF* del 2001, che critica il sistema precedente perché contrario al diritto comunitario, segnatamente all'art. 82 del Trattato, perché le centrali di acquisto sarebbero poste in una posizione di quasi-monopolio, della quale il sistema legislativo le indurrebbe ad abusare¹⁶⁴; e all'obbligo di gara imposto dalla Direttiva 93/38/CE¹⁶⁵. La decisione è particolarmente indicativa di un cambiamento interno di mentalità: neanche sette anni prima il Consiglio di Stato aveva deciso in modo diametralmente opposto in una vicenda coincidente¹⁶⁶.

L'impostazione è nuovamente capovolta nel 2006, in occasione dell'attuazione della nuova Direttiva comunitaria in materia di appalti pubblici il cui art. 11, Dir. 2004/18/CE legittima gli incarichi affidati alle centrali di acquisto senza procedura di gara, se nei contratti a valle l'obbligo è rispettato.

In Italia, con forte strappo rispetto al passato e cogliendo l'occasione dell'obbligo di

(162) Décret 07.03.2001, n° 2001-210, in J.O.R.F. 08.03.2001, p. 37003 e ss. Sono esclusi dall'applicazione del *Code* solo i contratti espressamente menzionati nell'art. 3.

(163) L'art. 3, c. 1, n. 1, CMP 2001, riproduce il decisum della c.d. eccezione Teckal, elaborata dalla CGCE. Le altre ipotesi previste riguardano contratti nominati, eventualmente entro determinate soglie di valore.

(164) Il *Conseil d'Etat* sviluppa l'argomentazione come segue: 1. l'art. 25 del Décret 85-801 attribuisce all'UGAP un diritto speciale, consistente nel non essere soggetto a procedura di gara per gli incarichi provenienti dagli Enti pubblici; 2. questo diritto speciale pone l'UGAP in posizione dominante nel mercato degli incarichi d'acquisto da parte degli Enti pubblici; 3. lo stesso diritto pone l'UGAP in situazione di «*abuser automatiquement*» della propria posizione, in contrasto con l'art. 82 del Trattato e l'art. 8 dell'Ordonnance 86-1243.

(165) *Conseil d'Etat*, sentenza 218067/2001, *CAMIF*, cit.

(166) *Conseil d'Etat*, sentenza 29.07.1994, n° 130503, *Coopérative de consommation des adhérents de la Mutuelle Assurance des Instituteurs de France/Premier Ministre*. Il Consiglio di Stato del 2001 ritiene riproponibile la questione per l'intervento *medio tempore* della Dir. 93/38/CEE, non ancora in vigore nel momento in cui ha inizio il primo procedimento.

attuazione di direttive comunitarie, viene imposto lo svolgimento di procedure di gara per i contratti pubblici di opere, servizi e forniture conclusi da qualsiasi Ente pubblico¹⁶⁷. Lo strumento della trattativa privata e, in generale, ogni ipotesi di non applicazione di procedure di gara, diviene eccezionale e deve essere interpretato restrittivamente¹⁶⁸. Tuttavia, rievocando la specifica previsione di cui all'art. 6, Dir. 92/50/CEE, l'art. 5, lett. g), l. 157/97 esclude dall'obbligo di previa procedura di evidenza pubblica gli appalti di servizi conclusi da un'Amministrazione con altra Amministrazione aggiudicatrice; questo meccanismo permette di conservare il sistema di gestione dei servizi pubblici locali per il tramite di "agenzie", di cui all'art. 22 l. 142/1990, perché i soggetti previsti dal c. 3, lettere c), d) ed e) rientrano nella categoria di «*Amministrazioni aggiudicatrici*» di cui alla l. 157/97. La stessa linea di pensiero viene seguita nelle successive stesure dell'art. 113 successivo d. lgs. 267/2000, accentuando il contrasto tra la tendenza del sistema verso l'applicazione di procedure di gara ad ogni contratto stipulato dalla P.A. con terzi e servizi pubblici locali. Su di esso interviene la Corte di Giustizia, con la sentenza *Teckal*.

8. Conclusioni e piano dell'opera

Anche se fenomeno presente in tutti gli ordinamenti esaminati, l'autoproduzione di beni e servizi da parte della P.A. risponde a principi diversi in ragione delle radici storiche, culturali e politiche dei singoli sistemi amministrativi. L'intervento del movimento del «*new public management*» rafforza da un lato gli elementi di fatto comuni, ma accentua anche le differenze di interpretazione dell'istituto e della razionalità che lo sor-

(167) V. rispettivamente l. 109/1994; l. 157/1997, per i soli servizi di cui all'All. 1, che superino determinate soglie minime di valore; d.lgs. 24.07.1992, n. 358, in G.U.R.I. 11.08.1992 n. 188, come modificato anche dalle l. 158/1995 e l. 402/1998, per le forniture che superino determinati limiti di valore.

(168) V. art. 20, c. 3, l. 109/94.; art. 7, l. 157/1997; art. 5, d. lgs. 358/1992.

regge; proponendo un modello di P.A. policentrico, destrutturato in unità anche indipendenti per alcuni aspetti dal centro decisionale politico, il NPM inoltre fa cambiare aspetto alla stessa fattispecie dell'autoproduzione.

L'elaborazione comunitaria in materia di «*in house providing*» riguarda segnatamente le agenzie formalmente private che svolgono funzioni (di approvvigionamento e produzione) precedentemente svolte da uffici interni della P.A. La fattispecie viene esaminata dalla prospettiva della disciplina degli appalti pubblici, elaborata per la realizzazione ed il completamento di un mercato interno in cui le imprese siano libere di muoversi e concorrere indipendentemente dalla nazionalità, che prevede l'obbligo di gara per tutti i contratti che superino determinate soglie di valore.

Nelle successive pagine sarà esaminata l'emersione dell'«*in house providing*» in sede comunitaria (Capitolo 2), la sua autonomia concettuale rispetto ad altre figure presenti nel diritto comunitario degli appalti pubblici (Capitolo 3) e le due fasi dell'elaborazione giurisprudenziale da parte della Corte di Giustizia, dal 2005 al 2007 (Capitolo 4) e dal 2007 ad oggi (Capitolo 5). Saranno poi esaminati i caratteri persistenti della fattispecie (Capitolo 6) e l'evoluzione del contenuto della fattispecie dall'impostazione rigida della prima fase (Capitolo 7) ad una più permissiva, ancora in atto, indagandone la collocazione sistematica con particolare attenzione al richiamo al diritto della concorrenza (Capitolo 8).

Capitolo 2

L'emersione dell'affidamento *in house* nel diritto comunitario

SOMMARIO: 1. Struttura del sistema comunitario degli appalti pubblici e generalizzazione dell'obbligo di gara - 1.1. Contenuto delle direttive – 1.2. Direttive comunitarie in materia di appalti e diritto della concorrenza – 2. La sentenza Teckal – Affidamento *in house* e contratto - 4. Fortuna della sentenza Teckal ed impatto sugli ordinamenti interni degli Stati membri: prime considerazioni - 5. Radici storico-culturali degli ordinamenti amministrativi di alcuni Stati membri e direttrici di penetrazione dell'istituto comunitario dell'*in house providing*. - 5.1. Collocazione sistematica interna della fattispecie Teckal. - 6. Conclusioni.

Nel diritto comunitario la fattispecie dell'*in house providing* emerge quale limite oggettivo esterno della disciplina degli appalti pubblici.

A fronte della generalizzazione dell'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti e, in particolare, dei principi di trasparenza, pubblicità e non discriminazione concretizzati nelle procedure di gara (§1), l'ipotesi problematica dell'affidamento diretto di un incarico da parte di una Amministrazione pubblica ad una "agenzia" formalmente separata ma sostanzialmente interna viene definitivamente individuata con la sentenza *Teckal*, pronunciata dalla Corte di Giustizia su una questione pregiudiziale sollevata dal TAR Emilia Romagna (§2).

La fattispecie elaborata dalla CGCE inerisce il diritto comunitario dei contratti, del quale le Direttive in materia di appalti sono espressione a pieno titolo: identifica un'ipotesi in cui la disciplina predisposta per i contratti (di appalto) non trova applicazione perché non esiste un contratto, ai sensi delle disposizioni comunitarie in materia (§3). Si tratta di un limite esterno, il cui ambito applicativo segue di pari passo l'estensione dei principi di trasparenza, pubblicità e non discriminazione e dell'obbligo di gara (§4).

La decisione incide in ordinamenti diversi tra loro per storia e radici culturali, e la fattispecie dell'*in house providing* assume così da subito connotati differenziati che motivano l'insorgere di numerose questioni interpretative e di contestazioni per violazione del diritto comunitario degli appalti (§5).

1. Struttura del sistema comunitario degli appalti pubblici e generalizzazione dell'obbligo di gara

Per motivi storici, culturali e politici il diritto comunitario non si interessa direttamente dell'organizzazione amministrativa interna degli Stati membri, ma solo della sua attività, quando osta alla creazione di uno spazio unico in cui diritti, persone, imprese, merci, servizi e capitali possono circolare senza impedimenti artificialmente creati¹. Il sistema degli appalti pubblici non fa eccezione: consapevole della frammentazione dei

(1) Questa la logica che sorregge, ad esempio, gli artt. 106 e 107 del TFUE (già artt. 86 e 87 TCE). In giurisprudenza v. da ultimo CGCE, sentenza 09.06.2009, causa C-480/06, *Commissione/Germania (Saechsische Landkreise)*: la Corte esclude che un accordo tra Enti locali, con il quale il Comune di Amburgo promette di riservare a quattro Comuni circumvicini un certo volume di rifiuti da smaltire in un costruendo termovalorizzatore, dietro pagamento di un prezzo per la costruzione del termovalorizzatore stesso, violi il diritto comunitario (degli appalti pubblici), perché esso consiste in un mero accordo di coordinamento che, non essendo nella fase esecutiva, ancora non è violazione del diritto comunitario. In precedenza v. anche CGCE, sentenza 13.01.2005, causa C-84/03, *Commissione/Spagna (Spagna Oli)*, §§37-41, per la quale non è corretto escludere *a priori* dal diritto degli appalti pubblici comunitari gli accordi di «*collaborazione interamministrativa*» senza alcuna considerazione della loro natura puramente amministrativa o commerciale, operata in Spagna dall'art. 3, n. 1, lett. c), Real Decreto Legislativo 16.06.2000, n. 2, in B.O.E. 21.02.2000 n. 148, pp. 21775 e ss., portante *Ley de Contratos de las Administraciones Publicas*.

sistemi nazionali, del ruolo che i soggetti pubblici rivestono nell'economia europea, del potere che ne caratterizza la posizione e della capacità che la combinazione di questi elementi ha di ulteriormente frammentare lo spazio comunitario, la CEE intervenne per disciplinare il potere e l'azione del decisore pubblico².

1.1. Contenuto delle Direttive

Le direttive in materia si fondano sulla competenza nel riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri per la realizzazione del mercato interno. Esse accompagnano il divieto di restrizione quantitative al commercio tra gli Stati membri e della compartimentazione geografica dei mercati con l'abbattimento di barriere "naturali" o "tecniche" quali le differenze linguistiche, culturali e tra sistemi normativi³, per permettere a tutti gli operatori economici presenti negli Stati membri di manifestare il proprio interesse alle offerte sollecitate da ogni Ente pubblico intracomunitario.

La ricerca di uno *standard* è motivo ridondante, predominante soprattutto nelle prime direttive. Preso atto dell'esistenza in tutti gli Stati membri di procedure per l'aggiudi-

(2) V. la Comunicazione della Commissione, 28-29.06.1985, COM(85) 310 def., *Libro bianco sul completamento del mercato interno*, §§ 74 e ss. Sul tema v. soprattutto J. A. SOHRAB, *The single European market and public procurement*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1990, pp. 522 e ss.; M. LIBERTINI, *Parte XII. Il mercato e la concorrenza*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Vol. III, Giuffrè, Milano 2007, p. 408.

(3) La prima Direttiva in materia, Dir. 1971/305/CEE del 26.07.1971, *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*, in G.U.C.E. 16.08.1971 L 185, pp. 5 e ss. (Dir. *Lavori 1971*), viene emanata in concomitanza alla Dir. 1971/304/CEE del 26.07.1971, *concernente la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici ed all'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici tramite agenzie e succursali*, in G.U.C.E. 16.0.1971 L 185, pp. 1 e ss., al cui contenuto e funzione il considerando n. 1 della Dir. 1971/305/CEE fa espresso riferimento. In modo analogo, i Considerando nn. 1 e 2 della Direttiva 1977/62/CEE, *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture*, in G.U.C.E. 15.01.1977 L 013, pp. 1 e ss. (Dir. *Forniture 1977*), chiariscono che le restrizioni quantitative al commercio di beni nelle forniture pubbliche sono vietate dagli artt. 30 e ss. del Trattato, e che tale divieto deve essere completato «*mediante un coordinamento delle procedure in materia di appalti pubblici di forniture*». Il *Libro Bianco sul completamento del Mercato interno*, infine, annovera espressamente la materia degli appalti pubblici tra gli strumenti per l'abbattimento delle barriere "tecniche" (v. Commissione, *Libro Bianco* cit., §§57 e ss.)

cazione di contratti pubblici, caratterizzati da diversi ambiti di applicazione soggettivo ed oggettivo, il diritto comunitario si propone di coordinarle richiamando i principi di non discriminazione, pubblicità ed obiettività nella partecipazione alle procedure di selezione⁴. A tal fine 1) sono riunite sotto nuovi nomi i caratteri comuni dei procedimenti già presenti negli Stati membri, istituendo la procedura «*aperta*», in cui ogni operatore economico interessato ad offrire la prestazione individuata nel bando di gara può presentare un'offerta (procedura che ricorda quella di incanto), e «*ristretta*», dove solo gli operatori invitati dall'Amministrazione aggiudicatrice possono presentarne (riferibile alla licitazione privata e all'appalto-concorso); successivamente è introdotta anche la procedura «*negoziata*», in cui l'Amministrazione consulta operatori di propria scelta concordando i termini del contratto con uno o alcuno di essi⁵; in un primo momento non viene individuata alcuna gerarchia tra di esse; 2) gli ambiti di applicazione oggettivo e soggettivo vengono definiti in modo stipulativo ed autonomo rispetto agli ordinamenti interni degli Stati membri, anche facendo ricorso a elenchi allegati alle direttive⁶; 3) è creato un linguaggio tecnico comune prima tramite rinvio ad una nomenclatura internazionale⁷, poi con l'istituzione da parte della Commissione CE di un *Vocabolario*

(4) V. Considerando n. 3, Direttiva *Lavori 1971*; si deve sottolineare che il Cons. n. 2 chiarisce però che le procedure in vigore negli Stati membri devono essere rispettate, per quanto possibile. Il Cons. n. 4, Direttiva *Forniture 1977*, rinvia agli stessi principi con espresso riferimento alla Direttiva *Lavori 1971*.

(5) Il procedimento è introdotto nel 1988 per gli appalti di fornitura dall'art. 2, §1, n. 2), Direttiva *Forniture 1988*; nel 1989 per gli appalti di lavori pubblici dall'art. 1, §1, Direttiva 1989/440/CEE del 18.07.1989, che modifica la direttiva 71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, in G.U.C.E. 21.07.1989 L 210 pp. 1 e ss. (Direttiva *Lavori 1989*); nei settori c.d. esclusi e nel settore degli appalti di servizi il procedimento è introdotto direttamente rispettivamente dalla Direttiva *Settori esclusi 1993*, nel 1993, e dalla Direttiva *Servizi*, nel 1992.

(6) Il problema è particolarmente acuto per quel che riguarda l'ambito soggettivo di applicazione del diritto degli appalti pubblici, che varia secondo la sensibilità di ciascun ordinamento; la definitiva soluzione sarà raggiunta con l'elaborazione della nozione di «*organismo di diritto pubblico*», sulla quale v. *infra*, in questo stesso paragrafo, e nel successivo Capitolo 3. In ogni caso, per gli appalti di lavori v. All. I, Direttiva *Lavori 1971*, ampliato e precisato dalla Direttiva *Lavori 1989* e dalla Direttiva *Lavori 1993*. Per gli appalti di fornitura v. l'All. I, Direttiva *Forniture 1977*, ampliato poi dalla Direttiva *Forniture 1980* e poi rifiuto nell'All. I, Direttiva *Forniture 1993*.

(7) Il problema è affrontato *ex primis* con riguardo alle specifiche tecniche negli appalti pubblici di lavori dai considerando 1 e 4, Dir. 1971/304/CEE cit., che dovendo scegliere tra sistema CITI («*Classifi-*

*comune degli appalti*⁸; 4) sono imposti contenuti minimi omogenei dei bandi o avvisi di gara, anche con la predisposizione di un modello⁹, da pubblicare in una sezione *ad hoc* della Gazzetta Ufficiale CE¹⁰.

L'intento regolatorio comunitario, volto allo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti¹¹, si manifesta quindi nella creazione di meccanismi di selezione competitiva tra offerenti in condizioni di parità, non discriminazione e trasparenza.

Questo aspetto è potenziato e diventa predominante a partire dal *Libro Bianco per*

cation internationale type, par industrie, de toutes les branches d'activité économique) e il sistema NICE (Nomenclatura delle Industrie stabilite nelle Comunità europee), poi NACE (Nomenclatura generale delle Attività economiche nelle Comunità Europee), opta per questo secondo perché ritenuto più adeguato alle esigenze degli Stati membri CEE. La Direttiva *Lavori 1989*, modificando l'Allegato II della Direttiva *Lavori 1971*, adotta lo stesso sistema; la Direttiva 1993/4/CEE dell'8.02.1993, *che modifica la direttiva 71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*, in G.U.C.E. 16.02.1993 L 038, pp. 31 e s., modifica parte della nomenclatura; il considerando 13 della Direttiva *Lavori 1993* conferma il sistema.

(8) Il *Vocabolario Comune degli Appalti (Common Procurement Vocabulary)* è contenuto nel Regolamento CE 2195/2002 del 05.11.2002, *relativo al vocabolario comune per gli appalti pubblici (CPV)*, in G.U.C.E. 16.12.2002 L 340 pp. 1 e ss.; ad esso rinvia espressamente la Direttiva 2004/18/CE del 31.03.2004, *relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture*, in G.U.C.E. 30.04.04 L 134, pp. 114 e ss. (Direttiva *Appalti*), cons. 36 e artt. 1, §14, e 25, §1, lett. a), a mente del quale, in caso di contrasto tra NACE e CPV prevale il primo; conforme Direttiva 2004/17/CE del 31.03.2004, *che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali*, in G.U.C.E. 30.04.04 L 134 pp. 1 e ss. (Direttiva *Settori esclusi 2004*), art. 1, §13, e 41, §1, lett. a). Il Regolamento CE 213/2008 del 28.11.2007, *recante modifica del regolamento (CE) n. 2195/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al vocabolario comune per gli appalti pubblici (CPV) e delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relative alle procedure per gli appalti pubblici, per quanto riguarda la revisione del CPV*, in G.U.C.E. 15.03.2008 L 74 pp. 1 e ss., riforma il CPV con il dichiarato intento di facilitarne l'uso, e con il fine implicito di incentivare una concorrenza basata sull'innovazione: il sistema di classificazione viene riformato con riferimento al prodotto finale e non ai materiali, con ciò incidendo sul sistema degli appalti – il cui oggetto è individuato con riferimento al CPV – e, quindi, sulle modalità di produrre delle imprese, e non sui fattori di produzione.

(9) In generale, v. Direttiva 1972/277/CEE del 26.07.1992, *relativa alle modalità e condizioni di pubblicazione nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee dei bandi di gara per appalti e concessioni di lavori pubblici* (Direttiva *Bandi*). Per gli appalti di lavori pubblici, v. All. IV-VI, Direttiva *Lavori 1971*, introdotti dalla Direttiva *Lavori 1989*, rifusi nell'art. 11, §6 e All. IV-VI, Direttiva *Lavori 1993*. Per gli appalti di forniture, v. All. III, Direttiva *Forniture 1977, Modelli di bando di gara per gli appalti di forniture*, e successivamente l'All. IV, Direttiva *Forniture 1993*. Per gli appalti pubblici di servizi, v. art. 16 e All. III-IV Direttiva *Servizi*.

(10) In generale, v. Direttiva *Bandi. Ex ultimis*, V. art. 6, §§ 8 e ss., Direttiva *Lavori 1993*; art. 9§2 Direttiva *Forniture 1993*; art. 17, Direttiva *Servizi*. Artt. 36-37 Direttiva *Appalti* e artt. 41-44 Direttiva *Settori esclusi 2004*.

(11) Così i cons. n. 9, Direttiva *Lavori 1971*; cons. n. 12, Direttiva *Forniture 1977*; cons. n. 7, Direttiva *Forniture 1988*; cons. n. 19, Direttiva *Lavori 1989*;

il completamento del Mercato Interno. Sorge una gerarchia tra le procedure già predisposte, con netta preferenza per quelle aperte, che, generalizzate, diventano procedimenti di applicazione necessaria¹²: le procedure ristrette sono limitate ad ipotesi di secondo piano¹³ e le procedure negoziate senza gara a situazioni assolutamente eccezionali¹⁴. Per evitare elusioni della disciplina da parte di soggetti sostanzialmente pubblici è introdotta la nozione di «*organismo di diritto pubblico*», fattispecie generale di chiusura che si affianca e in parte sovrappone ai precedenti elenchi allegati alle Direttive¹⁵.

La disciplina viene estesa agli appalti pubblici di servizi¹⁶ e agli appalti nei settori del trasporto pubblico e della produzione e distribuzione di energia, combustibili, acqua e telecomunicazioni, esclusi dai precedenti testi in ragione del fatto che i relativi gestori non ovunque hanno natura pubblica¹⁷; va incidentalmente notato che solo per questi settori (c.d. “esclusi”) l'ordinamento comunitario si pone un problema di liberalizzazione delle attività, intesa come possibilità di accesso degli operatori economici privati a settori di attività riservati (anche in ragione del loro essere caratterizzati dalla presenza di

(12) V. il *trend* è avviato con cons. n. 11 Direttiva *Forniture 1988* e art. 6, §5, Direttiva *Forniture 1977*, come modificato nel 1988. La gara viene estesa anche ad ipotesi prima non contemplate, come ad esempio i contratti di concessione, sui quali v. *infra*.

(13) V. nella Direttiva *Forniture 1988*, cons. n. 12, e l'art. 6, §2 (di modifica dell'art. 6, Dir. *Forniture 1977*); quest'ultimo richiede che il ricorso alla procedura c.d. ristretta sia motivato dalla natura del prodotto da fornire o dalla necessità di rispettare un equilibrio tra valore dell'appalto e costi della procedura.

(14) V. art. 11, Direttiva *Servizi*; cons. n. 12, e l'art. 6, §3, Direttiva *Forniture 1993*; cons. n. 8, e l'art. 7, §3, Direttiva *Lavori 1993*.

(15) La nozione è prevista per la prima volta con art. 1, n. 1), Direttiva *Lavori 1989*, che sostituisce l'art. 1 della Direttiva *Lavori 1971*, per rendere il più completo possibile l'elenco dei destinatari della disciplina (cons. n. 19).

(16) Direttiva 1992/50/CEE del 18.06.1992, *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi*, in G.U.C.E. 24.07.1992 L 209 pp. 1 e ss. (Direttiva *Servizi*).

(17) Così espressamente il considerando n. 7, Direttiva 1990/531/CEE del 17.09.1990, *relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni*, in G.U.C.E. 29.10.1990 L 297, pp. 1 e ss. (Direttiva *Settori esclusi 1990*); precedentemente v. anche Commissione, *Libro bianco cit.*, §86; cons. 4 e 6, Direttiva *Lavori 1971*; cons. 6-8, Direttiva *Forniture 1977*.

risorse scarse ed infrastrutture di rete)¹⁸: nei settori “classici” (appalti di lavori, forniture e servizi) è in questione la (più limitata) liberalizzazione dell'accesso alla contrattazione con l'apparato pubblico.

Nel 1989 viene previsto che alcuni principi della disciplina in materia di appalti pubblici di lavori siano applicati anche alle concessioni di lavori pubblici¹⁹. La giurisprudenza della CGCE chiarisce successivamente che i principi di imparzialità, trasparenza e adeguata pubblicità derivano direttamente dal Trattato, si concretizzano legislativamente nelle procedure di gara previste dalle Direttive in materia di appalti pubblici, e vanno applicati anche oltre i limiti di valore o sul tipo contrattuale previsti dalle Direttive stesse²⁰.

Le Direttive assumono infine l'aspetto di un sistema coordinato. Viste le modifiche

(18) V. cons. 8, 10-11, Direttiva *Settori esclusi* 1990.

(19) L'art. 1, n. 2 Direttiva *Lavori* 1989 introduce l'art. 1-ter nella Direttiva *Lavori* 1971, che prevede l'applicazione delle regole di pubblicità dei bandi di gara e del loro contenuto anche alle concessioni, con rinvio all'art. 12, §§ 3, 6, 7, 9-12, e al novello art. 15-bis. La disciplina è ribadita nella Direttiva *Lavori* 1993 (v. cons. n. 5 e artt. 1, § 1, lett. D, e 3).

(20) Il percorso vede il passaggio dalla esclusione al completo accoglimento dell'impostazione. CGCE, sentenza 13.10.2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH/Gemeinde Brixen + Stadtwerke Brixen AG*, in *Racc.*, 2005, I-08612 (*Parking Brixen*), nel risolvere la prima questione pregiudiziale sollevata, dichiara non applicabile la Direttiva *Servizi* ai contratti di concessione di servizi pubblici (§§41-43). CGCE, sentenza 21.07.2005, causa C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname)/Comune Cingia de' Botti – Padania Acque S.p.A. (CoNaMe)*, in *Racc.*, 2005, p. I-07287, e in *Foro It.*, 2006, IV, col 77 e ss., chiarisce che i principi di cui agli artt. 43 e 49 TCE ed i principi di trasparenza e non discriminazione, discendendo direttamente dal Trattato, sono applicabili ai contratti che la P.A. conclude a prescindere dal fatto che essi siano qualificabili quali appalto ai sensi delle Direttive comunitarie, ma ancora non richiede che venga svolta una gara. CGCE, sentenza 06.04.2006, causa C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)/Comune di Bari + AMTAB Servizio S.p.A. (ANAV)*, in *Racc.*, 2006, I-03303, in merito all'affidamento del servizio pubblico di trasporto locale, chiarisce che «in linea di principio, l'assenza totale di procedura concorrenziale per l'affidamento di una concessione di servizi pubblici [...] non è conforme alle esigenze di cui agli artt. 43 e 49 CE e nemmeno ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza» (§22). CGCE, sentenza 18.12.2007, causa C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia/Administración General del Estado (Correos)*, non ancora pubblicata conferma che le previsioni contenute nelle Direttive sugli Appalti sono espressione di principi generali che vanno applicati oltre i confini oggettivi delle Direttive stesse (§88). CGCE, sentenza 01.09.2009, causa C-573/07, *Sea s.r.l./Comune Ponte di Nossola + Servizi Tecnologici Comuni – SeTCo S.p.A. (SeTCo)*, §35, chiarisce che la qualità di contratto di appalto o di concessione è ininfluenza sull'applicazione degli artt. 12, 43, 45, 46, 49 e 86 TCE alla procedura che conduce alla sua conclusione: in ogni caso devono essere rispettati i principi di trasparenza e non discriminazione. Sul tema v. anche M. SZYDŁO, *Contracts beyond the scope of the EC procurement Directives – who is bound by the requirement for transparency?*, in *Eur. Law Rev.*, 2009, Oct., pp. 720 e ss.

e la necessità di coordinamento i testi vengono ri-pubblicati in forma di “pacchetto” nel 1993²¹. Sul piano processuale l'ordinamento comunitario cerca di armonizzare i sistemi nazionali per garantire a tutti gli operatori economici efficaci strumenti di tutela avverso le decisioni della P.A. assunte in violazione delle direttive “sostanziali”²². Ne risulta un insieme organico che risponde a principi omogenei, che è possibile definire «*sistema*». La conseguenza più importante, ai fini che qui interessano, è che principi e soluzioni (ma non le eccezioni)²³ elaborati nell'ambito dell'una Direttiva possono essere esportati in un'altra²⁴.

Questo percorso vive un'ulteriore tappa nel 2004, quando i tre testi delle Direttive sostanziali generali vengono rifusi in un'unica Direttiva *Appalti*, cui si accompagna una nuova Direttiva *Settori esclusi*. La codificazione comunitaria attenua alcune rigidità pre-

(21) Direttiva 1993/36/CEE del 14.06.1993, *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture*, in G.U.C.E. 09.08.1993 L 199, pp. 1 e ss. (Direttiva *Forniture 1993*); Direttiva 1993/37/CEE del 14.06.1993, *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori*, in G.U.C.E. 09.08.1993 L199, pp. 54 e ss. (Direttiva *Lavori 1993*); Direttiva 1993/38/CEE del 14.06.1993, *che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni*, in G.U.C.E. 09.08.1993 L 199 pp. 84 e ss. (Direttiva *Settori esclusi 1993*); l'intento codificatorio, più che innovativo, è chiarito nei primi “considerando” delle Direttive generali.

(22) Direttiva 1989/665/CEE del 21.12.1989, *che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori*, in G.U.C.E. 30.12.1989 L 395, pp. 33 e ss. (Direttiva *Ricorsi*)

(23) Per CGCE, sentenza 11.05.2006, causa C-340/04, *Carbotermo + 1/Comune di Busto Arsizio + 2 (Carbotermo)*, §41, le eccezioni espressamente previste nel testo di una direttiva non sono esportabili in altra.

(24) La questione è stata affrontata sia nell'ambito della giurisprudenza originata dalla sentenza c.d. *Teckal*, su cui v. *infra* e nel capitolo seguente; sia con riguardo alla nozione di «*organismo di diritto pubblico*», che si ripete uguale nelle tre Direttive. V. al riguardo in particolare CGCE, sentenza 27.02.2003, causa C-373/00, *Adolf Truley*, in *Racc.*, I-1931, §§39-44; CGCE, sentenza 16.10.2003, causa C-283/00, *Commissione/Spagna (SIEPSA)*, §§ 74 e ss.; nel §76 è affrontato anche il problema della sovrapposibilità tra nozioni di «*organismo di diritto pubblico*» e «*imprese pubbliche*», contenuta nella Direttiva *Settori esclusi 1993*, chiarendo che, nonostante la diversa formulazione, entrambe le fattispecie tendono all'unico obiettivo di garantire l'ambito di applicazione più ampio possibile alle Direttive, che vanno lette insieme perché rispondenti agli stessi principi. CGCE, sent. *Spagna Oli cit.*, §§39-40, chiarisce che, data l'identità di nozioni contenute nelle Direttive *Lavori 1993* e *Forniture 1993*, le soluzioni adottate nell'una possono essere esportate nell'altra.

cedenti istituendo nuove procedure²⁵ e permettendo alcuni moduli organizzativi di dubbia legittimità nel sistema precedente²⁶, manifestando una maggiore attenzione e flessibilità con riguardo alle esigenze delle P.A., attenuando in particolare l'assolutezza dell'obbligo di gara aperta che si evinceva dal sistema precedente²⁷. Su questo ultimo punto si rileva in particolare che il percorso di estensione dell'obbligo di gara anche alle concessioni sembra arrestarsi, con ri-espansione della discrezionalità amministrativa. Infatti la Direttiva *Appalti* prevede e disciplina le concessioni di lavori, individuando obblighi di pubblicità e sollecitazione di offerte per loro valutazione comparativa, ma esclude espressamente dal proprio ambito applicativo le concessioni di servizi, limitandosi ad imporre ai concessionari l'obbligo di rispettare, nella loro attività, il principio di non discriminazione²⁸.

Tuttavia i caratteri essenziali sopra descritti, segnatamente la funzione di standardizzazione e l'intento regolatorio del sistema comunitario degli appalti rimangono invariati.

1.2. Direttive comunitarie in materia di appalti e diritto della concorrenza

L'obiettivo di assicurare una concorrenza non falsata nel settore degli appalti pubblici si concretizza nel c.d. «*favor participationis*», volto a garantire la più ampia parte-

(25) V. artt. 29 (dialogo competitivo), 32 (accordi quadro) e 33 (sistemi dinamici di acquisizione), Direttiva *Appalti*.

(26) Si consideri la previsione delle centrali di acquisto cui le Amministrazioni aggiudicatrici possono ricorrere senza bandire una gara (artt. 1, §10, e 11, Direttiva *Appalti*), che la CGCE, sentenza 18.01.2007, causa C-220/05, *Jean Auroux et al/Commune de Roanne*, (SEDL), aveva dichiarato illegittima con riferimento alla previgente disciplina.

(27) Per l'art. 28, Direttiva *Appalti*, la scelta tra procedure aperte o ristrette è indifferente; le disposizioni successive disciplinano analiticamente le ipotesi nelle quali è possibile ricorrere alle procedure alternative. Nella Direttiva *Settori esclusi 2004*, invece, sembra porre sullo stesso piano le gare aperte, ristrette o negoziate, ferma la necessità che esista comunque un momento di selezione competitiva tra le diverse offerte, comunque sollecitate.

(28) V. rispettivamente il Titolo III, per le concessioni di lavori, e gli artt. 17 e 3, per le concessioni di servizi, Direttiva *Appalti*.

cipazione possibile agli operatori economici interessati a procedure di gara uguali in tutta la Comunità aggiudicate in modo imparziale e non discriminatorio da qualunque decisore pertinente al settore pubblico²⁹. Si avverte un'interferenza e parziale sovrapposizione tra intenti di armonizzazione e regolatori, propri delle Direttive, e disciplina della tutela della concorrenza. Essa è espressa anche dalla coincidenza della nozione di «*impresa*» o di «*operatore economico*» delle Direttive appalti e degli artt. 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)³⁰, appalesata da un esplicito richiamo della CGCE³¹: entità capaci di determinare in autonomia le proprie strategie ed azioni e di offrire sul mercato il proprio *output*, ad un prezzo collegato al valore della prestazione offerta ed in grado tendenzialmente di coprire i costi con i ricavi nel lungo periodo³². Gli obblighi di gara e di trasparenza e il divieto di discriminazione ricordano la disciplina dell'impresa in posizione dominante su un certo mercato desumibile *a contrario* dall'art. 102 TFUE.

La disciplina comunitaria degli appalti si propone di essere una disciplina della scelta dell'acquirente pubblico, ma non è una disciplina *antitrust* del monopsonio: se ne distingue per obiettivi, presupposti e contenuti.

La funzione delle Direttive comunitarie in materia di appalti è la creazione di un

(29) V. in questo senso in giurisprudenza ad es. CGCE, sentenza 19.05.2009, causa C-538/07, *Assitur/CCIAA Milano et al (Assitur)*, §26; CGCE, sentenza 23.12.2009, causa C-305/08, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa)/Regione Marche, (Consima)*, §37.

(30) Versione consolidata del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, in G.U.C.E. 09.05.2008 2008/C 115/01. Nel prosieguo del testo e nei successivi capitoli si farà riferimento alla nuova numerazione, riportando tra parentesi la vecchia, a meno che non ne sia mutato il contenuto.

(31) CGCE, sentenza 29.11.2007, causa C-119/06, *Commissione/Italia*, §§37-41, al fine di includere tra gli «*operatori economici*» che possono legittimamente partecipare ad una gara anche le associazioni di volontariato – capaci di offrire prezzi più bassi per il carattere volontario e gratuito delle prestazioni effettuate dagli affiliati. Su questa correlazione l'Avvocato generale J. MAZÁK, Conclusioni rassegnate nella causa C-305/08, *CoNISMa (Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare)/Regione Marche*, presentate il 03.09.2009, (§§22-39) fonda la propria argomentazione per escludere che un'Amministrazione aggiudicatrice quale un Consorzio Interuniversitario non possa essere qualificato «*operatore economico*» ai sensi della Direttiva *Appalti* e, conseguentemente, partecipare alle gare; CGCE, sent. *Consima*, §31.

(32) V. ad es. A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, UTET, Torino 2007, pp. 54 e ss.

mercato interno dei contratti pubblici di appalto (e concessione), oltre ad altri scopi accessori³³. L'obiettivo del diritto *antitrust* è piuttosto evitare che le relazioni che si svolgono sul mercato interno siano falsate dalla creazione artificiale di potere economico o dal suo abuso.

Quanto ai presupposti, sfuggono alle Direttive considerazioni in merito alla posizione delle Amministrazioni aggiudicatrici nel mercato ed al potere che esse vi esercitano: gli obblighi di trasparenza e imparzialità che si esprimono nelle procedure di valutazione comparativa derivano dall'importanza dell'atto, misurata secondo il suo valore, e gravano su qualunque P.A. indifferentemente dalle sue dimensioni e dal fatto che, nello stesso mercato geografico, possano esistere altre Amministrazioni o imprese private che richiedono la stessa prestazione oggetto della gara. L'importanza dei contratti di appalto e di concessione aggiudicati dalla P.A. – presupposto dell'emanazione delle Direttive – è valutata in astratto con riferimento all'idoneità di suscitare o impedire la libera circolazione di merci, servizi o imprese, non invece in concreto, nella sua capacità di escludere un'impresa dal mercato.

Queste considerazioni si riverberano sul contenuto. Il diritto *antitrust* reprime e regola quei fatti o comportamenti che creano o esprimono un potere che falsa le scelte economicamente razionali degli attori di un certo mercato impedendo ricerca e perseguimento di efficienza allocativa e dinamica e, in ultima analisi, comportando una perdita di benessere per consumatori e collettività. Le Direttive in materia di appalti disciplinano un aspetto del comportamento economico del decisore pubblico, l'irrazionalità delle cui scelte può generare perlomeno tre effetti negativi diretti ed uno indiretto eventuale: frammenta almeno geograficamente il mercato interno; determina l'inefficienza

(33) Come ad esempio l'incentivazione ed il sostegno alla piccola e media imprenditoria: v. Commissione, 25.06.2008, documento di lavoro SEC (2008) 2193, *Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici*.

della P.A. e dei servizi che essa offre ai consociati; attribuisce una posizione di privilegio non economicamente giustificata in favore di uno degli attori presenti sul mercato; qualora quest'ultima rilevasse per il diritto *antitrust*, comporterebbe altresì anche gli effetti negativi sopra illustrati. Questa disomogeneità di scopi, presupposti e contenuti è stata recepita dalla CGCE nella vicenda *Sateba*³⁴.

Nella seconda delle conseguenze descritte si avverte un contatto tra ordinamento comunitario degli appalti pubblici e istanze del «*new public management*»: la generalizzazione ed obbligatorietà dello strumento della gara pubblica preceduta da un bando trasparente, comprensibile e ampiamente diffuso, assolve alla funzione interna di garantire l'imparzialità delle decisioni (contrattuali) pubbliche e, quindi, il perseguimento dell'efficienza (intesa quale equilibrio di bilancio) pubblica; esternamente essa impedisce la compartimentazione territoriale o comunque la scelta (economicamente) irrazionale della P.A. permettendo la costruzione di un mercato unico degli appalti di dimensione comunitaria³⁵. Ulteriore punto di contatto è nella espressa intenzione di liberalizzazione di alcuni settori di attività (i c.d. *Settori esclusi*).

(34) CGCE, ordinanza 17.07.1998, causa C-422/97 P, *Sateba/Commissione*, §§24-25. Il procedimento ha ad oggetto un appalto bandito con procedura negoziata dalla Société Nationale Chemins de Fer Belge (SNCB) per la fornitura di 60.000 traversine in cemento armato monoblocco per la costruzione della linea TGV belga: la Sateba aveva a suo dire presentato una offerta tecnicamente equivalente (per 60.000 traversine in cemento armato a doppio blocco), e la SNCB la aveva esclusa. La Sateba allora inviò una lettera-denuncia alla Commissione, lamentando genericamente violazione della Direttiva 1993/38/CEE, allora applicabile, per aver omesso l'indicazione «*o equivalente*» nel bando di gara, e della disciplina della concorrenza, senza chiarire la disposizione di riferimento. La Commissione, DG Mercato Interno, decise di non dar seguito alla denuncia, perché la SNCB non avrebbe violato il diritto comunitario degli appalti. La Sateba propose ricorso prima al Tribunale e poi alla CGCE, sostenendo che la Commissione avrebbe erroneamente valutato la Direttiva e non avrebbe considerato le doglianze sul diritto della concorrenza. La Corte, in particolare, §24, chiarisce che la semplice menzione della lesione della concorrenza, nel contesto di doglianze per mancato rispetto della disciplina degli appalti, indica la lesione degli obiettivi di promozione della concorrenza, e non delle disposizioni degli artt. 85-86 TCEE (ora artt. 101-102 TFUE).

(35) In questo senso v. espressamente CGCE, sentenza 15.05.2008, cause riunite C-147/06 e C-148/06, *SECAP SpA/Comune di Torino et al*, in Racc. 2009, p. I-3565, §29; CGCE, sent. *Conisma*, cit, §37: l'apertura alla gara realizza l'interesse comunitario ad un mercato interno unico non falsato ed anche l'interesse della P.A. alla scelta dell'offerta più vantaggiosa e rispondente ai bisogni della collettività di riferimento.

2. La sentenza *Teckal*

Vigente il pacchetto di Direttive 1992-1993, il Comune di Viano (RE) affidò con delibera del 24.05.1997 la gestione del servizio di riscaldamento di alcuni edifici comunali e la contestuale fornitura di gasolio per riscaldare detti immobili all'Azienda Acqua-Gas Consorziata (AGAC) di Reggio Emilia, senza bandire una gara pubblica per la scelta del contraente, profittando dell'esenzione in base al combinato disposto degli artt. art. 22, lett. e), e 25, l. 142/90, e 5, c. 2, lett. h), l. 157/95, allora in vigore, per l'ipotesi *de qua*³⁶.

La società Teckal s.r.l., controinteressata, impugnò la delibera presso il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, sez. Parma³⁷. Nel corso del giudizio venne sollevata questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 177 del Trattato CEE (vecchio testo), per l'interpretazione dell'art. 6 della Direttiva *Servizi*³⁸. Il giudizio fu sospeso e la questione rimessa alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

La discussione, per ciò qui interessa³⁹, vide contrapposte le posizioni dell'Avvoca-

(36) L'art. 22, lett. e), l. 142/90, come accennato nel precedente capitolo, prevedeva la possibilità di affidare senza procedura di gara l'esecuzione di servizi pubblici a consorzi di cui fosse parte l'Ente locale affidante, ex art. 25 l. 142/90. Cfr. al riguardo in particolare Consiglio di Stato, sentenza n. 2605/2001, *Comune di Reggio Emilia/Teckal s.r.l./Consorzio AGAC* e TAR Emilia Romagna, Sez. Parma, sentenza n. 444/2000, *Teckal s.r.l./Comune di Viano/Consorzio AGAC*: entrambe le sentenze riguardano lo stesso soggetto, l'AGAC, e fanno riferimento a CGCE, sentenza 18.11.1999, causa C-107/98, *Teckal Srl/Comune di Viano + AGAC*, che qui si commenta, ma pervengono ad opposte soluzioni. Per il TAR, l'AGAC sarebbe un soggetto che opera in concorrenza con altri operatori economici: non si applicherebbero le disposizioni richiamate, in ragione del fatto che il contratto ha ad oggetto una fornitura e non un servizio non compreso nell'ambito di applicazione della l. 142/90. Il Consiglio di Stato ritiene invece il principio espresso in dette disposizioni di carattere generale, e consacrato dalla sentenza *Teckal*; in ogni caso, l'AGAC «*deve ritenersi compresa nel sistema amministrativo che fa capo al Comune di Reggio Emilia, come ente strumentale appositamente istituito per la gestione del "servizio calore"*», e pertanto l'atto di affidamento avrebbe natura di delega interorganica, e non graverebbe sull'ente affidatario alcun obbligo di gara.

(37) Reg. Ric. n. 510/1997.

(38) TAR Emilia Romagna, Sez. Parma, *Teckal s.r.l./Comune di Viano/Consorzio AGAC*, ord. del 10.03.1998, pubbl. in GUCE C 209/20 del 04.07.1998. La questione riguardava la possibilità, per il Comune parte di un consorzio di enti territoriali, di affidare in via diretta il servizio di riscaldamento di locali comunali ai sensi dell'art. 6, Dir. 92/50/CEE.

(39) La sentenza *Teckal* rileva in due dimensioni nell'ordinamento comunitario: in senso sostanziale, che interessa nella presente ricerca, per aver posto i fondamenti del c.d. affidamento *in house*; in senso processuale, per aver confermato la disciplina dei rapporti tra giudice comunitario e giudice nazio-

to generale⁴⁰ e della Commissione⁴¹. Entrambi proposero di riformulare la questione pregiudiziale, riqualificando la fattispecie come appalto misto di forniture e servizi con prevalenza della prima componente e sussumendola *sub* Direttiva *Forniture 1993*⁴². La Commissione, sottolineandone l'ambito oggettivo di applicazione, sollevò qualche dubbio sulla possibilità di qualificare il rapporto tra AGAC e Comune di Viano quale contratto di appalto; mise in evidenza, in particolare, la necessità di verificare alcuni fattori, quali lo spazio di autonomia dell'AGAC rispetto al Comune di Viano e le modalità di conclusione del contratto, funzionali alla valutazione se l'AGAC fosse un modulo organizzativo esternalizzato dell'Ente, un suo organo materialmente strumentale, nel qual caso non avrebbe dovuto essere applicabile la Direttiva, o se invece fosse un soggetto indipendente portatore di autonomi interessi giuridici, il che avrebbe dovuto condurre all'applicazione della Direttiva⁴³.

L'Avvocato generale aderì alla posizione di base della Commissione: le Direttive avrebbero dovuto essere applicate solo ove la Pubblica Amministrazione desiderasse procurarsi un'utilità ricorrendo allo strumento del contratto commutativo⁴⁴, stipulato con

nale (§ 29) e il potere della Corte di individuare norme comunitarie cui il giudice *a quo* non ha fatto riferimento nella domanda pregiudiziale, per fornire allo stesso un risultato utile per la sua decisione (§ 39); cfr. per questo filone giurisprudenziale in particolare CGCE, sentenza 20.03.1986, causa 35/85, *Procureur de la République/Gérard Tissier*, in *Raccolta delle decisioni della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, 1986, p. 1207, § 9; CGCE, sentenza 27.03.1990, causa C-315/88, *Bagli Pennacchiotti*, in n *Racc. Dec. CGCE*, 1990, p. I-1323, § 10; CGCE, sentenza 07.12.2000, causa C-324/98, *Teleaustria Verlags GmbH – Telefonadress GmbH/Telekom Austria AG*, § 59; CGCE, sentenza 10.05.2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99, *Agorà Srl(Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, §§ 23-24; CGCE, sentenza 29.04.2004, causa C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG/NDC Health GmbH & Co. KG*, § 18; CGCE, sentenza 14.06.2007, causa C-6/05, *Medipac-Kazantidis AE/Venizeleio-Pananeio*, § 34; CGCE, sentenza 03.04.2008, causa C-230/06, *Militzer & Munch GmbH/Ministero delle Finanze*, §19. Infine, un filone parallelo ma necessariamente connesso alla sentenza *Teckal* è quello del livello adeguato di pubblicità, su cui v. *infra*, cap. 3.

(40) G. COSMAS, Conclusioni rassegnate nella causa C-107/98, *Teckal S.r.l./Comune di Viano + AGAC*, pres. il 01.07.1999.

(41) V. P. JANN, Relazione di udienza del 06.05.1999, causa C-107/98, *Teckal S.r.l./Comune di Viano + AGAC*, §§ 56 e ss.

(42) COSMAS, Conclusioni *Teckal*, cit., § 43; JANN, Relazione *Teckal*, cit., § 56. La questione degli appalti misti, peraltro, era oggetto di specifica previsione normativa all'art. 2 Dir. 92/50/CEE, che adottava il criterio della prevalenza del valore economico per determinare la direttiva applicabile.

(43) JANN, Relazione *Teckal*, cit., § 65.

(44) COSMAS, Conclusioni *Teckal*, cit., §§ 52-53.

altra parte, e non nelle ipotesi di produzione in economia o c.d. «*en régie*», nelle quali l'Amministrazione ricorre a risorse proprie⁴⁵; posizione, questa, espressa in alcuni commenti alla Direttiva *Servizi*⁴⁶, e già fatta propria in altra vicenda dall'Avvocato La Pergola⁴⁷. L'argomentazione era di carattere formale: la distinzione soggettiva tra affidatario e Amministrazione aggiudicatrice impediva di configurare una delegazione interorganica⁴⁸, unica ipotesi in cui un affidamento senza gara non avrebbe contrastato con gli obiettivi di apertura alla concorrenza delle Direttive in materia di appalti⁴⁹; l'affidamento senza gara ad un soggetto distinto dall'Amministrazione aggiudicatrice, ancorché da essa controllato in modo assoluto, non sarebbe dunque stato ammissibile⁵⁰.

La figura dell'agenzia in rapporto di strumentalità con la Pubblica Amministrazione che le affida degli incarichi era emersa nel diritto comunitario nel corso del dibattito seguito al *Libro Verde* su *Gli appalti pubblici nell'Unione europea – spunti di riflessione per il futuro*⁵¹. La Commissione, anche prendendo atto del movimento di esternalizzazione in corso negli Stati membri e del nuovo strutturarsi delle P.A. tramite “agenzie”, descrisse l'«*affidamento “in house”*» in modo ambiguo, comprensivo sia di rapporti tra diverse Amministrazioni pubbliche, sia di rapporti tra un'Amministrazione aggiudicatri-

(45) COSMAS, Conclusioni *Teckal*, cit., § 54. L'Avvocato generale, in nt. 35, identifica questa ipotesi come «*περίπτωση λεγόμενη “in house”*», letteralmente «*ipotesi detta “in house”*»; «*procédure dite “in house”*», nella versione francese; «*caso di fornitura cosiddetta “in house”*», nella versione italiana; «*a form of supply referred to as “in house”*», nella traduzione inglese. Da sottolineare l'incostanza semantica, che rende questo tipo di affidamento, secondo la lingua, una procedura o un'ipotesi di esecuzione contrattuale.

(46) Cfr. i contributi cui fa esplicito riferimento COSMAS, Conclusioni *Teckal*, cit., nt. 35: M.-A. FLAMME, PH. FLAMME, *Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation*, in *RMCUE*, fév. 1993, pp. 150 e ss., che sottolineano come non rientri nella nozione di appalto, ai fini della Dir. 92/50/CEE, l'esecuzione di servizi in economia, «*en régie*» - cioè tramite l'uso di «*ressources propres*» -, nonché delle sovvenzioni a soggetti terzi per il compimento di alcune funzioni nell'interesse pubblico.

(47) A. LA PERGOLA, Conclusioni rassegnate nella causa C-360/96, *Gemeente Arnhem + Gemeente Rheden/BFI Holding*, §37-38, esclude l'applicabilità delle direttive in assenza dei requisiti minimi di terziarietà dell'ente affidatario.

(48) COSMAS, Conclusioni *Teckal*, cit., §§ 59-64.

(49) COSMAS, Conclusioni *Teckal*, cit., § 65.

(50) *Ibidem*.

(51) Comunicazione della Commissione COM(1996) 583 def., *Gli Appalti pubblici nell'Unione europea – spunti di riflessione per il futuro*.

ce e «una società da questa interamente controllata»⁵²; chiari che la corretta definizione della fattispecie avrebbe fatto oggetto di un'ulteriore comunicazione interpretativa⁵³, però mai emanata.

La questione posta dalla Commissione e dall'Avvocato generale, che la Corte era chiamata a sciogliere, ineriva dunque l'identificazione dell'*in house provider*: se a mezzo di strumenti formali o sostanziali.

La Corte di Giustizia, accolta la riformulazione della questione pregiudiziale (§§38-41), la risolve considerando il rapporto oneroso di scambio (§48) non ancora “contratto” ai sensi della Direttiva 93/36/CEE: «relativamente all'esistenza di un contratto [... si] deve verificare se vi sia stato un incontro di volontà tra due persone distinte» (§49). Continua precisando che «basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano» (§50). Rifiutando la soluzione dell'Avvocato generale, la Corte in un *obiter dictum*⁵⁴ ritiene eccezionalmente ammissibile l'affidamento senza gara ad un soggetto controllato in modo assoluto dall'Amministrazione aggiudicatrice, identificato a mezzo di elementi sostanziali⁵⁵.

(52) Comunicazione della Commissione, 11.03.1998, COM(1998) 143 def., *Gli Appalti pubblici nell'Unione europea*, p. 11, nt. 10

(53) Comunicazione della Commissione ult. cit., p. 11

(54) Nonostante la fortuna successiva della formulazione della Corte, non sembra esservi dubbio sulla sua natura di *obiter dictum*: la frase sembra inserita più per questioni di completezza che di motivazione logica della soluzione della questione pregiudiziale. Difatti, l'intero impianto argomentativo regge anche senza di essa, né il passaggio assume rango di *ratio decidendi*. In senso analogo, cfr. anche R. DE NICTOLIS, I. MOSCARDI, G. STANCANELLI, *Gli affidamenti in house*, in R. DE NICTOLIS, M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici - I*, Giuffrè, Milano 2008, p. 320, che riconosce alla frase il valore di «inciso».

(55) Cfr. anche l'analisi di M. GIORELLO, *Gestions «in house», entreprises publiques et marchés publics: la Cour de Justice au croisement des chemins du marché intérieur et des services d'intérêt économique général*, in *Rev. Dr. Un. Eur.*, 2006, 1, in part. p. 30.

I commenti iniziali alla sentenza ne colsero soprattutto l'aspetto qualificatorio, oggettivo e funzionale. La fattispecie prevista riguarda un limite oggettivo del diritto comunitario degli appalti, precisamente un'ipotesi di inconfigurabilità di una relazione di appalto in nei casi di insussistenza sostanziale di un'alterità soggettiva tra affidante e affidatario⁵⁶. Una commentatrice francese ha approfondito la distinzione tra l'eccezione prevista dall'art. 6, Direttiva *Servizi*, e la fattispecie determinata dalla Corte di Giustizia nella decisione *Teckal*: la prima risponderebbe a necessità di servizio pubblico gestito direttamente (ma mediatamente) dalla stessa Amministrazione aggiudicatrice nei limiti eccezionali previsti dall'art. 86 del Trattato, laddove la fattispecie di *in house providing* non minerebbe le libertà previste dal Trattato perché l'autonomia del diretto affidatario sarebbe talmente ridotta da permettere di considerare quest'ultimo elemento interno dell'Amministrazione aggiudicatrice⁵⁷. Altra analisi notava come la Corte avesse condannato l'attribuzione ad un'impresa di una posizione stabile sul mercato senza confronto con altri operatori e senza svolgere un ruolo di intermediario nei loro confronti, in aperto inconciliabile contrasto con i principi comunitari⁵⁸.

3. Affidamento *in house* e contratto

La prima formulazione della c.d. eccezione *Teckal* riguarda l'ambito oggettivo di applicazione del diritto comunitario degli appalti, e ne costituisce un limite. La Corte

(56) In questo senso S. SCOTTI-CAMUZZI, *L'art. 6 della direttiva servizi non si applica agli appalti di forniture*, in *Riv. Dir. Comp. Eur.*, 2000, pp. 254 e ss.; P. SIMONE, *Appalti pubblici: contratto misto e possibile esenzione applicativa delle norme CE*, in *Contratti*, 2000, p. 397.

(57) Così J. ARNOULD, *Les contrats de concession, de privatisation et de services «in house» au regard des règles communautaires*, in *Revue Française de Droit administratif*, 2000, janv.-févr., pp. 2 e ss. *Contra*, cfr. M. P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione di pubblica amministrazione*, CLUEB, Bologna 2000, pp. 57-58: l'A. si interroga sulla razionalità di prevedere l'art. 6, Dir. 92/50/CEE a fronte dell'introduzione della nozione di «*organismo di diritto pubblico*», che ha l'opposta funzione di estendere l'ambito soggettivo di applicazione della Direttiva.

(58) B. BRENET, *Groupement d'achats public et droit communautaire*, in *AJDA*, 2000, pp. 784 e ss.

chiarisce che non è contratto, ai sensi del diritto comunitario degli appalti, la relazione tra un'Amministrazione aggiudicatrice e un organismo sostanzialmente interno alla stessa.

Va sottolineata però che il termine «*contratto*» è ambiguo nel testo della sentenza, perché usato in due significati diversi al §49 e al §50. Nel primo ne è elemento strutturale l'«*incontro di volontà tra due persone distinte*», senza il quale, dunque, non si ha “contratto” ai sensi delle Direttive. Nel §50, invece, la Corte chiarisce che il diritto comunitario degli appalti non si applica a quei “contratti” in cui manca l'incontro di volontà tra due persone distinte. La stessa incertezza si rinviene nei testi spagnolo, che usa in entrambi i casi la parola “*contrato*”, tedesco (“*Vertrag*”) e inglese (“*contract*”). Il testo francese, invece, distingue tra “*contrat*” (§ 49) e “*marché*” (§ 50): “*accordo*” e “*operazione economica dell'appalto*” nei significati preferibili.

Quest'ultima notazione permette di sostenere che il lemma “*contratto*” assume nella sentenza due diversi contenuti⁵⁹: appare coerente attribuire il valore di “*accordo*” all'espressione contenuta nel § 49, e il significato di “*operazione economica*” al § 50. Tale soluzione ermeneutica sembra confortata sia da alcuni elementi precedenti la sentenza⁶⁰, sia dalle pronunce della Corte di Giustizia sul tema, immediatamente suc-

(59) N. ZINGARELLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Bologna 2007, *ad vocem*; sull'ambiguità della nozione codicistica di contratto, e sull'irriducibilità della nozione al semplice accordo, cfr. in part. R. SACCO, *La nozione del contratto*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di Diritto privato*, UTET, Torino 2002, 3° ed., Vol. 10, p. 5 e ss; infine, la letteratura in materia di forma contrattuale quale strumento di estrinsecazione dell'accordo, diverso dall'accordo, è vastissima; per rinviare alle sole opere di maggior respiro, e senza in alcun modo volersi addentrare nella dibattito dottrinale sull'effettività e la coerenza del principio di libertà della forma, che esula dagli scopi del presente studio, cfr. F. CARRESI, *Il contratto*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè editore, Milano 1987, Vol. XXI, in part. pp. 370 e ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in P. SCHLESINGER, D. BUSNELLI, (diretto da), *Il codice civile commentato*, Giuffrè editore, Milano 2002, in part. alle pp. 134 e ss.; S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, in P. SCHLESINGER, D. BUSNELLI, (diretto da), *Il codice civile commentato*, Giuffrè editore, Milano 2003.

(60) Cfr. in particolare S. ALBER, Conclusioni rassegnate nella causa C-108/99, *RI.SAN. s.r.l./Comune di Ischia*, pres. il 18.03.1999, §49: «*anche un servizio “in house”, in cui la prestazione è fornita da una parte della pubblica amministrazione, sfugge alla direttiva 92/50, già per il fatto che in tal caso non sussiste nessun appalto, cioè non si affida ad un terzo lo svolgimento di una prestazione di servizio*».

cessive alla sentenza *Teckal*⁶¹.

L'impostazione è funzionale. La relativizzazione della nozione di contratto al raggiungimento dell'effetto utile⁶² delle Direttive in materia di appalti risalta la collocazione sistematica dell'istituto. In primo piano è l'oggetto della prestazione, l'attività: essa rilega sullo sfondo gli altri elementi e richiede di essere la ragione della disciplina. In questo contesto, la causa diventa da elemento discrezionale fattore di unificazione di figure contrattuali diverse⁶³.

Con specifico riguardo al contratto di appalto, la Corte ha avuto modo di occuparsi

(61) Cfr. CGCE, sentenza 07.12.2000, causa C-94/99, *ARGE Gewässerschutz/Bundesministerium für Land- und Fortwirtschaft*: rispondendo *ad abundantiam* alla quarta questione pregiudiziale proposta, sull'applicazione della Dir. 92/50/CEE nell'ipotesi di affidamento della prestazione ad istituzioni in proprietà (esclusivamente o prevalentemente) di pubblici poteri e che forniscono le proprie prestazioni (esclusivamente o prevalentemente) a tali poteri (§ 16), la Corte sottolinea di aver già risolto identica questione nella sentenza *Teckal*, chiarendo come la Dir. 92/50/CEE si applica «*ove un'amministrazione aggiudicatrice [...] decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso [...]*» (§ 40); nella stessa direzione, ma già con un'attenzione particolare ai contraenti e ai rapporti che li legano, anche CGCE, sentenza 11.01.2005, causa C-26/03, *Stadt Halle + RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, § 48.

(62) Cfr. a mero titolo d'esempio A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI, *Trattato di Diritto privato europeo – Volume III – L'attività e il contratto*, CEDAM, Padova 2003, pp. 3 e ss. Nella giurisprudenza comunitaria, cfr. *inter alios* CGCE, sentenza 12.07.2001, causa C-399/98, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e di Lodi et al/Comune di Milano – Pirelli S.p.A. et al*, § 52; CGCE, sentenza 18.11.2004, causa C-126/03, *Commissione CE/Repubblica Federale di Germania*; CGCE, sentenza 24.11.2004, causa C-264/03, *Commissione CE/Repubblica francese*, § 43.

(63) Così anche L. PICARDI, *La causa e il tipo*, in N. LIPARI, *Trattato di Diritto privato europeo – Volume III*, cit., p. 277. Per un precedente nel diritto interno, cfr. P. SPADA, *Società: II) Tipi di società: in generale*, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1993, *ad vocem*. In giurisprudenza, su questo specifico aspetto cfr. CGCE, sentenza *Commissione/Francia*: oggetto di giudizio era un rapporto qualificato in diritto francese quale contratto di mandato ai sensi della loi n° 85-704, e considerato dalla Commissione quale appalto di servizi; in sede di decisione, la CGCE, sentenza *Commissione/Francia*, cit., *expressis verbis* distingue due funzioni nel mandato (prestazioni di assistenza di carattere amministrativo e tecnico e rappresentanza del committente) e, rinviando al § 37 di P. MADURO, Conclusioni rassegnate nella causa C-264/03, *Commissione CE/Repubblica francese*, pres. il 20.10.2005, chiarisce che «*nulla si oppone a che tali due categorie di funzioni siano eventualmente sottoposte ad un regime differente*». V. anche il commento di W. ZIMMER, *Le mandat de délégation de maîtrise d'ouvrage prévu par la loi MOP est incompatible avec le droit communautaire*, in *Contrats et Marchés Publics*, 12, Déc. 2005, comm. 296, e l'analisi di F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, *La CJCE scelle le sort des contrats de mandat*, in *Contrats et Marchés Publics*, 11, Nov. 2005, Rep. 9: nello sforzo di individuare i contratti di mandato sottratti all'applicazione del diritto comunitario sugli appalti, ne fa salve solo tre categorie, individuate in base alla funzione: a titolo gratuito, di pura che possono essere conclusi senza apertura alla concorrenza, di pura gestione interna, di trasferimento di funzioni autoritative.

ulteriormente del requisito dell'«*incontro di volontà*» di due parti sostanzialmente distinte quale requisito della fattispecie. La reciproca indipendenza dei contraenti ne è elemento strutturale, come la Corte ha avuto modo di chiarire individuando il significato del verbo «*aggiudicare*» e di «*parte*» come centro unitario di interessi⁶⁴. Non sembra che sia altrettanto necessario che le parti godano di uguale autonomia⁶⁵: l'Amministrazione aggiudicatrice, in particolare, potrebbe essere vincolata rispetto alla scelta del contraente da disposizioni legali. Né che l'accordo venga stipulato *intra vires* o persegua interessi tutelati dal soggetto pubblico, ben potendo una convenzione che esuli dai compiti istituzionali di un Ente locale rivestire comunque caratteri tali da richiedere l'applicazione della disciplina degli appalti pubblici⁶⁶.

Nel diritto comunitario la stessa autonomia privata, stando all'impostazione preferibile⁶⁷, è compresa a livello di diritto primario in vista del raggiungimento degli scopi

(64) V. CGCE, sentenza 19.06.2008, causa C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur/Republik Österreich et al. (Pressetext)*, §§39-48. Questo il requisito che si ricava già in CGCE, sentenza *Teckal*, cit., §50. La successiva elaborazione giurisprudenziale in tema del *controllo analogo* stigmatizza a *contrariis* questo concetto.

(65) CGCE, sentenza *Ordine degli Architetti*, cit., §§ 70 e 71. Principio pronunciato con riguardo ad una convenzione di lottizzazione tra il Comune di Milano e alcuni proprietari di lotti sui quali avrebbe dovuto essere costruito il Teatro Bicocca. In particolare, la sentenza chiarisce che è configurabile un contratto anche nell'ipotesi in cui l'Amministrazione aggiudicatrice sia *ope legis* solo creditrice di un'obbligazione alternativa di *facere* (avente ad oggetto la prestazione) o di *dare* (avente ad oggetto un'indennità in denaro, equivalente al valore della prestazione di *facere*).

(66) CGCE, sentenza *Commissione/Germania*, cit., in part. § 18, che accoglie l'impostazione di L.A. GEELHOED, Conclusioni rassegnate nella causa C-126/03, *Commissione CE/Repubblica Federale di Germania*, pres. il 24.06.2004, §§ 30 e 31; il procedimento di inadempimento prendeva le mosse dalla mancata attuazione in Germania della normativa sugli appalti, in seguito alla quale il Comune di Monaco, che aveva partecipato e vinto la gara di appalto per lo smaltimento di rifiuti della Regione Donau-Wald, aveva affidato in via diretta senza previa messa a gara il servizio (collegato allo smaltimento) di trasporto di rifiuti. Per un precedente cfr. CGCE, sentenza 15.01.1998, causa C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG et al./Strohal Rotationsdruck GmbH*.

(67) *Contra v.* Così in particolare P.-C. MÜLLER-GRAFF, *Diritto privato comunitario – Realtà in Germania e prospettive per l'Europa*, intervento del 25.09.1995 al Convegno *Le Fonti e i principi comunitari*, organizzato dall'Università di Camerino, 25-29.09.1995, in V. RIZZO (a cura di), *Diritto privato comunitario – Fonti, principi, obbligazioni e contratti*, ESI, Roma 1997, pp. 16 e ss. S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2001, pp. 257 e ss., sottolinea come la maggior parte dei limiti all'autonomia privata si trovi proprio nel diritto comunitario, considerato liberale e contrario a questo tipo di restrizioni; nota comunque come l'ordinamento comunitario disponga di «*meccanismi efficaci per l'eliminazione di restrizioni non necessarie dell'autonomia privata*» (p. 262); lo stesso A., in *The structure of european contract law*, in *ERPL*, 2001, p. 516, chiarisce la necessaria frammentarietà del diritto comunitario dei contratti per la sua fun-

del Trattato, in particolare nella disciplina della concorrenza⁶⁸ dove, come noto, le imprese pubblica e privata sono sullo stesso piano; secondo qualcuno non sarebbe neanche configurabile una reale discrasia tra diritto (comunitario) e mercato – come luogo di massima esplicazione dell'autonomia privata –, essendo entrambi gli ordini ontologicamente legati⁶⁹. Queste considerazioni dovrebbero valere anche per i contratti pubblici di appalto: l'autonomia dell'Amministrazione aggiudicatrice è strutturalmente legata al c.d. mercato dei contratti pubblici e in esso si concretizza tramite la scelta di un contraente, che è proceduralizzata per garantirne la razionalità e la non contrarietà

zione di intervento nel momento del fallimento di mercato, e non per facilitare la libertà di mercato. In questa direzione sembra andare anche G. SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2007, pp. 325 e ss.: svolta un'approfondita analisi sul significato da attribuire alle locuzioni *efficienza* (funzione allocativa), *giustizia* (funzione distributiva) e *valori* («*principi morali che non si giustificano in base a ragioni di giustizia di tipo distributivo*», p. 331) quali limiti dell'autonomia privata, attribuisce loro una collocazione anche comunitaria, distinguendo però il piano valoriale in quanto espressivo tipicamente del sentire di una singola comunità nazionale, (pp. 380 e ss.); il piano interpretativo è comunque quello della contrapposizione, non della sintesi.

Per C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2005, pp. 30 e ss., invece, sarebbe assente una garanzia generale dell'autonomia privata nel Trattato: il diritto comunitario si limiterebbe ad alcune forme di tutela specifica.

(68) In giurisprudenza, cfr. *ex multis* CGCE, sentenza 18.12.2007, causa C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia/Administración General del Estado*, § 68; CGCE, sentenza 31.03.1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, *Repubblica Francese/Commissione CE*; CGCE, sentenza 17.07.1997, causa C-334/95, *Krueger GmbH & Co. KG/Hauptzollamt Hamburg-Jonas*; CGCE, sentenza 20.09.1989, causa C-31/87, *Beentjes*, in *Racc.*, 1988. p- 4635 e ss.; P. MENGOZZI, *Diritto privato e diritto comunitario*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di Diritto Privato – Premesse e disposizioni preliminari*, 2° ed., UTET, Torino 1999, p. 510 chiarisce la posizione nell'ordinamento comunitario di autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica: fattori atti a perseguire fini economici positivi ed elevate mete sociali, se esercitati nei limiti della tutela della concorrenza e della tutela dei consumatori, finalizzati alla piena integrazione europea; M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, pp. 433 e ss., e in L. PARADISO, *I mobili confini dell'autonomia privata*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 749 e ss., sottolinea essere la libertà negoziale principio della libertà di concorrenza, entrambe regolate quale ordine nel diritto comunitario; DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale*, cit., p. 307, constata essere l'autonomia contrattuale di impresa «*ampiamente funzionalizzata*» alla struttura di mercato voluta dai Trattati, a sua volta tesa alla realizzazione e tutela di undici principi, tra i quali i valori esistenziali assumono posizione di supremazia rispetto ai valori patrimoniali (pp. 232-233); l'A. precisa che tale gerarchia non permette di risolvere i conflitti tra valori di pari grado, che devono dunque essere disciplinati tramite bilanciamento (p. 279); l'A. conclude il suo lavoro notando che l'autonomia contrattuale, lungi dall'essere centro sistematico della disciplina dei contratti, ne è diventato un dei «*principi tecnici costitutivi*» (p. 397); R. CARANTA, *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica*, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, pp. 2415 e ss.; M. MELI, *Armonizzazione del diritto contrattuale europeo e quadro comune di riferimento*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2008, pp. 59 e ss.

(69) N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Il Mulino, Bologna 1995; M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Europa e Diritto privato*, 2008, pp. 33 e ss.

all'ordine del mercato stesso.

Si potrebbe forse obiettare che i risultati proposti per l'autonomia privata non possano essere esportati *tout court* nell'ambito degli appalti pubblici. La strutturale presenza di un soggetto pubblico qualificherebbe tali contratti come contratti amministrativi o di diritto pubblico. E' noto che tale categoria, di matrice francese⁷⁰, è individuata attraverso due criteri: soggettivo – per cui una parte deve essere soggetto di diritto pubblico⁷¹ – e teleologico – il contratto deve perseguire uno scopo istituzionale del soggetto pubblico che ne è parte⁷².

Ciò non sembra sufficiente ad impedire l'esportazione delle considerazioni appena svolte agli appalti pubblici per un duplice ordine di motivi.

Anzitutto, un'argomentazione di carattere formale: il diritto comunitario è indifferente alle qualifiche di diritto interno⁷³. La distinzione tra contratto (di appalto) di diritto co-

(70) L'ordinamento italiano sembra essersi appropriato della categoria con l'art. 11, l. 241/90. Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino 2001; F. CARDARELLI, F. SATTA, *Il contratto amministrativo*, in *Dir. Amm.vo*, 2007, 2, pp. 205 e ss.

(71) Inizialmente il criterio era riferito al collegamento con lo svolgimento di un *service public*: v. ad es. Conseil d'Etat, 20.10.1950, *Stein*. Come nota F. BRENET, *Qualification jurisprudentielle du contrat administratif*, in *JurisClasseur Administratif*, 02.01.2004, fasc. 603, §§ 11 e ss., nel corso degli anni i giudici francesi hanno distinto tre fattispecie: 1) contratto concluso tra soggetti di diritto pubblico, divenuti particolarmente frequenti dopo la riforma del sistema amministrativo francese del 1982-1983 : si tratta dell'ipotesi tipica di *contrat administratif*; 2) contratto concluso tra privati: la giurisprudenza si rifiuta di considerarli contratti amministrativi, anche qualora perseguano interessi di natura dichiaratamente generale; unica eccezione sembra essere un rapporto assimilabile al mandato («*mandats moins purs*», secondo il Commissario del Governo D. PIVETEAU, causa CE, *Ordre des avocats à la CA de Paris et Union nationale des services publics industriels et commerciaux*, sentenza n. 238039 del 05.03.2003, sulla quale cfr. in part. F. LINDITCH, *Quel est le contenu du Code des marchés publics?*, in *La Semaine Juridique – Adm. Coll. terr.*, n° 13, 24.03.2003, 1285), conferito da un ente pubblico ad un privato, nel quale quest'ultimo agisca in nome e per conto dell'Ente per la realizzazione degli interessi di quest'ultimo; 3) contratto concluso tra un soggetto pubblico e un soggetto privato, quale ad esempio il contratto di appalto pubblico.

(72) Cfr. nuovamente BRENET, *Qualification jurisprudentielle*, cit., §§. 47 e ss. Senza addentrarsi per il momento nelle sottigliezze della dottrina giusamministrativista francese, si sottolinea come gli interpreti individuino tre diversi modi di atteggiarsi di questo requisito: 1) il contratto ha ad oggetto l'esecuzione, in qualunque modo, di un servizio pubblico; 2) il contratto, ancorché appartenente ad un tipo privatistico, contiene una clausola non giustificabile se non alla luce del diritto pubblico o di necessità di interesse generale; 3) il contratto è soggetto ad un regime speciale, individuato da un testo legislativo o regolamentare che lo sottrae alla normale disciplina privatistica.

(73) Cfr. al riguardo, per una significativa acquisizione di consapevolezza, Consiglio di Stato, sentenza n. 168/2005, *Consorzio Ventuno s.c. a r.l./Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia – Agenzia di Informativa e di Accoglienza Turistica di Lignano Sabbiadoro e della Laguna di Marano*, § 3.3, che

mune e contratto pubblico (di appalto) non ha ragion d'essere, per ciò che riguarda il diritto comunitario, proprio per l'attenzione alla funzione dei singoli istituti, più che al loro *nomen iuris*. La stessa dottrina francese, peraltro, sta attraversando un momento di ripensamento della distinzione tra *contrat administratif* e *contrat privé*, giungendo in alcuni casi ad elaborare una teoria generale comune ad entrambe le figure⁷⁴.

D'altronde, la distinzione dogmatica pubblico/privato sembra attenuata dalla prospettiva in considerazione. Ogni contratto assolve ad una funzione microscopica e ad una funzione macroscopica⁷⁵. La prima consiste nella realizzazione degli interessi delle parti che lo concludono, eventualmente oggettivati negli interessi economico-sociali che la collettività giuridica di pertinenza ritiene meritevoli di perseguire, identificata nel nostro ordinamento come causa⁷⁶. La seconda, macroscopica, riguarda gli effetti che

adotta una formula destinata a divenire tralatizia; Consiglio di Stato, sentenza n. 362/2007, *Voltri Terminal Europa s.r.l./Contship Italia S.p.A. – Ministero infrastrutture et al.*

(74) J. WALINE, *La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif*, in AA.VV. *Etudes offert à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XXI siècle*, LGDJ, Paris 2001, p. 965

(75) P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milano 1966, sembra avere in mente questa distinzione quando, in altro ambito, chiarisce come gli interessi pubblici possano trovare concretizzazione e soddisfazione per il tramite dell'attività dei privati senza che la natura di questi ultimi ne risulti in qualche modo trasformata.

(76) Non rientra negli scopi del presente studio fornire una disamina articolata della nozione di causa. Per citare solo le principali posizioni dottrinali in materia, si rinvia a: R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale – Dei requisiti del contratto – Artt. 1321-1352*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA, *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Roma 1970, per il quale la causa è la «funzione tipica (ed oggettiva) del negozio» (p. 312), i cui vizi si «si risolv[ono] nella mancanza della funzione negoziale, e dunque dello stesso negozio» (p. 312); A. DI MAJO, *La causa del negozio giuridico*, in *Enc. Giur. Treccani, ad vocem*, V. FRANCESCHELLI, *Introduzione al diritto privato*, Giuffrè, Milano 2000, F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano 1988, pp. 85 e ss., Id., *Diritto civile e commerciale*, vol. II, Tomo I, CEDAM, Padova 1999, pp. 188 e ss., A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 43° ed., CEDAM, Padova 2007, p. 133, che considerano la causa la funzione economico-sociale del contratto, e cioè gli interessi oggettivati che le parti si propongono di perseguire nello schema contrattuale; a questa impostazione si contrappone la concezione di causa come funzione economico-individuale del contratto, fatta propria da C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, Giuffrè, Milano 1998, p. 419, che definisce la causa come «La ragione pratica del contratto, cioè l'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare»; F. GAZZONI, *Manuale di Diritto privato*, VIII ed., ESI, Roma 2000, pp. 787 e ss., che distingue in questo modo la causa dal tipo, che identifica invece la funzione economico-sociale del contratto; R. SACCO, *Il contratto*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, UTET, Torino 1998, pp. 635 e ss., e Id., *La causa*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di Diritto civile*, vol. 10, UTET, Torino 2002, pp. 319 e ss., che critica fortemente la nozione di causa oggettiva o intesa come funzione economico-sociale del contratto, e propone una nozione di causa soggettiva e in concreto.

E. ROPPO, *Contratto*, in *Dig. Disc. Priv., ad vocem*, §40, e C. M. BIANCA, *Contratto europeo e principio causalista*, in M. PARADISO, *I mobili confini dell'autonomia privata*, Giuffrè, Milano 2005, pp.

la singola operazione economica produce nel più vasto contesto nel quale è inserita, e che nel vocabolario economico sarebbero definiti esternalità.

Non sembra che il diritto comunitario, nel riconoscere il particolare ruolo dei soggetti che sono parte degli appalti pubblici, attribuisca per questo motivo a questi contratti un valore ontologicamente differente ad altri. La nozione di accordo, di «*incontro di volontà tra due persone distinte*» ha significato in relazione agli obiettivi delle Direttive e dei Trattati: l'apertura del mercato degli appalti pubblici ad una concorrenza non falsata, in modo da garantire alle imprese operanti all'interno della Comunità il più ampio accesso possibile, realizzando così le quattro libertà fondamentali anche in questo ambito.

Rileva quale contratto, per il diritto comunitario degli appalti, qualunque operazione economica richiesta da un'Amministrazione aggiudicatrice la cui esecuzione possa suscitare l'interesse una pluralità indistinta di attori economici. L'operazione economica è identificata attraverso alcuni caratteri: oggetto della prestazione, modalità di esecuzione, controprestazione dovuta dall'Amministrazione aggiudicatrice e, infine, la parte aggiudicataria. Ogni differenza «*sostanziale*» di uno solo di questi elementi identifica un diverso contratto di appalto; la "sostanzialità" è ravvisabile nella capacità dell'elemento di differenza di suscitare l'interesse di operatori diversi, o di stimolare diversamente l'interesse degli stessi operatori⁷⁷.

L'«*incontro di volontà*» di cui alla sentenza *Teckal* è quello che si concretizza nell'affidamento dell'esecuzione della prestazione richiesta ad uno tra gli operatori in competizione, a scapito degli altri concorrenti. Non si ha un «*incontro di volontà*» e un'ope-

387 e ss., notano la duplice funzione persistente della causa: in astratto, di identificazione degli interessi meritevoli di tutela; in concreto, nell'interpretazione dello scopo effettivamente perseguito dalle parti.

(77) Questo il senso che si ricava da CGCE, sentenza 04.06.2009, causa C-250/07, *Commissione/Grecia*, §52. Nello stesso senso (ed anche richiamata nel passaggio citato) CGCE, sent. *Presstext*, cit., §§34-37, dove chiarisce quando si ha nuovo contratto e, quindi, nuova aggiudicazione.

razione economica su cui possa incidere il diritto degli appalti comunitari se l'incarico viene affidato ad un organismo sostanzialmente interno alla Amministrazione aggiudicatrice, che inoltre non competa con gli altri.

Il che sembra confermato *a contrariis* dalla CGCE, nelle sentenze *TRAGSA* e *Correos*⁷⁸. Per il diritto comunitario, l'affidamento *in house* è un atto unilaterale di incarico all'esecuzione di una certa attività, legittimo solo se ed in quanto siano rispettati determinati principi: che destinatario ne sia un'organizzazione legata all'amministrazione da un rapporto privilegiato strutturale e funzionale, e che pertanto tale atto non privilegi in base a considerazioni extraeconomiche un soggetto a discapito dei suoi concorrenti.

Nella sentenza *Correos*, in particolare, l'*iter* argomentativo seguito dalla Corte conferma la conclusione per cui la fattispecie *Teckal* non ha natura di eccezione, ma di limite oggettivo all'ambito di applicazione del diritto comunitario degli appalti: la CGCE prima esclude la ricorrenza degli elementi *Teckal*, poi chiarisce che è di conseguenza applicabile la Direttiva *Servizi*, ed infine applica l'art. 6 della stessa, che esclude l'obbligo di gara per i servizi di interesse economico generale affidati ad organismi di diritto pubblico⁷⁹.

4. Fortuna della sentenza *Teckal* ed impatto sugli ordinamenti interni degli Stati membri: prime considerazioni

(78) CGCE, sentenza *TRAGSA*, cit., §60, chiarisce come la relazione che permette di qualificare la *TRAGSA* quale organismo interno della Pubblica Amministrazione è l'impossibilità di contrattare con la P.A., e l'obbligo di eseguirne gli ordini unilateralmente dettati. CGCE, sent. *Correos*, cit., § 62. La *ratio* era già comunque chiarita da CGCE, sentenza *Carbotermo*, cit., §60. Mi sia permesso di rinviare a D. PIAZZONI, *Teckal contre Correos: émergence d'une nouvelle exception jurisprudentielle à la discipline communautaire des marchés publics?*, in *RLC*, 2008, pp. 60 e ss.

(79) V. CGCE, sent. *Correos*, cit., §§58-64. Il fulcro dell'argomentazione è nel §63: «*Pertanto, si deve concludere che un accordo di collaborazione, come quello di cui trattasi nella causa principale, non soddisfa le condizioni ricordate al punto 58 della presente sentenza [cioè le condizioni Teckal] e non può dunque sfuggire, a tale titolo, all'applicazione della direttiva 92/50.*»

La sentenza *Teckal* è stata seguita da altre diciannove decisioni della Corte di Giustizia volte a chiarire il significato dei due requisiti. Nove traggono la loro origine dall'ordinamento italiano⁸⁰; quattro dagli ordinamenti tedesco e austriaco⁸¹; tre dall'ordinamento spagnolo⁸²; due dall'ordinamento francese⁸³ e una dall'ordinamento belga⁸⁴. Cinque intervengono a compimento di una procedura di infrazione del diritto comunitario per non corretta trasposizione delle Direttive in materia di appalti⁸⁵; una conclude una procedura relativa agli aiuti di Stato⁸⁶; le altre concludono incidenti pregiudiziali⁸⁷.

Da questo semplice computo si può constatare che la pronuncia della Corte ha toccato un punto sensibile degli ordinamenti degli Stati membri: il nuovo strutturarsi della P.A. per "agenzie" esternalizzate, secondo i suggerimenti del NPM, identificando cosa debba intendersi per "agenzia" ai fini del diritto comunitario degli appalti. Il che ha inciso sulle prassi legislative ed applicative interne di alcuni Stati membri, che si sono

(80) CGCE, sent. *Coname*, cit.; CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit.; CGCE, sent. *ANAV*, cit.; CGCE, sentenza 11.05.2006, causa C-340/04, *Carbotermo s.p.a. e Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio*, in *Racc.*, 2006, I-04137; CGCE, sentenza 08.04.2008, causa C-337/05, *Commissione CE/Italia (Italia elicotteri)*, non ancora pubblicata; CGCE, ordinanza 10.04.2008, causa C-323/07, *Termoraggi/Comune di Monza + AGAM*, non ancora pubblicata; CGCE, sentenza 17.07.2008, causa C-371/05, *Commissione CE/Italia (ASI)*, in *Giur. Comm.*, 2009, II, pp. 4 e ss.; CGCE, sentenza 10.09.2007, causa C-573/07, *Sea S.r.l. c. Comune di Ponte Nossa et al (SeTCo)*, non ancora pubblicata.

(81) CGCE, sentenza 07.12.2000, causa C-94/99, *ARGE Gewässerschutz/Bundesministerium für Land- und Fortwirtschaft*, in CGCE, sentenza 11.01.2005, causa C-26/03, *Stadt Halle + RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, in *Racc.*, 2005, I-001, in *Foro It.*, 2005, IV, col 134 e ss.; CGCE, sentenza 10.11.2005, causa C-29/04, *Commissione CE/Austria (Mödling)*, in *Racc.*, 2005, I-09705; CGCE, *Saechsische Landkreise* cit.

(82) CGCE, sentenza 13.01.2005, causa C-84/03, *Commissione/Spagna (Spagna Forniture)*; CGCE, sent. *TRAGSA*, cit.; CGCE, sent. *Correos*, cit.

(83) CGCE, sentenza 20.10.2005, causa C-264/03, *Commissione/Francia*, in *Racc.*, I-8831 (*Committenza delegata*); CGCE, sentenza 18.01.2007, causa C-220/05, *Jean Auroux et al/Commune de Roanne/Société d'équipement de la Loire (SEDL)*, in *Giur. It.*, 2007, p. 7.

(84) CGCE, sentenza 13.11.2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle et al.*

(85) I procedimenti investono la Francia (CGCE, sent. *Committenza delegata* cit.); l'Austria (CGCE, sent. *Mödling*, cit.); la Spagna (CGCE, sent. *Spagna Forniture*, cit.); l'Italia (CGCE, sent. *ASI*, cit.); e la Germania (CGCE, sent. *Saechsische Landkreise*, cit.).

(86) CGCE, sent. *Spagna Olio*, cit.

(87) CGCE, sent. *ARGE*, cit.; CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit.; CGCE, sent. *CoNaMe*, cit.; CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit.; CGCE, sent. *ANAV*, cit.; CGCE, sent. *Carbotermo*, cit.; CGCE, sent. *SEDL*, cit.; CGCE, sent. *TRAGSA*, cit.; CGCE, sent. *Correos*, cit.; CGCE, ord. *Termoraggi*, cit.; CGCE, sent. *Coditel Brabant*, cit.; CGCE, sent. *SeTCo*, cit.

trovati esposti a procedure di infrazione. Analizzando la “nazionalità” delle fattispecie poste all'attenzione della Corte è inoltre possibile inferire che l'ordinamento dove la sentenza *Teckal* ha comportato maggiori difficoltà applicative è l'italiano.

Le ragioni sembrano risiedere nelle peculiarità culturali di ciascun sistema amministrativo e nella diversa situazione strutturale in cui la sentenza *Teckal* è stata accolta⁸⁸. Il risultato è stata la diversa percezione dell'istituto secondo le matrici culturali di ciascun sistema. Questi stessi elementi hanno determinato la diversa collocazione della fattispecie in ciascun ordinamento.

5. Radici storico-culturali degli ordinamenti amministrativi di alcuni Stati membri e direttrici di penetrazione dell'istituto comunitario dell'*in house providing*

Il diritto amministrativo italiano si identifica in relazione ai suoi soggetti. Ciò si evince sin dalla sua nozione: l'insieme delle regole di diritto speciale che si applicano alla pubblica Amministrazione e alla sua attività di carattere autoritativo⁸⁹. Questo probabil-

(88) Cfr. al riguardo le analisi di S. CASSESE., *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo*, Tomo I, *Diritto amministrativo generale*, 2° ed., Giuffrè, Milano 2003, pp. 1 e ss.; ID., *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. It. Dir Pubbl. Com*, 2002, pp. 291 e ss.; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Il Mulino, Bologna 1992; G. NAPOLITANO *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, Milano 2007.

(89) Questa una definizione sintetica. Esula dagli scopi di questo scritto il suo approfondimento sistematico nonché la disamina della sua evoluzione, dalla centralità statalista allo sgretolamento della pubblica autorità in una pluralità di centri soggettivi. La nozione è ricavata dalla lettura di E. CASSETTA, *Diritto Amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, ad vocem, UTET, Torino 1990; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, 9° ed., Giuffrè, Milano 2007, p. 8; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, 6° ed., Garzanti, Milano 2000, pp. 16 e ss.; ID., *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo*, Tomo I, *Diritto amministrativo generale*, 2° ed., Giuffrè, Milano 2003, pp. 173 e ss.; ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, 2° ed., Giuffrè, Milano 2006, p. 1; V. CERULLI IRELLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Gaipichelli, Torni 2001, p. 28; L. GALATERIA, M. STIPO, *Manuale di diritto amministrativo. Principi generali*, 3° ed., UTET, Torino 1998, p. 9; M. S. GIANNINI, *Lezioni di Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 1950, p. 3; ID., *Diritto amministrativo*, in *Enc. Del Diritto*, ad vocem, Giuffrè, Milano 1964; ID., *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di Diritto amministrativo*, Vol. I, CEDAM, Padova 1988, chiarisce sin dall'introduzione che la scienza del diritto amministrativo «*si applica allo studio di complessi di figure soggettive che nel nostro tempo [...]*

mente per la storia del sistema amministrativo italiano, il cui architrave sembra essere la relazione tra autorità e libertà, potere pubblico e cittadino⁹⁰, giustificata forse dall'iniziale necessità contingente di creare l'unità nazionale⁹¹. Di fatto, gli interpreti identificano i limiti del diritto amministrativo essenzialmente con i limiti delle potestà autoritative

*hanno posizione dominante»; A. GIAQUINTO, Diritto amministrativo, in Nuovo Dig. it., 1935, ad vocem, sottolinea tre significati della nozione, già presenti in dottrina: diritto dell'organizzazione statale, diritto dell'attività dello Stato, diritto delle relazioni tra Stato; propende per una definizione mista, che dà rilievo altresì agli scopi perseguiti dallo Stato o dalle sue emanazioni; A. ROMANO, Introduzione, in L. MAZZAROLLI ET AL. (a cura di), Diritto amministrativo – I, 2° ed., Monduzzi editore, Bologna 1998, pp. 9 e ss., identifica la materia del diritto amministrativo come ordinamento dell'Amministrazione, definita attraverso la triplice lente Amministrazione-funzione pubblica distinta dalle funzioni legislativa, esecutiva e giudiziaria, Amministrazione-funzione e Amministrazione-soggetto. V. ITALIA, G. LANDI, G. POTENZA, Manuale di diritto amministrativo, 13° ed., Giuffrè, Milano 2002, identificano dapprima la «pubblica amministrazione in senso oggettivo» (p. 8), definita come attività di cura di interessi di una determinata collettività territoriale, e poi la «pubblica amministrazione in senso soggettivo» (p. 10), come soggetto istituzionalmente dedicato alla realizzazione di detta attività; tuttavia la nozione in senso oggettivo è elaborata partendo dalla ricostruzione delle ragioni dell'esistenza dello Stato, e gli stessi A., più in là, chiariscono che le norme di diritto amministrativo «attribuiscono potestà, diritti, doveri a determinati soggetti» (p. 55). Cfr. già V. E. ORLANDO, Principii di Diritto amministrativo, Barbera, V ed., Firenze 1915, per il quale il diritto amministrativo studia l'Amministrazione pubblica, cioè l'insieme degli organi e organismi tramite i quali lo Stato persegue i propri fini istituzionali, e la sua attività (pp. 9 e ss.); S. ROMANO, Principii di Diritto amministrativo italiano, Soc. Ed. Libreria, III ed., Milano 1912, p. 6, definisce il diritto amministrativo «il complesso dei principii di diritto pubblico che regolano l'attività concreta con cui lo Stato e gli altri enti pubblici proseguono i propri interessi». Appare ripudiare in toto l'impostazione proposta dalla scuola del *service public* E. PRESUTTI, Istituzioni di Diritto amministrativo italiano, Casa Ed. G. Principato, Messina 1932, p. 199: non è il *service public*, e cioè la soddisfazione di interessi generali, a qualificare un'attività di pubblicità, bensì l'esercizio di un'attività da parte di un'Amministrazione pubblica (o di suoi concessionari) a qualificare un certo servizio come pubblico (c.d. criterio subbiettivo), nonostante vi siano «servizii, che debbono qualificarsi pubblici così per la loro obbiettiva natura, come per il soggetto che vi attende». F. CARINGELLA, Manuale di diritto amministrativo, 2° ed., Giuffrè, Milano 2007, prende invece le mosse da una sistematica delle posizioni soggettive: la materia del diritto amministrativo sembra essere definita per il tramite degli interessi che coinvolge, segnatamente dell'interesse legittimo del cittadino; in ogni caso, l'A. identifica l'interesse legittimo con quell'interesse che si concretizza con l'avvio di un procedimento della Pubblica Amministrazione, espressione di un potere attribuito ad un soggetto. La propsettiva oggettivizzante, che cerca di prescindere dalla tradizionale sistemazione soggettiva viene accentuata in Id., Corso di diritto amministrativo, 5° ed., Giuffrè, Milano 2008: l'A. procede dapprima con una revisione delle fonti del diritto, indi approfondendo le posizioni soggettive e la loro rilevanza, e solo ad oltre la metà dell'opera (p. 793) approfondisce la nozione di ente pubblico, chiarendo di abbracciare la visione sostanzialista propria del diritto comunitario e, quindi, di non proporre una nozione unitaria di Pubblica Amministrazione, ma di voler analizzare le singole norme secondo l'effetto che ciascuna di esse si prefigge.*

(90) Così già F. D'ALESSIO, Istituzioni di diritto amministrativo, UTET, Torino 1932, p. 19; M. S. GIANNINI, Diritto amministrativo, cit., p. 861, individua nel diritto amministrativo «due poli, l'uno autoritativo, l'altro se non libertario, almeno non autoritario»: il primo in funzione di autotutela dell'ordine costituito (lo stato borghese, riproponendo una lettura di Salvemini e Lefebvre), il secondo a giustificare prestazioni rese ai cittadini. Per ORLANDO, Principii, cit., p. 39, il diritto amministrativo può essere suddiviso in tre

dell'Amministrazione pubblica⁹². La possibilità per la P.A. di agire secondo schemi di diritto privato è ammessa, ma considerata al di fuori degli schemi del diritto amministrativo.

Un sistema simile per questi caratteri si riscontra anche in Germania, dove però la funzione imperativa dello Stato viene portata alle estreme conseguenze e l'attività pubblica sembra svolgersi più tramite moduli unilaterali che secondo schemi contrattuali⁹³; nonché in Spagna⁹⁴.

Il sistema francese, pur partendo da premesse autoritarie, centraliste e uniformatri-

partizioni sistematiche, di cui due (attività dell'Amministrazione e «*difesa del diritto individuale verso l'amministrazione*») ruotano intorno al rapporto tra autorità e libertà. Per una compiuta ricostruzione della storia del diritto amministrativo italiano cfr. specialmente G. MELIS, *La storia del diritto amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo*, Tomo I, *Diritto amministrativo generale*, 2° ed., Giuffrè, Milano 2003, pp. 95 e ss.: l'A. individua alcune spinte caratterizzanti il sistema amministrativo italiano: nel primo trentennio dello Stato italiano essenzialmente la costruzione di uno Stato unitario (legislativamente, organizzativamente e intellettualmente); all'inizio del XX secolo, un intervento meno astratto e un'elaborazione dottrinale più attenta al dato positivo che alle ricostruzioni filosofiche; nel periodo della Grande Guerra, nell'intervento concreto dello Stato e nell'elaborazione compiuta del principio di legalità dell'azione amministrativa; nel Ventennio del Fascismo, una certa continuità con l'età liberale che, però, si rinchiude nello studio tecnico del diritto; nel dopoguerra, nella continuazione della frammentazione legislativa; infine, nel processo di integrazione europea.

(91) Così in particolare ITALIA, LANDI, POTENZA, *Manuale*, cit., p. 295.

(92) In argomento, v. C. PERULLI, *Autonomia e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, CEDAM, Padova 2005, p. 523: «*E' la presenza di una norma direttamente o indirettamente attributiva di funzioni e di corrispondenti poteri, che sola può giustificare l'applicazione di regole pubblicistiche a soggetti che pubblici non sono*»; l'A. ritiene essere questo l'elemento fondante di una «*nozione "oggettiva" di amministrazione*» (p. 524): l'attribuzione del potere diventa strumento di indagine per la qualificazione del soggetto (in ciò essendo l'oggettività della nozione e la novità della tesi dell'Autrice), ma non stravolge il sistema, implicando la natura pubblica in base al perseguimento di certi interessi o finalità ritenuti generali; questo criterio finalista resterebbe solo come concorrente e sussidiario, senza assurgere a parametro ricostruttivo del sistema (pp. 558-559). In senso apparentemente contrario, CERULLI IRELLI, *Manuale*, cit., p. 47, per il quale «*Le organizzazioni pubbliche sono costituite [...] per servire gli interessi della collettività*»; avvicinandosi tramite la funzione servente delle organizzazioni pubbliche alla ricostruzione francese, l'A. imposta la sua ricerca secondo il modello classico soggettivo: è il soggetto a portare avanti una funzione (di servizio pubblico), e non la funzione a qualificare il soggetto.

(93) Al riguardo cfr. A. MASSERA, *L'attività contrattuale*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, Milano 2007, p. 185; E. K. PAKUSCHER, *Administrative Law in Germany – Citizen v. State*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1968, pp. 309 e ss.; R. W. EVANS, *French and German Administrative Law: with some English comparisons*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1965, Oct., pp. 1104 e ss.; O. BACHOF, *German Administrative Law with Special Reference to the Latest Developments in the System of Legal Protection*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1953, Jul., pp. 368 e ss.

(94) V. soprattutto J. PONCE SOLÉ, *Derecho público, derecho privado y control judicial de la actividad administrativa en España*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, p. 1253

ci⁹⁵, tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX vive la rivoluzione del «*service public*». Le nozioni di «*service public*» e di «*intérêt général*», che altro non esprimerebbero se non una gerarchia politica di valori da perseguire (e come tali sarebbero un fenomeno universalmente riconosciuto)⁹⁶, in Francia assumono le connotazioni di metacriterio ordinamentale per l'individuazione dei confini e della giustificazione del diritto amministrativo⁹⁷. Ne risulta un ordinamento con due anime: alla raffigurazione di ordinamento pubblicistico come «*cooperazione di servizi pubblici*»⁹⁸ fa da limite e si contrappone la «*puissance publique*» con le necessità di azione a sé connaturate⁹⁹. L'azione pubblica assume connotati più marcatamente contrattuali, ma i «*contrats administratifs*» divengono categoria speciale a sé.

Il Regno Unito, infine, è stato a lungo culturalmente caratterizzato da una percezione negativa dei sistemi di regole di diritto speciale. Questa impostazione culturale è talmente forte da influenzare l'analisi attuale: il sistema contrattuale inglese troverebbe la propria origine nel modello del *trust*, gestione di un patrimonio in favore di una pluralità indiscriminata di *beneficiaries*¹⁰⁰, rispetto al quale si è posto il problema dell'esercizio di

(95) Sulla costruzione dei sistemi amministrativi francese e inglese cfr. specialmente CASSESE, *La costruzione*, cit.; D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit.;

(96) In questo senso Y. GAUDEMET, *Regolazione e servizi pubblici: l'esperienza continentale*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna 2000, p. 51.

(97) La formalizzazione del concetto è di G. JÉZE, *Principes généraux de droit administratif*, Dalloz, Paris 1926, che considera il *service public* la «*pietra angolare*» del diritto amministrativo. Cfr. anche GAUDEMET, *Regolazione*, cit., p. 53. Per una ricostruzione anche storica della nozione, v. P. ESPLUGAS, *Notion de service public*, fasc. 149, LexisNexis-JurisClasseur, 2006.

(98) L'espressione «*coopération de services publics*» è di L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Tomo 2, 3° ed., Boccard, Bordeaux 1928, p. 59.

(99) Per NAPOLITANO, *I grandi sistemi*, cit., pp. 9-10, le stesse autorità indipendenti francesi risponderebbero soprattutto alla necessità di concedere spazio di azione ai soggetti pubblici; l'espresso riconoscimento della prevalenza di interessi privati si rinverrebbe solo nelle competenze del *Conseil de la concurrence*.

(100) Così in particolare l'analisi di J. BELL, *Convergences and divergences in european Administrative Law*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992, fasc. 1, pp. 5 e ss. Cfr. anche MASSERA, *Attività*, cit., p. 195; G. LANGROD, *Administrative contracts. A comparative analysis*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1955, p. 333.

poteri discrezionali e della loro giustificazione¹⁰¹.

Si voglia attribuire alle radici storico-culturali la valenza di formanti espressi o di crittotipi¹⁰², ovvero di componente dello *stile* di un ordinamento¹⁰³ ovvero di genotipo di una famiglia giuridica¹⁰⁴, va comunque sottolineato che esse influiscono sull'interpretazione che il singolo ordinamento compie di sé stesso e degli istituti nuovi. Ciò sembra particolarmente vero nell'ambito del diritto amministrativo, tradizionalmente considerato "prodotto non esportabile", tipico di ciascun singolo Stato, tendenzialmente impermeabile rispetto a suggestioni esterne¹⁰⁵ e identificante di ciascun ordinamento.

5.1. Collocazione sistematica interna della fattispecie Teckal

L'interpretazione che ha ricevuto la sentenza *Teckal* nei diversi sistemi ne è un esempio abbastanza chiaro. La figura elaborata dalla Corte nel precipitare si è condensata secondo le componenti trovate nell'atmosfera dell'ordinamento di ciascuno Stato membro.

Il sistema francese è culturalmente ordinato sulla nozione oggettiva e funzionale di «*service public*», sulla dicotomia contratto/atto unilaterale in merito alla gestione dei servizi e, infine, sulla rilevanza funzionale dei gestori. L'ipotesi dell'affidamento *in house* è stata considerata un limite all'ambito di applicazione oggettivo del diritto comunita-

(101) V. in particolare J. KAHN, *The discretionary power and the administrative judge*, in *International and Comparative Law quarterly*, 1980, April, pp. 521 e ss.

(102) Cfr. al riguardo A. GAMBARD, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, II ed., UTET, Torino 2002.

(103) H. KÖTZ, K. ZWEIGERT, *Introduzione al diritto comparato*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 83 e ss., utilizzano tale nozione come criterio discretivo; lo *stile* sarebbe determinato da cinque componenti (evoluzione storica dell'ordinamento, l'esistenza di una particolare mentalità giuridica, l'esistenza di alcuni istituti particolari, la sistematica delle fonti e infine l'ideologia).

(104) R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 4° ed. A cura di R. SACCO, CEDAM, Padova 1994: a fronte del mutevole evolversi delle regole rimangono fermi altri «*elementi, più fondamentali e più stabili, grazie ai quali si possono scoprire le regole, interpretarle e precisarne il valore*» (p. 17): «*le tecniche che servono a enunciarle, il modo di classificarle, i metodi di ragionamento utilizzabili per interpretarle*» (*ibidem*): elementi simili contribuiscono ad identificare una «*famiglia giuridica*».

(105) Così in particolare G. NAPOLITANO, *I grandi sistemi*, cit., p. 1.

rio in materia di appalti ¹⁰⁶, con enfasi sul profilo funzionale dell'affidamento senza gara e sottolineando in particolare come la sentenza *Teckal* valga ad evitare ipotesi vicine all'economia amministrata¹⁰⁷, con la conseguenza che l'adagio della CGCE è stato riportato nel *Code des Marchés publics* del 2001 come limite esterno generale. Le questioni pregiudiziali sottoposte alla CGCE dall'ordinamento francese hanno posto l'accento sulla qualificazione di una fattispecie quale contratto o quale relazione *in house*¹⁰⁸.

Le radici dell'ordinamento britannico portano gli interpreti anglosassoni a considerare i contratti conclusi dalla P.A. quali contratti conclusi da un *trustee*, con enfasi pertanto sull'accordo, più che sul titolare del potere¹⁰⁹: il che già nelle prime elaborazioni portava a ritenere la fattispecie dell'*in house providing* un "non contratto" incidente a livello oggettivo, e non soggettivo, sull'applicazione della disciplina degli appalti pubblici¹¹⁰.

Il sistema italiano, infine, mantiene la propria struttura su base soggettiva e lo spazio di autonomia per la P.A., soprattutto a livello locale. Lo schema dell'*in house providing* viene percepito ed interpretato secondo schemi soggettivi¹¹¹, o al massimo quale

(106) Cfr. a titolo di esempio BRENET, *Groupement*, cit.; PH. LÉGER, Conclusioni rassegnate nella causa C-94/99, *ARGE Gewässerschutz/Bundesministerium für Land- und Fortwirtschaft*, pres. il 15.06.2000, §VI-B.

(107) BRENET, *Groupement*, cit., p. 786.

(108) Dec. del TA Lyon del 07.04.2005, pubbl. in GUCE C 193/11 del 06.08.2005, ricorso iniziale della causa C-220/05, *Jean Auroux et al/Commune de Roanne/Société d'équipement de la Loire (SEDL)*.

(109) Cfr. BELL, *Convergences*, cit., pp. 5 e ss.

(110) J. COPPEL, B. HOOPER, *Ec public procurement rules*, reperibile su www.11kbw.com.

(111) Cfr. al riguardo R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella Direttiva 2004/18/CE e nella Legge comunitaria 65/2000*, Giuffrè, Milano 2005, dove la fattispecie è collocata nell'ambito soggettivo delle direttive appalti; tuttavia, nello stesso Trattato G. MARI, *Gli appalti di servizi affidati in base ad un diritto esclusivo ad altra amministrazione aggiudicatrice*, p. 118 e ss., considera la fattispecie a livello dei contratti, e non delle eccezioni soggettive all'applicazione della disciplina degli appalti. Per R. DE NICTOLIS, M. A. SANDULLI, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici - I*, Giuffrè, Milano 2008 si tratta di un'eccezione soggettiva. Eccezione sembra essere la monografia di D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Jovene, Napoli 2003: considerando alla p. 251 l'affidamento *in house* strumento alternativo alla procedura di gara, l'A. individua la posizione della fattispecie a livello dei limiti della disciplina degli appalti, e non delle eccezioni. F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 538 e ss., ha una posizione al riguardo ambigua: pur collocando la fattispecie tra le figure soggettive pubbliche, insiste sul-

contratto di diritto speciale¹¹²: l'esenzione dall'obbligo di gara si giustifica per i particolari elementi strutturali, funzionali o formali del diretto affidatario. Le questioni pregiudiziali poste all'attenzione della Corte di Giustizia e le difese spiegate nei procedimenti per infrazione del diritto comunitario investono i caratteri del *provider* più che della relazione che lega questo all'Amministrazione affidante. Il passaggio del §50 della sentenza *Teckal* viene riportato nell'art. 113, c. 4 e c. 5, d.lgs. 267/2000: gli elementi individuati dalla Corte di Giustizia assumono contorni di organizzazione dei servizi pubblici e significato di disciplina delle modalità di esercizio del potere pubblico (locale)¹¹³, con conseguente assoggettamento al principio di legalità ed interpretazione quale «eccezione»¹¹⁴. Il Consiglio di Stato considera di conseguenza l'*in house providing* una particolare modalità organizzativa dei servizi pubblici locali, caratterizzata dalla specialità del soggetto, applicabile solo in presenza di un'espressa previsione legislativa¹¹⁵. A livello comunitario i requisiti *Teckal* sono elementi che devono ricorrere in via di fatto, ai

l'assenza di un'alterità soggettiva del diretto affidatario, tale da eliminare l'obbligo di gara. Cfr. altresì C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazioni* in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2001, in part. pp. 529 e ss.

(112) In questo senso cfr. S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, 3° ed., CEDAM, Padova 2008: dopo aver individuato tra i «*principali sistemi contrattuali*» l'ipotesi del contratto «*a regia*», cioè quel contratto «*con il quale l'assuntore di obbliga a fornire [...] quant'altro occorra, dietro ordinazione e sotto la direzione del committente, anticipando le spese e ricevendo, a consuntivo, oltre al rimborso del prezzo, un compenso [...]*» (p. 108), ipotesi che sembra coincidere con la figura delineata dalla CGCE nella sentenza TRAGSA per molti aspetti, disciplina l'ipotesi dell'*in house providing* insieme ad altre figure contrattuali speciali, in diverso capitolo.

(113) V. in proposito le notazioni critiche di G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna 2009, pp. 81-82.

(114) V. ad es. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sent. n. 1/2008, *ASL 19 di Asti/Medicasa Italia S.p.A./Regione Piemonte/AMOS S.p.A.*, §8, che considera la fattispecie una modalità eccezionale di esercizio di servizi pubblici, più che uno schema organizzativo della P.A.

(115) Cfr. in part. Consiglio di Stato, sentenza n. 1514/2007, *ARA s.n.c. et al/Comune di Roma/Zetema Progetto Cultura s.r.l.*, annotata da C. LACAVA, *Occorre una disposizione di legge per ricorrere all'in house? Il caso Zetema*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2007, 8, pp. 844 e ss.: il Consiglio di Stato, pur riconoscendo i requisiti del «*controllo analogo*» e della «*destinazione della parte più importante dell'attività*» nella relazione tra il Comune di Roma e la Zetema s.r.l., ha escluso la legittimità dell'affidamento senza gara a quest'ultima delle attività di progettazione ed esecuzione di lavori di restauro e manutenzione, con prevalenza del valore di questi ultimi rispetto ad altri servizi pure affidati, perché l'ipotesi *in house* sarebbe prevista esclusivamente nell'ambito dei servizi pubblici ex art. 113 TUEL, e non anche con riguardo ai lavori o alle forniture pubbliche, stante la mancata previsione espressa di tale ipotesi nel Codice dei Contratti Pubblici.

quali si applica una certa disciplina; la collocazione sistematica nell'ordinamento italiano quale disciplina del potere organizzativo degli Enti pubblici locali, invece, rende opaca questa caratterizzazione fattuale e richiede l'emanazione di norme imperative volte a rafforzare gli elementi sanzionando con la nullità l'eventuale deviazione dal modello¹¹⁶. Viene invece insomma perso il significato originario che la fattispecie ha a livello comunitario, di limite esterno alla disciplina degli obblighi di gara: il lgs. 163/2006, recante Codice dei Contratti pubblici, non riporta l'art. 15 del progetto, che proponeva la fattispecie come ipotesi di non applicabilità del Codice¹¹⁷.

6. Conclusioni

La fattispecie elaborata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Teckal* rileva per il diritto comunitario come limite di fatto esterno oggettivo alla disciplina degli appalti pubblici, che impone la selezione tramite procedura di gara del contraente della P.A.

Gli interpreti hanno anzitutto cercato di ricondurre la fattispecie alle figure già presenti nel diritto comunitario degli appalti pubblici, ma la Corte di Giustizia nega la validità di tale operazione sottolineando l'autonomia concettuale della fattispecie *Teckal* confermandone la collocazione sistematica esterna alle Direttive (Capitolo 3).

(116) V. in questo senso l'art. 13, c. 4, d.l. 133/2006, conv. in l. 223/2006, che sanziona con la nullità i contratti conclusi dalle società partecipate dagli enti locali con altri soggetti pubblici o privati, diversi dall'Ente controllante; v. anche l'art. 3, c. 27-29, l. 24.12.2007, n. 244, peraltro fatto oggetto di analisi da parte di C. Cost., sentenza 08.05.2009, n. 148, che ha salvato sotto il profilo della competenza la disposizione chiarendone lo scopo di tutelare la concorrenza; art. 23-*bis*, d. l. 112/2008, aggiunto in sede di conversione in l. 133/2008; art. 12, l. 135/2009.

(117) V. Consiglio di Stato, parere del 18.04.2007, n. 457, *Ministero Politiche Agricole e forestali – AGEA – SIN*, che ribadisce la collocazione dell'ipotesi *in house* a livello delle eccezioni (soggettive) alla disciplina degli appalti, e non dei limiti oggettivi agli stessi, chiarendo come la mancata previsione nel Codice dei Contratti Pubblici dell'ipotesi *in house*, tramite espunzione dell'art. 15 del Progetto, sia valsa ad evitare la generalizzazione dell'eccezione. Sull'espunzione dell'art. 15 del Progetto di CCP dal testo definitivo v. u questa esclusione, cfr. Cons. Stato, sent. 1514/2007 (*Zetema*), in *Giorn. Dir. Amm.*, 2007, pp. 840 e ss., con nota di C. LACAVA, *Occorre una disposizione di legge per ricorrere all'in house? Il caso Zetema*, pp. 844 e ss. Cons. Stato, Parere 456/2007 (*SIAN*), §5.2, sesto a capo, in *Foro It.*, 2007, IV, col. 612, annotata da H. SIMONETTI, col 616.

La CGCE ha analizzato gli elementi del «*controllo analogo*» e della «*destinazione prevalente dell'attività*», necessari per la configurazione della fattispecie, passando da una prima impostazione rigida (Capitolo 4) ad una più elastica (Capitolo 5).

Capitolo 3

La collocazione dell'affidamento *in house* nel sistema delle direttive comunitarie in materia di appalti

SOMMARIO: 1. *In house provider*, organismo di diritto pubblico ed eccezione ex artt. 6, Dir. 92/50/CEE e 11, Dir. 93/38/CEE, e artt. 18, Dir. 2004/18/CE e 25, Dir. 2004/17/CE -1.1. La nozione di «organismo di diritto pubblico» - 1.2. Organismo di diritto pubblico e *in house provider* - 1.3. Organismi tecnici dedicati - 2. *in house provider* e impresa pubblica ex artt. 1, §1, n. 2, Dir. 93/38/CEE e 2, §1, lett. b), Dir. 2004/17/CE - 3. *in house provider* e impresa collegata ex artt. 13, Dir. 93/38/CEE e 23, Dir. 2004/17/CE - 4. *in house provider* e centrale di committenza 5. Conclusioni.

La Corte di Giustizia CE concepisce l'affidamento *in house* quale limite oggettivo delle Direttive comunitarie in materia di appalti: un'ipotesi non di deroga eccezionale in ragione di particolarità soggettive dell'affidatario o di principi inerenti la fattispecie, ritenuti assorbenti rispetto alla disciplina generale, ma di inapplicabilità della disciplina a causa di caratteristiche peculiari del rapporto.

Il sistema italiano si è però concentrato sulla figura soggettiva del *provider* più che sulla relazione tra questo e l'Amministrazione aggiudicatrice. In un primo periodo si è cercato di sussumere l'*in house provider* in una categoria nota alle Direttive comunitarie, che giustificasse l'esenzione (ritenuta eccezionale) dalle procedure di gara dell'incarico affidato al provider: l'organismo di diritto pubblico (§1), l'impresa pubblica (§2),

l'impresa collegata (§3) e la centrale di committenza (§4).

La Corte di Giustizia ha però escluso questa operazione interpretativa. In ossequio alla sua natura di limite oggettivo, e non di eccezione soggettiva alla disciplina comunitaria dei contratti pubblici, l'*in house providing* assume rilevanza autonoma. Dal confronto con le eccezioni soggettive note del diritto comunitario si trae un duplice risultato: la conferma del carattere funzionale e non soggettivo delle qualifiche a livello comunitario; l'identificazione di alcuni caratteri dell'*in house provider*(§5).

1. *In house provider*, organismo di diritto pubblico ed eccezione ex artt. 6, Dir. 92/50/CEE e 11, Dir. 93/38/CEE, e artt. 18, Dir. 2004/18/CE e 25, Dir. 2004/17/CE

1.1. La nozione di «organismo di diritto pubblico»

La categoria dell'«*organismo di diritto pubblico*», contemplata in tutte le Direttive¹, è originaria del diritto comunitario². E' stata prevista per evitare che, non rientrando espressamente nelle categorie de «*lo Stato, gli Enti pubblici territoriali e le persone*

(1) Cfr. Direttiva *Servizi*, art. 1, lett. b); Direttiva *Forniture* 1993, art. 1, lett. b); Direttiva *Lavori* 1993, art. 1, lett. b). La Direttiva *Settori esclusi* 1993 contiene all'art. 1, lett. b) la figura dell'ente di diritto pubblico, definita secondo gli stessi criteri; prevede ulteriormente la categoria dell'impresa pubblica, su cui v. *infra*, in questo stesso capitolo, §4. La nozione di organismo di diritto pubblico è attualmente contemplata dall'art. 1, §9, Direttiva *Appalti*, e dall'art. 2, §1, lett. a), Direttiva *Settori esclusi* 2004.

(2) A proposito dell'origine della categoria, cfr. in part. di D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Jovene, Napoli 2003, p. 16 e ss., nota che l'organismo di diritto pubblico trova la sua origine nei c.d. indici di pubblicità degli enti, elaborati sotto l'imperio delle Dir. 71/305/CEE e 1977/62/CEE; ROSSI, *Le gradazioni*, cit., pp. 697 e ss.; sulla rilevanza e l'impatto sistematico, cfr. in particolare gli studi di R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici nazionali al confronto*, in *Foro italiano*, 1998, IV, col. 133 e ss.; Id., *Gli organismi di diritto pubblico: il recente allineamento tra giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella Direttiva 2004/18/CE e nella Legge comunitaria n. 62/2005*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 155 e ss.; Id., *Gli organismi di diritto pubblico: scelta dell'appaltatore e profili di giurisdizione*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche – natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 37 e ss.; Id., *Organismo di diritto pubblico*, in R. DE NICTOLIS, M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici - I*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 555 e ss.

giuridiche di diritto pubblico»³, alcuni soggetti “sostanzialmente pubblici” sfuggissero all’applicazione della disciplina⁴, con ciò vanificandone la ratio, volta ad evitare la distorsione della concorrenza o la limitazione delle libertà di circolazione a causa di comportamenti degli Enti pubblici dettati da ragioni extraeconomiche. La nozione nel diritto comunitario degli appalti ha carattere funzionale: deve essere interpretata in modo conforme allo scopo delle Direttive, al fine di evitare che chi detiene potere o denaro pubblico possa sfuggire ai meccanismi di regolazione del mercato e tutela degli attori economici che vi operano⁵.

La “sostanziale pubblicità” è ravvisata nella stretta dipendenza dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico⁶. Tuttavia, l’elemento non deve trarre in inganno circa la natura del soggetto preso in considerazione, perché la

(3) Cfr. art. 1, lett. b), Direttiva *Lavori* 1971; art. 1, lett. b), Direttiva *Forniture* 1977.

(4) CGCE, sentenza 16.10.2003, causa C-283/03, *Commissione/Spagna (Siepsa)*, §73; in dottrina, cfr. M. P. CHITI, *L’organismo di diritto pubblico e la nozione di pubblica amministrazione*, CLUEB, Bologna 2000, p. 54; R. GAROFOLI, *Scelta dell’appaltatore e profili di giurisdizione*, cit., pp. 41 e ss.; Id., *Orientamenti interpretativi*, cit., col. 136; Id., *Organismo di diritto pubblico*, cit., pp. 564 e ss.. La preoccupazione estensiva ha svolto un ruolo anche al livello interpretativo, sul quale cfr. le considerazioni critiche di G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, p. 846, che nota come la prevalenza di un filone interpretativo che dà centralità al requisito finalistico della nozione abbia l’intento di ampliare ulteriormente l’ambito applicativo del diritto comunitario degli appalti. La nozione di organismo di diritto pubblico varrebbe a dilatare la nozione interna di «*pubblica amministrazione*» anche ad altri fini, quali ad esempio quello della competenza giurisdizionale ex art. 103 Cost., come sostengono L. CARROZZA, F. FRACCHIA, *Appalti di lavori, attività oggettivamente amministrativa e qualificazione del soggetto*, in *Foro it.*, 2001, III, col. 161 e ss.; in tal senso, v. anche CGCE, sentenza 27.02.2003, causa C-373/00, *Adolf Truley GmbH/Bestattung Wien GmbH*, §43.

(5) La definizione è ripresa da G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, in A. CICU, F. MESSINEO, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milano 1980, p. 370, che insiste sulla distinzione tra interpretazione psicologica, volta all’analisi della funzione che il legislatore intendeva attribuire alle disposizioni, e interpretazione funzionale, che indaga l’effettivo ruolo ricoperto dalla disposizione nel sistema; E. PARESCHE, *Interpretazione (filosofia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano 1972, *ad vocem*, in part. p. 228; con specifico riguardo alla nozione di «*organismo di diritto pubblico*», cfr. CORSO, *La necessità di un distinguo*, cit., pp. 95 e ss.

(6) Così espressamente CGCE, sentenza 03.10.2000, causa C-380/98, *Queen/University of Cambridge*, § 20; CGCE, sentenza 01.02.2001, causa C-237/99, *Commissione/Francia (HLM)*, §44.G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche – natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente*, Giuffrè. Milano 2004, pp. 95 e ss.

nozione non è volta all'individuazione di nuove forme di soggettività giuridica⁷., non avendo avuto il legislatore comunitario l'intenzione di espandere la soggettività pubblica interna degli Stati membri⁸. La qualità di «organismo di diritto pubblico» è pertanto indifferente alla natura del soggetto ai sensi del diritto interno, che può essere pubblico o privato, ed è finalizzata e limitata alla sola applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti.

L'«*organismo di diritto pubblico*» è individuato dalla ricorrenza di tre caratteri: l'istituzione per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale a carattere non industriale o commerciale, la distinta personalità giuridica, l'essere l'attività finanziata in modo maggioritario da Enti pubblici, oppure essere la gestione controllata dagli stessi. La Corte di Giustizia ha chiarito essere detti elementi cumulativi⁹, da leggere in modo unitario. Tra questi non figura né la natura o la qualifica attribuita dal diritto interno¹⁰, né la modalità di costituzione¹¹, né se al capitale sociale (qualora il soggetto abbia assunto

(7) In questo senso, cfr. M. P. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche – natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente*, Giuffrè. Milano 2004, pp. 69-70; l'A. mette comunque in luce l'ambiguità della nozione, che è richiamata anche nella Dir. 2003/98/CE a proposito di riutilizzo di informazioni nel settore pubblico; ID., *Organismo di diritto pubblico*, cit., p. 45; G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche – natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente*, Giuffrè. Milano 2004, pp. 95 e ss.

(8) Cfr. ancora CORSO, *La necessità di un distinguo*, cit., pp. 95 e ss.

(9) CGCE, sent. *Mannesmann Anlagenbau*, cit., §21; CGCE, sentenza 10.11.1998, causa C-360/96, *Gemeente Arnhem + Gemeente Rheden/BFI Holding*, §29, in *Europa e Dir. Priv.*, 1999, pp. 913 e ss., con nota di F. M. DI MAJO, *La nozione di organismo di diritto pubblico negli appalti pubblici di servizi. La Corte di Giustizia fornisce ulteriori criteri per individuare i «bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale»*, pp. 920 e ss.; CGCE, sent. *HLM*, cit., §40.

(10) Cfr. sulla qualificazione di società di capitali quali organismi di diritto pubblico in part. L. RIGHI, *La nozione di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica e appalti di servizi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, pp. 347 e ss.; A. NIUTTA, A. POLICE, *Forma e realtà nella gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1999, I, pp. 474 e ss. A livello comparatistico, va notato che l'ordinamento spagnolo sembra essere stato il più riluttante sul punto dell'inclusione di enti privati nel novero degli organismi di diritto pubblico; v. al riguardo CGCE, sentenza 15.05.2003, causa C-214/00, *Commissione/Spagna* (Spagna Ricorsi), §55; CGCE, sentenza 16.10.2003, causa C-283/00, *Commissione/Spagna* (SIEPSA), §74; CGCE, sentenza 13.01.2005, causa C-84/03, *Commissione/Spagna* (Spagna Forniture), §§ 27-32.

(11) Cfr. CGCE, sent. *Mannesmann Anlagebau*, cit., §§ 6 e 29; CGCE, sent. *BFI Holding*, cit., §§ 61 e s.; CGCE, sent. *HLM*, §§ 50 e 60.

la forma societaria) partecipino anche soggetti privati. Il che rende il problema dell'organismo di diritto pubblico interferente con la questione delle società miste e della natura economica del «*controllo analogo*».

Due dei tre requisiti hanno carattere formale: la personalità giuridica e le modalità attraverso le quali è esercitata la «influenza dominante» da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice. L'individuazione di queste ultime è lasciata all'interprete, che può comunque avvalersi di alcuni indici presuntivi indicati dalla disposizione, di carattere formale: le modalità di finanziamento¹², o di controllo sulla gestione¹³, o di composizione degli organi amministrativo o di controllo interni. Gli elementi presuntivi sembrano indicare due diverse modalità di controllo: strutturale, consistente nella possibilità di influenzare le decisioni dell'organismo, tramite determinazione della composizione degli organi; e controllo gestionale, cioè la possibilità di orientarne l'attività, tramite controllo sulla gestione o vincoli sui finanziamenti¹⁴.

(12) V. in particolare CGCE, sent. *University of Cambridge*, cit., per la quale: a) si deve analizzare lo scopo e la provenienza di ciascun finanziamento, per verificare se si tratti effettivamente di prestazioni non sinallagmatiche, che abbiano per effetto di rafforzare uno specifico legame di subordinazione o dipendenza tra l'ente erogatore e l'organismo sovvenzionato (§§ 14-26); b) tali finanziamenti debbono coprire più della metà delle risorse con le quali l'organismo è finanziato, secondo un criterio rigidamente quantitativo (§§ 27-33); c) la base di calcolo di detta proporzione è costituita da tutte le entrate di cui gode l'ente, ivi comprese quelle provenienti da attività di carattere commerciale (§§ 34-36); e d) tale calcolo deve essere fatto su base annuale (§§ 37-44). L'impostazione è stata da ultimo confermata da CGCE, sentenza 13.12.2007, causa C-337/06, *Bayerischer Rundfunk et al./GEWA – Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH*, che ha chiarito come il canone pagato dal proprietario di un apparecchio radiotelevisivo, non commisurato all'effettivo godimento del servizio e destinato al finanziamento dell'attività dell'organismo radiotelevisivo pubblico rientri nelle modalità di finanziamento previste dall'art. 1, lett b) Dir. 92/50/CEE. Su quest'ultima, v. W. ZIMMER, *Notion de pouvoir adjudicateur au sens de la directive 2004/18*, in *Contrats et Marchés Publics*, 2008, 1, comm. 4, che nota come la soluzione proposta dalla Corte abbia ad oggetto solo il mercato della fornitura dei servizi, pena la contrapposizione con il considerando 25, Dir. 2004/18/CE. Cfr. anche B. MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano 2003, p. 37.

(13) V. in particolare CGCE, sent. *HLM*, cit., §§ 50 e ss., che sottolinea come anche la semplice sorveglianza del rispetto di norme sulla gestione molto particolareggiate, specie se accompagnata dalla possibilità di esercitare penetranti poteri sul soggetto (quali la nomina di un amministratore provvisorio o di sospendere gli organi dirigenti o di disporre lo scioglimento, nominando altresì un liquidatore), anche se non esercitati, può comportare un'influenza molto penetrante sul soggetto controllato, sufficiente a qualificarlo come organismo di diritto pubblico. Un mero controllo *a posteriori* non sarebbe invece sufficiente, secondo CGCE, sent. *Adolf Truley*, cit., che, con riferimento ad una società GmbH, richiede un continuo apprezzamento di merito sulla gestione degli affari sociali da parte del pubblico.

(14) Così CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico*, cit., pp. 136 e ss.; Chiti.

Il primo elemento previsto dalla norma ha invece carattere finalistico-sostanziale¹⁵: la gestione ab origine o per successiva modifica dell'atto costitutivo¹⁶ di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, per la loro soddisfazione. Le questioni affrontate dalla Corte di Giustizia hanno riguardato anzitutto l'individuazione dei bisogni di interesse generale¹⁷, ed in secondo luogo la loro qualificazione in termini di non industrialità o commercialità¹⁸. Superata una certa ambiguità testuale¹⁹, è stata discussa la questione se detto carattere «*non industriale o commerciale*» sia predicato del bisogno, o dell'attività.

Accettando la prima interpretazione si rischia un'espansione eccessiva della disci-

(15) Cfr. nuovamente la posizione critica di G. GRECO, *Ente pubblico*, cit., pp. 846 e 847, che nota come tale atteggiamento porti alla sovrapposizione della figura con altre contemplate nella normativa comunitaria. *Contra*, GAROFOLI, *Organismo di diritto pubblico*, cit., col. 137, che esalta l'impostazione sostanzialistica, ritenendola coerente con la *ratio* della disciplina comunitaria.

(16) Opera questa estensione CGCE, sentenza 12.12.2002, causa C-470/99, *Universale-Bau AG et al./Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, §§46-63. La sentenza accoglie il risultato interpretativo suggerito dall'Avvocato generale S. ALBER, Conclusioni rassegnate nella causa C-470/99, *Universale-Bau AG et al./Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, §§32 e ss.: dovendo assicurare l'effetto utile alle Direttive in materia di appalti, è necessario dare alle nozioni ivi contenute un'interpretazione funzionale. Di conseguenza, occorre considerare le attività effettivamente svolte dall'Ente in questione, a prescindere da una modificazione formale dello statuto – ed in particolare dell'oggetto sociale –, essendo sufficiente che di fatto l'Ente si sia occupato di soddisfare i bisogni di interesse generale non commerciali o industriali, il che produce un'estensione *de facto* dello scopo sociale.

(17) Nella giurisprudenza comunitaria, oltre alle decisioni sopra citate, cfr. CGCE, sent. *Adolf Truley*, cit., §ù 28-45, che chiarisce che i «*bisogni di interesse generale*» sono una nozione autonoma del diritto comunitario; §§ 46-57, che individuano negli obblighi che la legge impone agli Enti locali per motivi di ordine pubblico un indizio dell'esistenza di tali bisogni; con la sentenza 22.05.2003, causa C-18/01, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy et al./Varkauden Taitotalo Oy*, §§ 45 e ss., la CGCE ammette che anche la creazione di una condizione favorevole all'ingresso di imprese in un dato territorio possa essere considerata come soddisfazione di interesse generale, essendo eventualmente in dubbio il suo carattere non industriale o commerciale. In Italia, cfr. Corte costituzionale, sentenza 272/2004, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 113 *bis* del TUEL per contrarietà all'art. 117, c. , lett. o) della Costituzione.

(18) La Corte ha chiarito, in particolare, che il carattere non può essere escluso *a priori* dalla presenza di attività economica privata nella soddisfazione di tali bisogni: per la qualifica di organismo di diritto pubblico è necessario che l'ente non si lasci guidare da criteri economici, perché i bisogni che mira a soddisfare non sono soddisfatti dalla normale offerta di operatori economici in concorrenza tra loro sul mercato (CGCE, sent. *BFI Holding*, cit., §§ 38 e ss.; CGCE, sent. *Taitotalo*, cit.; in CGCE, sent. *Ente autonomo Fiera Internazionale di Milano*, cit., l'impostazione viene confermata e specificata, chiarendo la Corte come l'offerta di servizi alle imprese escluda il requisito.

(19) Alcuni Autori hanno infatti notato un'ambigua formulazione testuale in altre lingue, che lasciava il dubbio se il carattere di non industrialità o commercialità fosse predicato del soggetto; ipotesi da scartare, per evitare facili elusioni della normativa da parte degli ordinamenti nazionali. Cfr. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico*, cit.; CARANTA, *Organismo di diritto pubblico*, cit., pp. 2416-2417.

plina dell'evidenza pubblica a tutti quegli enti che soddisfino interessi primari o latamente pubblici anche con attività meramente accessorie. Al riguardo va registrata una tendenza di parte della giurisprudenza italiana ad applicare una sorta di proprietà transitiva, per la quale l'esecuzione di una prestazione utile allo svolgimento di un servizio pubblico deve essere soggetta alla stessa disciplina del servizio pubblico, ed in particolare all'art. 113 TUEL²⁰.

All'opposto, considerare il carattere della «*non industrialità o commercialità*» come riferito all'attività comporta il rischio di ridurre l'applicazione della disciplina comunitaria ai soli enti che operino secondo logiche non industriali o commerciali²¹. Questa soluzione ha il pregio di delegare alla valutazione concreta dell'interprete condotta caso per caso la ricorrenza del carattere, senza dover far riferimento ad una sorta di "catalogo" di bisogni²². Da un punto di vista sistematico, il predicato sembrerebbe porsi come contrappeso rispetto al rischio di iperestensione della categoria in applicazione del terzo requisito dell'«*influenza dominante*». In forza di quest'ultimo un ente può vedersi attribuire la qualità di «*organismo di diritto pubblico*» per il mero finanziamento maggioritario dell'attività da parte del pubblico, per la partecipazione di questo al proprio capitale, o per la nomina della maggior parte dei membri degli organi amministrativo o di controllo da parte di questo; tuttavia lo stesso ente è estromesso da detta categoria, per le modalità per cui conduce effettivamente la propria attività. In quest'ultimo caso

(20) Cfr. *inter alios* Consiglio di Stato, sent. n. 2605/2001, cit.; CGA, sent. N. 410/2001, in *Giorn. Dir. Amm. vo*, 2002, pp. 21 e ss., con *Nota* di M. DUGATO; cfr. anche F. M. NICOSIA, «*Modello CONSIP*» tra Stato e mercato (*lineamenti e prospettive evolutive*), in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, p. 720.

(21) Per RIGHI, *Società in mano pubblica*, cit., in part. pp. 362-363: il che vale, nel pensiero dell'A., a fondare la distinzione tra impresa pubblica e organismo di diritto pubblico. Cfr. anche C. GUCCIONE, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2003, 10, in part. p. 1034: elemento dirimente è, nel pensiero dell'Autore, l'assunzione del rischio di impresa da parte del soggetto.

(22) F. CINTIOLI, «*Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale*»: il bisogno o l'attività? (*Brevi note sull'organismo di diritto pubblico*, in in M. A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche – natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente*, Giuffrè. Milano 2004, pp. 82-83.

l'intervento del pubblico nella sua attività potrà valere alla qualificazione come impresa pubblica, ex Direttiva Settori esclusi (1993 e/o 2004), o all'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato, di cui all'art. 87 e ss. del Trattato CE.

Tale impostazione sembra dover essere disattesa in parte. La lettera della disposizione riferisce la non commercialità o industrialità ai bisogni o alle esigenze di interesse generale, come è reso chiaro sia dalla posizione del sintagma, nel primo alinea della disposizione, e non nel terzo, né in capite, sia dal participio presente «*aventi*», ricordato al plurale ai bisogni o alle esigenze, e non all'attività. Tuttavia, l'affermare che il requisito non sia riferito all'attività, ma ai bisogni o alle esigenze, non coincide con il negare che detti bisogni o esigenze non possano essere identificati tramite le modalità con cui sono soddisfatti. In altre parole, sarebbero «*interessi generali aventi carattere non industriale o commerciale*» solo quegli interessi che possano essere soddisfatti attraverso determinate modalità, che non rispondano esclusivamente ai meccanismi economici della domanda e dell'offerta²³. La funzione di contenimento sopra indicata sembra comunque garantita, ma senza sfociare nel rischio di ridurre eccessivamente la portata della nozione richiedendo che detti bisogni siano soddisfatti attraverso modalità assolutamente non industriali o commerciali²⁴. Questa impostazione dà inoltre pieno significato alla cumulatività dei requisiti, sottolineata dalla Corte: l'influenza sull'organismo di diritto pubblico si esplica in un controllo avente ad oggetto la realizzazione delle finalità per cui l'organismo è stato istituito. Si tratta dunque di un controllo di

(23) Cfr. già D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1997, p. 76; GAROFOLI, *Scelta dell'appaltatore*, cit., p. 66; S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, p.284. Anche RIGHI, *Società in mano pubblica*, cit., p. 361, ritiene comunque questa tesi condivisibile, ma la sviluppa fino a ritenere la qualifica rilevante solo per l'attività, e non compiendo l'ulteriore passo qui svolto.

(24) In questo senso F. M Di MAJO, *La nozione di organismo pubblico negli appalti pubblici di servizi – La definizione di «amministrazione aggiudicatrice»*, in *Europa e Dir. Priv.*, 1998, pp. 365 e ss., in commento a Trib. Arnhem, ordinanza 29.10.1996, di rinvio pregiudiziale alla CGCE, causa C-390/96.

tipo politico-valutativo, parametrato alla soddisfazione delle esigenze di interessi di carattere generale che l'organismo ha realizzato.

La Corte di Giustizia sembra aver accolto questa terza posizione intermedia. Nelle sentenze *BFI Holding* e *Adolf Truley* la CGCE ha chiarito e ribadito che è indifferente che il soggetto operi in un contesto concorrenziale, e che dunque sia soggetto alla pressione competitiva di altri operatori economici: la presenza di un mercato nel quale operano altri soggetti è eventualmente indizio, ma non presunzione né tantomeno prova della commercialità o industrialità del bisogno soddisfatto dall'organismo²⁵. Nella sentenza *Taitotalo Oy* è stato ulteriormente chiarito che il carattere ricorre se l'organismo non persegue come principale lo scopo di lucro soggettivo e se, di fatto, l'ente pubblico-socio, tramite continue rimesse, attenua fino ad eliminare il rischio di impresa gravante sull'ente²⁶.

Per la Corte, infine, la dedizione alla soddisfazione degli interessi generali deve essere valutata in senso qualitativo e non quantitativo: non è necessaria l'esclusività né la prevalenza, ai fini della qualificazione, ma è sufficiente che detta attività sia prevista nello statuto, e che l'ente la svolga²⁷. Per altro verso, la qualità imporrebbe l'applicazione della disciplina comunitaria sugli appalti a tutte le attività dell'organismo stesso, anche non correlate alla soddisfazione di detti interessi generali: sembrerebbe dunque inammissibile il c.d. organismo di diritto pubblico in parte qua²⁸. Questa soluzione,

(25) CGCE, sent. *BFI Holding*, §§ 40 e ss., e §§50-51; CGCE, sent. *Adolf Truley*, cit., §

(26) CGCE, sentenza *Taitotalo Oy*, cit., §§51 e 52-55, su cui v. R. GAROFOLI, *Scelta dell'appaltatore*, cit., p. 63;; cfr. anche J.-D. DREYFUS, *La notion de besoins d'intérêt général dans la directive 93/36/CEE*, in *AJDA*, 2003, 23 juin, p. 1231-1232, in commento a CGCE, sent. *Adolf Truley*; considera l'elemento del lucro soggettivo, ma come elemento che qualifica l'attività di interesse generale non commerciale o industriale, secondo l'impostazione sopra esposta, anche CINTIOLI, *Il bisogno o l'attività?*, cit., p. 89. Cfr. al proposito anche GUCCIONE, *La nozione*, cit., p. 1034.

(27) Cfr. CGCE, sent. *Mannesmann Anlagbau*, cit.; il principio, nota GAROFOLI, *Organismo di diritto pubblico*, cit., pp. 571 e ss., è rimasto però isolato in giurisprudenza, senza ricevere né conferma né smentita.

(28) CGCE, sent. *Mannesmann Anlagbau*, cit.; Consiglio di Stato, sent. n. 167/2004, *Grandi Stazioni S.p.A.*; 5316/2003; Consiglio di Stato, sentenza n. 1206/2001, *Poste Italiane S.p.A.*; G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in . A. SANDULLI (a

nella sua assolutezza, è stata osteggiata in dottrina sia in forza della struttura casistica del diritto comunitario sia perché il principio non è mai stato ribadito dalla Corte di giustizia²⁹, sia infine per questioni di opportunità³⁰.

1.2. Organismo di diritto pubblico e *in house provider*

L'assimilazione tra organismo di diritto pubblico e *in house provider* era suggerita in parte dallo stesso *iter* del procedimento *Teckal*: le questioni pregiudiziali erano poste con riferimento alla Dir. 92/50/CEE, il cui art. 6, rinviando implicitamente all'art. 86 del Trattato CE, prevedeva in via eccezionale la possibilità di affidare la gestione del servizio ad un'amministrazione aggiudicatrice, nella cui nozione rientra anche l'organismo di diritto pubblico, titolare di un diritto esclusivo compatibile con il Trattato³¹. L'art. 11, Dir. 93/38/CEE conteneva una norma simile³². In precedenza, inoltre, era stata propo-

cura di), *Organismi e imprese pubbliche – natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente*, Giuffrè. Milano 2004, pp. 91 e ss., a proposito di tale ultima sentenza assume un atteggiamento critico, per ciò che riguarda il percorso argomentativo, che porterebbe ad attribuire alla nozione di organismo di diritto pubblico portata generale e funzione attributiva di natura pubblica, ma ne condivide i risultati.

(29) In senso fortemente critico, cfr. GAROFOLI, *Organismo di diritto pubblico*, cit., pp. 572; *Id.*, *Il recente allineamento*, cit., p. 173; M. A. SANDULLI, *Imprese pubbliche e attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche – natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente*, Giuffrè. Milano 2004, pp. 16-17; CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico*, cit., p. 72, non prende posizione esplicita, ma nota che la decisione del Consiglio di Stato è molto articolata, e qualifica la decisione resa dal Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 9/2004 come un'occasione perduta, per non aver chiarito il punto; GUCCIONE, *La nozione di organismo*, cit., p. 1033 chiede di fare chiarezza sul punto.

(30) Cfr. ancora M. A. SANDULLI, *Imprese pubbliche e attività estranee*, cit., *loc. ult. cit.* Va notato, comunque, come la questione percepita come problematica da parte della dottrina: C. BOVIS, *Public Procurement in the European Union*, Palgrave MacMillan, Hampshire, 2005, pp. 91-92.

(31) L'eccezione è stata riprodotta all'art. 18 della Direttiva 2004/18/CE, esclusivamente per gli appalti di servizi, ma con formulazione per alcuni versi più ampia: il nuovo testo comprende tra i soggetti esentati dall'applicazione della direttiva non solo le amministrazioni aggiudicatrici, in base ad un diritto esclusivo compatibile con il Trattato, ma anche le loro associazioni.

(32) La disposizione è stata trasposta nell'art. 25, Dir. 2004/17/CE, con alcune modificazioni: è eliminato il rinvio alla Direttiva 2004/18/CE – che ha sostituito logicamente e legislativamente la Dir. 92/50/CEE – ed è esteso l'ambito di applicazione soggettivo anche alle associazioni di amministrazioni aggiudicatrici la stessa variazione testuale che ha investito anche l'art. 18, Dir. 2004/18/CE. Si tratta di una disposizione non perfettamente coincidente a quella contenuta nell'art. 6, Dir. 92/50/CEE ed ora nell'art. 18, Dir. 2004/18/CE, perché rinvia alla Direttiva in materia di appalti di pubblici servizi, e non è dunque autoreferenziale.

sta l'assimilazione strutturale tra l'ipotesi dell'affidamento *in house* e l'eccezione presente nell'art. 6, Dir. 92/50/CEE³³. Anche la formulazione della nozione di dipendenza suggeriva un accostamento al requisito del «*controllo analogo*»³⁴. Infine, nella definizione stessa dell'organismo di diritto pubblico in dottrina è stata posta una dicotomia che riecheggia la nozione di organizzazione *in house*: cercando una definizione funzionale del requisito teleologico, è stato notato che la disciplina comunitaria della c.d. evidenza pubblica si applica a soggetti legati alla Pubblica Amministrazione e che non operano in concorrenza con altre imprese³⁵.

Questa impostazione è stata fatta propria dal giudice del rinvio della sentenza *Teckal*³⁶, ma sembra rimasta minoritaria nella giurisprudenza italiana³⁷. In Francia, in due vicende il *Conseil d'Etat* tiene le ipotesi ben distinte³⁸. La stessa Corte di Giustizia, quando si è trovata ad analizzare delle fattispecie cui la Direttiva Servizi sarebbe stata

(33) Cfr. S. ALBER, Conclusioni rassegnate nella causa C-108/98, *RI.SAN. s.r.l./Comune di Ischia*, pres. il 18.03.1999, in part. §49; CGCE, sentenza 09.09.1999, causa C-108/98, *RI.SAN. s.r.l./Comune di Ischia*, si limita a considerare la rilevanza meramente interna della fattispecie considerata, e non approfondisce la relazione tra le due fattispecie. Criticamente sull'assimilazione proposta dall'Avvocato generale, v. R. CHIEPPA, A. D. MAZZILLI, G. MARI, *I contratti esclusi dall'applicazione del codice dei contratti pubblici*, in R. DE NICTOLIS, M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici - I*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 450-451.

(34) Così in particolare C. BOVIS, *Recent case law relating to public procurement: a beacon for the integration of public markets*, in *Common Market Law Review*, 2002, pp. 1042-1043. Cfr. anche *Conseil d'Etat, Rapport public 2002, Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence*, in part. p. 312, dove il *Conseil* assume un atteggiamento molto critico rispetto a qualsiasi corrente interpretativa che allontani la nozione di «*controllo analogo*» dalla «*influenza dominante*» che caratterizza la relazione Amministrazione/organismo di diritto pubblico.

(35) Così in particolare CINTIOLI, *Brevi note sull'organismo di diritto pubblico*, cit., pp. 82-83.

(36) Cfr. TAR Emilia Romagna, sent. n. 444/2000, cit.: il Tribunale Amministrativo ritiene che l'eccezione prevista da CGCE, sentenza *Teckal*, cit., si riferisca espressamente all'art. 6, Dir. 92/50/CEE, e quindi esclusivamente all'ipotesi di appalto di servizi pubblici.

(37) Cfr. per un'ulteriore ipotesi applicativa Consiglio di Stato, sentenza 5316/06, *Comune di Udine/Diddi Dino e Figlio s.r.l. - AGESI - AMGA*: era in discussione l'affidamento del servizio «*gestione calore*» con fornitura del materiale combustibile in via diretta all'AMGA, società partecipata almeno al 51% dal Comune di Udine - Amministrazione aggiudicatrice, e che svolgeva più del 90% della propria attività con il Comune stesso; il Consiglio riconosce in capo all'AMGA i requisiti della sentenza *Teckal*, e motiva ulteriormente in merito alla figura dell'organismo di diritto pubblico, senza però chiarire espressamente se l'AMGA rientri nella categoria.

(38) Cfr. CE, *Union Nationale des Services Publics Industriels et Commerciaux et al.*, sentenza n. 233372 del 05.03.2003; CE, *Fédération Nationale des Entreprises Gestionnaires de Services aux Equipements à l'Energie et à l'Environnement et al.*, sentenza n. 233402 del 28.04.2003.

applicabile, non ha richiamato l'eccezione di cui all'art. 6 della Direttiva³⁹. In un caso le parti hanno espressamente proposto la qualifica di organismo di diritto pubblico per caratterizzare l'*in house provider*⁴⁰, ma in una causa avente ad oggetto un appalto misto, con prevalenza del valore della fornitura⁴¹: la Corte la ha ritenuta sia priva di pregio⁴², sia irrilevante nel caso concreto⁴³. Infine la Corte sembra aver espressamente escluso l'assimilabilità tra *in house providing* ed esercizio di diritti speciali o esclusivi nella sentenza *Correos*⁴⁴.

La dottrina sembra essere stata ancora più cauta. Qualcuno ha accostato l'ipotesi *Teckal* all'eccezione ex art. 6, Direttiva Servizi⁴⁵; altri hanno considerato la figura dell'*in house provider* comunque vicina a quella dell'organismo di diritto pubblico⁴⁶; un contributo isolato, pur notando un insanabile contrasto tra giurisprudenza in tema di organismi di diritto pubblico e giurisprudenza in tema di *in house providing*, propone di ricostruire il sistema considerando esclusi dal sistema degli appalti i contratti tra due Am-

(39) V. CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., in cui la Corte giudica dell'affidamento del servizio di gestione rifiuti urbani; CGCE, sent. *Parking Brixen*, in cui la Corte decide della legittimità della concessione del servizio di gestione di parcheggi a pagamento.

(40) V. CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §43: secondo il Governo italiano l'obbligo di gara gravante sulla AGESP, affidataria del servizio, per l'acquisizione del gasolio renderebbe il gruppo AGESP e il Comune di Busto Arsizio un unico organismo di diritto pubblico.

(41) CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §31: come per la vicenda *Teckal*, l'appalto aveva ad oggetto contemporaneamente la fornitura di gasolio per il riscaldamento e la prestazione del servizio di riscaldamento per alcuni immobili del Comune di Busto Arsizio. Facendo applicazione del criterio della prevalenza, la Corte qualifica l'appalto come di forniture.

(42) CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §44: osterebbe alla qualifica di "organismo di diritto pubblico" di un gruppo la diversa personalità giuridica dei suoi membri; implicitamente, la Corte sembra ammettere che la qualità possa essere ravvisata ogni volta che i diversi soggetti sono composti in una nuova entità.

(43) CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §§45 e 46: trattandosi di appalto di forniture, non è applicabile neanche per analogia la norma eccezionale contenuta nell'art. 6, Dir. 92/50/CEE.

(44) CGCE, sentenza 18.12.2007, causa C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia/ Administración General del Estado (Correos)*, §§ 60 e ss.; v. più diffusamente *infra*, capitolo 6, §4.

(45) E. SCOTTI, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali*, in *Foro italiano*, 2002, III, col. 554 e ss.

(46) G. ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2007, 3, p. 694, nt. 26 considera le figure «contigue».

ministrazioni aggiudicatrici a carattere non oneroso, perché l'una sottoposta all'influenza determinante dell'altra⁴⁷; dottrina dominante sembra aver escluso l'esatta coincidenza tra le figure. Qualcuno ha considerato le figure alternative⁴⁸.

Difatti, nonostante le similitudini, le figure dell'organismo di diritto pubblico e dell'*in house provider* non sembrano compiutamente assimilabili. Dal punto di vista strutturale, il «*controllo analogo*» sembra essere più forte della relazione che lega organismo di diritto pubblico e altra Amministrazione aggiudicatrice⁴⁹. Non convince, al riguardo, la distinzione posta in dottrina, per la quale l'organismo di diritto pubblico sarebbe posto sotto un controllo alternativamente sull'attività e gestionale, mentre l'organizzazione *in house* sarebbe sottoposta ad entrambi contemporaneamente⁵⁰. Questa lettura farebbe leva su una diversa intensità (qualitativa e quantitativa) di controllo: la distinzione, però non sembra sufficiente.

L'influenza esercitata sull'organismo di diritto pubblico per il tramite degli strumenti presuntivi elencati dalle disposizioni deve essere letta in relazione agli altri elementi della nozione: tali utensili strutturali e gestionali sembrano indicare un controllo di tipo valutativo-politico, come già sottolineato. Il «*controllo analogo*» che caratterizza l'ingerenza dell'Amministrazione aggiudicatrice sul soggetto *in house*, invece, sembra avere un oggetto e una portata diversa già dalla prima decisione della Corte: deve influire

(47) Così G. MARCHEGIANI, *La Corte di giustizia europea ignora la sua giurisprudenza in materia d'organismi di diritto pubblico quando esamina casi di affidamenti "quasi in-house"*, in www.giustamm.it.

(48) In particolare CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico*, cit., con formula efficace chiarisce che, mentre l'affidamento di un servizio ad un organismo di diritto pubblico corrisponde ad una ben determinata modalità di acquisizione del servizio, l'*in house providing* consisterebbe in una particolare modalità di gestione dello stesso.

(49) GAROFOLI, *Organismo di diritto pubblico*, cit., pp. 580 e ss., esclude la similitudine in forza della non sovrapponibilità tra «*controllo analogo*» e influenza del pubblico; similmente MARI, *Appalti di servizi affidati in esclusiva*, cit., pp. 124 e ss. CARINGELLA, *Corso*, cit., p. 878, esclude la congruenza per l'esclusiva rilevanza che nell'*in house providing* assume il rapporto organizzativo e strumentale tra Amministrazione e *provider*.

(50) CASALINI, *Organismo di diritto pubblico*, cit., p. 260; F. CARINGELLA, *L'affidamento in house*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella Direttiva 2004/18/CE e nella Legge comunitaria n. 62/2005*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 236-237;

sulla stessa capacità decisionale dell'ente, rendendolo non autonomo. Si tratta di un intervento tecnico operativo nel momento dell'azione dell'ente *in house*, cui si accompagna, ma senza esaurirsi, una valutazione politica del suo operato.

In punto di sistema, come sottolineato, il baricentro della nozione di organismo di diritto pubblico è la funzione servente rispetto ai bisogni di interesse generale aventi carattere non commerciale o industriale; il soggetto *in house* non è invece caratterizzato dalla stessa funzione: è soltanto un'articolazione sostanzialmente interna rispetto all'Amministrazione aggiudicatrice e ad essa strumentale⁵¹.

Nella sentenza *Stadt Halle* la Corte di Giustizia sembra rinviare ad una sistematica degli interessi: non sarebbe configurabile l'esercizio di un *controllo analogo* a quello che l'Amministrazione aggiudicatrice esercita sui propri servizi, se al capitale del controllato partecipa un soggetto privato, perché gli interessi seguiti dal privato sono inconciliabili con quelli perseguiti dai soggetti pubblici⁵². Tuttavia altro è essere istituiti specificamente per soddisfare bisogni di interesse generale, altro è essere strumento per il perseguimento dell'interesse pubblico di cui diverso soggetto è titolare. Anzitutto, rileva una distinzione dogmatica degli interessi, che si riflette sulla loro semantica: non necessariamente l'interesse pubblico («öffentliche Interesse» nella versione originale della sentenza) è anche interesse generale («Allgemeininteresse», nella versione tedesca delle Direttive). L'interesse generale sembra consistere nel vantaggio in termini di avanzamento economico e sociale⁵³, ovvero nel risultato conservativo⁵⁴ che una certa collettività acquisisce in seguito allo svolgimento di una determinata attività; seguen-

(51) In questo senso v. anche specialmente CARINGELLA, *Corso*, cit., p. 878.

(52) CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., §§ 49-50.

(53) Cfr. a titolo d'esempio CGCE, sent. *Taitotalo Oy*, § 45, per la quale soddisfa un interesse generale l'attività di impulso degli scambi in un certo bacino territoriale, ad opera di una società gestita direttamente dall'Ente locale di riferimento;

(54) Cfr. al riguardo CGCE, sent. *Adolf Truley*, cit., §§52-53, che considera l'esercizio di pompe funebri connesso all'ordine pubblico e necessario a fini igienici e di sanità pubblica; cfr. al riguardo anche DREYFUS, *La notion de besoins*, cit.

do una logica di tipo continentale, titolare dell'interesse sarebbe la collettività. L'interesse pubblico invece consisterebbe in ciò che la Pubblica Amministrazione definisce tale, alla luce di principi operazionali concretizzati nel nostro ordinamento nei principi del buon andamento e dell'imparzialità della P.A. ex art. 97 Cost.⁵⁵: sembra poter essere riferito più correttamente al solo Ente pubblico, che lo individua. Le due categorie sembrano avere un'area di sovrapposizione al margine, ma non sono pienamente coincidenti.

In secondo luogo, il problema degli interessi perseguiti dall'*in house provider* concerne l'adesione dello stesso alle necessità e agli interessi perseguiti dall'Amministrazione aggiudicatrice che lo controlla; invece, nel caso dell'organismo di diritto pubblico, la qualificazione è dettata dalla competenza attribuita all'ente, di perseguire un interesse generale. In altre parole: l'*in house provider* aderisce e persegue interessi pubblici dell'Amministrazione che lo controlla, mentre l'organismo di diritto pubblico realizza interessi generali la cui cura gli è stata affidata; l'uno esegue interessi altrui, l'altro persegue interessi attribuitigli come propri⁵⁶.

In prospettiva teleologica, le due categorie non sembrano sovrapponibili perché, laddove la figura dell'organismo di diritto pubblico è prevista per estendere la portata applicativa soggettiva delle Direttive in materia di appalti, il soggetto contemplato dalla

(55) Così E. CANNADA-BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 1972, in part. p. 6. Apparentemente *contra* cfr. CGCE, sent. *BFI Holding*, cit., §51, e CGCE, sent. *Agorà*, cit., §47, che T. GLIOZZO, *La notion d'organisme de droit public au sens de la directive 92/50/CEE*, in *AJDA*, 2003, 8 sept., p. 1560 giudica pacifico: sarebbero bisogni di interesse generale quelli che lo Stato decide di curare direttamente o sui quali intende mantenere un'influenza dominante; la distinzione, come delineata, sembra dunque cadere. Tuttavia l'alternativa operativa proposta dalla Corte di Giustizia (gestione diretta/influenza dominante) sembra permettere un'interpretazione conforme a quanto sostenuto nel testo.

(56) Al riguardo v. anche CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., §27: chiarisce la Corte che la Direttiva 92/50/CE si applica a tutti i contratti stipulati dalle P.A. senza distinguere tra contratti conclusi per la soddisfazione di interessi generali e non. L'*in house providing*, come già chiarito nel precedente capitolo, quale limite oggettivo rispecchia gli stessi principi.

sentenza *Teckal* si pone come limite all'applicazione oggettiva delle stesse⁵⁷. In dottrina è stata proposta la sistematizzazione dei rapporti tra *in house provider* e organismo di diritto pubblico nel senso di ritenere il primo, nei rapporti con i terzi, assoggettato alle norme sull'evidenza pubblica⁵⁸. Anche in quest'ottica si tratta comunque di una sovrapposibilità non perfetta: la relazione *in house* sembra al più essere una species della relazione che lega organismo di diritto pubblico e ente pubblico di riferimento.

La non perfetta congruenza delle due figure si riflette sulla rispettiva disciplina. Le Direttive stesse prevedono la possibilità di un appalto concluso tra due amministrazioni aggiudicatrici, e lo sottopongono alle medesime regole procedurali⁵⁹, come è stato notato sia in giurisprudenza⁶⁰, sia dalla Commissione⁶¹, sia infine in dottrina⁶², salve le ipotesi di cui agli artt. 6, Direttiva Servizi, e 11, Direttiva Settori esclusi 1993, oggi ri-

(57) Cfr. ROSSI, *Le gradazioni*, cit., p. 299, che registra la contrapposizione qualificandola semplicemente «incongruenza»; G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti «in house»: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, p. 74, nota che le figure hanno «segno opposto»;

(58) M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contratto e Impresa*, 2008, pp. 1204 e ss.

(59) Cfr. art. 1, lett. c), Dir. 92/50/CEE, che comprende tra i prestatori di servizi anche gli enti pubblici, tra cui devono essere compresi anche gli organismi di diritto pubblico. L'eccezione è estesa dalla Dir. 2004/18/CE, che è applicabile a tutti i contratti di appalto conclusi tra un'amministrazione aggiudicatrice e un operatore economico, dove quest'ultima espressione, usata solo «per semplificare il testo», identifica «una persona fisica o giuridica o un ente pubblico» o un loro raggruppamento, ai sensi dell'art. 1, § 8. Una previsione simile è contenuta anche nel combinato disposto degli artt. 1, n. 2, e 2, §1, lett. a), Dir. 93/38/CEE, ora riprodotta nell'art. 1, Dir. 2004/17/CE con formulazione simile alla Dir. 2004/18/CE.

(60) V. in questo senso espressamente CGCE, sent. *ARGE*, cit., §28; CGCE, sent. *Spagna Forniture*, cit., §§ 37-41, che chiarisce come la aprioristica esclusione di accordi tra amministrazioni aggiudicatrici dall'ambito applicativo della legislazione sugli appalti, al di fuori dei requisiti stabiliti dalla sentenza *Teckal*, violi la disciplina comunitaria; CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., § 45.

(61) Cfr. Comunicazione della Commissione, 30.04.2004, COM(2004) 327 def., *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, § 63.

(62) Cfr. R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*, 2006, 1, pp. 51 e ss.; F. ROSSI, *Gli affidamenti (quasi) in house: la partecipazione pubblica totalitaria come elemento essenziale*, in *Serv. pubbl. App.*, 2005, 453 e ss.; L. R. PERFETTI, *L'organismo di diritto pubblico e le sue nuove incerte frontiere. Il caso Grandi Stazioni tra diritti speciali ed esclusivi ed obblighi di gara*, in *Foro Amm.-CdS*, 2004, pp. 870 e ss.; Y. CLAISSE, *L'attribution d'un marché public à un organisme subventionné: jamais interdite mais pas toujours possible*, in *Petites affiches*, 2001, 20 mars, n° 56, pp. 14 e ss.; E. SCOTTI, *I nuovi confini dell'«organismo di diritto pubblico» alla luce delle più recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Foro italiano*, 1999, IV, col. 140 e ss., che puntualizza come l'esenzione dalla procedure di gara si estenda esclusivamente ai titolari di un diritto esclusivo compatibili con il Trattato.

spettivamente contemplate negli artt. 18, Direttiva Appalti e 25, Direttiva Settori esclusi 2004: la Corte nella sentenza SEDL ha chiarito trattarsi di fattispecie che riguardano il perseguimento di interessi generali, più che l'attività contrattuale della P.A.⁶³ L'affidamento diretto all'*in house provider* è fattispecie incidente sull'attività contrattuale della P.A., come sopra chiarito, e la figura dell'affidatario è stata elaborata per essere sottratta alle norme in tema di gara. L'opposta funzione riflette una divergenza dei principi sottesi alle due fattispecie: nell'affidamento *in house* manca la terzietà sostanziale tra Amministrazione aggiudicatrice e soggetto affidatario; nell'eccezione contemplata nelle disposizioni citate la terzietà è presupposta, e si tratta di fattispecie che, ancorché potenzialmente soggette alla disciplina degli appalti, ne sono escluse perché inerenti servizi che possono essere forniti in alcuni Stati membri solo dai titolari di un diritto esclusivo compatibile con il Trattato⁶⁴.

Va poi forse sottolineato che, se la Corte avesse voluto riferirsi all'organismo di diritto pubblico, sarebbe stata meno sibillina e più esplicita.

1.3. Organismi tecnici dedicati

Va segnalata la posizione di alcuni Autori francesi, che, avvicinando comunque le figure dell'*in house provider* e dell'organismo di diritto pubblico, analizzano la questione sub specie della libertà di organizzazione della Pubblica Amministrazione⁶⁵. Nell'ambito della libertà di cui gode ogni Amministrazione pubblica, questa può attribuire lo

(63) CGCE, sentenza SEDL, cit., in part. §§63 e 66, che rinvia «*per analogia*» alla stessa sentenza Teckal, sottolineando come l'eccezione nasca nell'ambito del diritto dei contratti della Pubblica Amministrazione: per la sua applicazione, è necessario, come già chiarito, che non sia ravvisabile un contratto dell'Amministrazione aggiudicatrice con un terzo. Tale non è il caso, se l'Amministrazione aggiudicatrice si accorda con altra Amministrazione. Con spirito parzialmente diverso va forse letto il riferimento alle centrali di committenza, contenuto nella stessa sentenza SEDL, §61: il riferimento sembra essere al principio dell'effetto utile delle direttive, e non al contratto.

(64) Così CHIEPPA, MAZZILLI, MARI, *I contratti esclusi*, cit., p. 460.

(65) E. FATÔME, A. MÉNÉMÉNIS, *Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques: éléments d'analyse*, in AJDA, 2006, 16 janvier, pp. 67 e ss.

svolgimento di competenze tecniche a propri organi o ad organismi esterni dalla stessa controllati. Se altro organo o organismo della medesima organizzazione vuole ricorrere ai servizi tecnici offerti da detta ramificazione indipendente, non deve necessariamente ricorrere alle procedure di evidenza pubblica, potendo affidare la propria richiesta direttamente alla ramificazione. Altri Enti pubblici, invece, dovrebbero procedere all'affidamento tramite procedura di gara⁶⁶, salvo che non si "appropriino" dell'organismo in questione, ad esempio – si deve ritenere – stipulando un accordo con l'Amministrazione di riferimento, ed attribuendo le adeguate competenze (proprie) a detto organismo esterno. In quest'ottica, l'*in house provider* altro non sarebbe che un organismo tecnico «dedicato», in base ad unilaterale imposizione di competenze da parte dell'ente pubblico di riferimento.

La tesi merita di essere condivisa per ciò che concerne l'attenzione alle esigenze di auto-organizzazione di ciascun Ente pubblico. Dal punto di vista dogmatico, ne risulta confortata la collocazione sistematica dell'affidamento *in house* a livello degli atti unilaterali, e non di contratti, per il diritto comunitario degli appalti pubblici. Infine, va sottolineato come detta posizione sia stata accolta dalla CGCE: nella vicenda TRAGSA l'organismo omonimo ha un oggetto sociale unilateralmente determinato a mezzo di atto imperativo statale, che impone l'esecuzione delle prestazioni richieste dagli enti pubblici che ne sono soci⁶⁷.

La tesi soffre però di un'evidente inversione argomentativa. La posizione appena delineata prescinde totalmente dalla qualità di organismo di diritto pubblico, e si basa piuttosto sulla mancanza di terzietà dell'organismo tecnico dedicato. In altre parole, la

(66) FATÔME, MÉNÉMÉNIS, *op. ult. cit.*, pp. 70 e ss., portano l'esempio dei servizi dell'*INSEE*, ente pubblico di ricerca statistica inserita nell'amministrazione statale. Se lo Stato o suo organo volessero realizzare delle indagini statistiche, le potrebbero affidare all'*INSEE* senza previa procedura di gara. Gli altri Enti pubblici non appartenenti all'organizzazione statale dovrebbero invece procedere ad affidare lo stesso servizio tramite procedura di gara, alla quale potrebbe ovviamente partecipare lo stesso *INSEE*.

(67) Per una trattazione più approfondita di questa sentenza, si rinvia al successivo Capitolo 3.

fattispecie disegnata risponde in effetti a tutte le caratteristiche dell'*in house provider*, ma non a quelle dell'organismo di diritto pubblico: gli difetta l'elemento dell'asservimento alla soddisfazione di esigenze di interesse generale. Assenza che è resa opaca nell'ordinamento amministrativo francese, organizzato secondo la logica del service public, ma che è evidente nei sistemi che sono costruiti secondo logiche diverse.

2. *In house provider* e impresa pubblica ex artt. 1, §1, n. 2, Dir. 93/38/CEE e 2, §1, lett. b), Dir. 2004/17/CE

La categoria dell'impresa pubblica è prevista nella sola disciplina dei c.d. Settori esclusi accanto a quella dell'organismo di diritto pubblico, a fini di individuazione dei soggetti qualificabili enti aggiudicatori, destinatari della disciplina comunitaria in materia di appalti. Si tratta di un'organizzazione di tipo imprenditoriale, caratterizzata dall'influenza dominante di tipo strutturale esercitata da una o più autorità pubbliche. Secondo l'interpretazione preferibile⁶⁸, la previsione solo in questa Direttiva corrisponde alla presa d'atto della presenza di numerose imprese controllate dallo Stato che agiscono in forza di diritti speciali o esclusivi, nell'ambito dei c.d. Settori esclusi.

L'attenzione degli interpreti si è concentrata sull'analisi delle aree di sovrapposizione tra le nozioni di impresa pubblica e di organismo di diritto pubblico, per verificare le ipotesi in cui all'impresa pubblica dovessero essere applicate le Direttive generali⁶⁹.

La congruenza dei due tipi è stata esclusa in ragione di indici semantici, strutturali e funzionali. Da un punto di vista semantico, è di prima evidenza che le stesse Dir. 93/38/CEE e 2004/17/CE prevedono le due figure l'una accanto all'altra, distinguendo,

(68) A. DE CHIARA, L. R. PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio d'impresa. Variazioni su Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sezione V, 22 maggio 2003, C-18/01*, in *Dir. Amm.*, p. 143

(69) Cfr. SANDULLI, *Imprese pubbliche e attività estranee*, cit., p. 12

ed adottando una nozione di organismo (ente) di diritto pubblico coincidente con quella prevista dalle Direttive generali⁷⁰.

Dal punto di vista strutturale, deve essere sottolineato il differente spessore che assume la «influenza dominante» nei due modelli. Se nell'organismo di diritto pubblico l'influenza può essere presunta alla luce di indici sia strutturali, sia gestionali, la nozione di impresa pubblica sembra caratterizzata da un'influenza squisitamente strutturale. Scompare difatti dagli indici presuntivi qualunque accenno sia alle modalità di finanziamento, sia al controllo diretto sulla gestione. Ciò vale a riempire di significato il termine «impresa», che si caratterizza per una ampia autonomia sul piano decisionale.

Quanto infine al piano funzionale, scompare dalla nozione di impresa pubblica ogni riferimento ai «esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale»⁷¹. Le imprese pubbliche possono perseguire qualunque fine, secondo logiche imprenditoriali; logiche che si esplicano non solo nell'efficiente coordinamento dei fattori produttivi e nel tendenziale equilibrio di lungo periodo tra costi e ricavi, ma anche nel pagamento degli apporti di capitale attraverso la distribuzione di utili e nella sopportazione del rischio di impresa. Il che esclude definitivamente la sovrapponibilità astratta tra le due categorie⁷².

La mancata funzionalizzazione e la minore pregnanza dell'influenza esercitata dall'Amministrazione pubblica permettono di configurare l'impresa pubblica ex Dir. 93/38/CEE e Dir. 2004/17/CE come una struttura abbastanza agile, in grado di autodeterminarsi e di agire autonomamente sul mercato, seguendo logiche industriali e com-

(70) *Ibidem*

(71) Cfr. SANDULLI, *Imprese pubbliche e attività estranee*, cit., pp. 13 e ss.; GAROFOLI, *Il recente allineamento*, cit., p. 168

(72) Cfr. CGCE, sentenza 15.05.2003, causa C-214/00, *Commissione/Spagna*, §44; CGCE, sent. *Siepsa*, cit., §76, che rinvia alla posizione espressa dalla Commissione e riportata al §44 della stessa sentenza; SANDULLI, *Imprese pubbliche e attività estranee*, cit., p. 15; RIGHI, *Società in mano pubblica*, cit., p. 363, pone la distinzione tra impresa pubblica e organismo di diritto pubblico nel fatto che il secondo svolge la propria attività «*producendo beni o servizi nell'interesse generale*».

mercionali che, invece, fanno difetto all'organismo di diritto pubblico. Il che è valso ad evitare che gli enti pubblici economici italiani fossero qualificati quali organismi di diritto pubblico, con conseguente obbligo di applicazione delle Direttive Appalti in settori diversi da quelli cui sono obbligati in forza delle Direttive Settori Esclusi⁷³.

Paradossalmente, quindi, se la funzionalizzazione dell'organismo pubblico alla realizzazione di interessi generali di carattere non industriale o commerciale valeva ex se ad escludere l'assimilazione di questo all'in house provider, che difetta di questo requisito, la mancata funzionalizzazione dell'impresa pubblica, unitamente alla diversa influenza che è esercitata dal pubblico, valgono ad escludere la prossimità di questa figura a quella prevista dalla c.d. eccezione Teckal. Difatti quest'ultimo si caratterizza per una totale dipendenza dall'Amministrazione aggiudicatrice, che giunge fino all'identificazione sostanziale in essa; al contrario, l'impresa pubblica si distingue per un ampio margine di autonomia rispetto all'Amministrazione che ne influenza gli organi.

Questi i motivi per cui, in una sua nota pronuncia, il Conseil d'Etat francese ha esplicitamente negato la possibilità di assimilare l'Union des Groupements d'Achat Public (UGAP), un établissement public industriel et commercial, alla ipotesi delineata dalla sentenza *Teckal*⁷⁴. Considerato il ruolo di intermediario dell'UGAP, la pronuncia sarà approfondita nel paragrafo relativo alle centrali di acquisto.

3. In house provider e impresa collegata ex artt. 13, Dir. 93/38/CEE e 23, Dir. 2004/17/CE

Diversamente deve essere considerata l'eccezione prevista dall'art. 13, Dir. 93/38/CEE con riguardo ai soli appalti di servizi nei settori esclusi, ed ora esteso dal-

(73) Cass. SS.UU. 17635/2003

(74) CE, *Cooperative de Consommation des Adhérents de la Mutuelle Assurance des Instituteurs de France (CAMIF)/UGAP*, sentenza n.218067 del 27.07.2001. Cfr. al riguardo anche CE, *Collectivités publiques et concurrence*, cit., pp. 309 e ss.; BRENET, *Groupement*, cit.

l'art. 23, Dir. 2004/17/CE a tutti i contratti di appalto conclusi in tali settori. La disposizione esclude l'applicazione della Direttiva agli appalti conclusi tra un Ente aggiudicatore e un'impresa collegata all'Ente da una relazione di «influenza dominante», identificata per rinvio in quella che lega Amministrazione aggiudicatrice e l'impresa pubblica ex art. 1, §1, n. 2), Dir. 93/38/CEE e 2, §1, lett. b), Dir. 2004/17/CE, e che realizzi almeno l'80% del proprio fatturato con l'Ente aggiudicatore stesso. La prima formulazione dell'eccezione si basava sulla volontà di conservare l'assetto organizzativo dell'Ente aggiudicatore⁷⁵. La successiva estensione, invece, sembra essere stata dettata da ragioni sistematiche: alla conservazione della struttura operativa del singolo Ente si accompagna la necessità di evitare che da essa derivino distorsioni della concorrenza nei mercati ulteriori in cui l'impresa collegata si trovi ad operare⁷⁶.

L'assonanza con l'eccezione *Teckal* è notevole, sia a livello funzionale sia a livello strutturale. Tanto da indurre qualcuno quasi a non distinguere tra le due ipotesi⁷⁷, ed altri a ritenere che l'estensione a tutti gli appalti dei Settori c.d. esclusi operata dalla Dir. 2004/17/CE altro non sia se non una sorta di codificazione dell'eccezione *Teckal*⁷⁸. Tuttavia, proprio i requisiti strutturali suscitano delle perplessità che impediscono di riconoscere nell'impresa collegata un tipo omogeneo all'*in house provider*.

Anzitutto, la relazione di influenza che lega l'impresa collegata all'Ente aggiudicatore non è univoca: la norma prevede tre tipi di collegamento tra impresa ed Ente ag-

(75) Cfr. Dir. 93/38/CEE, considerando n. 32.

(76) Dir. 2004/17/CE, considerando 32, che così giustifica la previsione di soglie per la minime di fatturato dell'impresa collegata nei confronti dell'Ente aggiudicatore.

(77) C. BOVIS, *Public Procurement in the European Union*, Palgrave MacMillan, Hampshire, 2005, p. 65 e pp. 87-88.

(78) G. DI CHIO, *L'affidamento diritto dei servizi pubblici locali*, in *giustamm.it*, 2004, n. 11; CARINGELLA, *L'affidamento in house*, cit., p. 259, si lascia andare a «*fremiti di novità*», chiedendosi come, di fronte a questo impulso, avrebbe reagito il giudice comunitario, cui erano state sottoposte le questioni SABA, dal Consiglio di Stato, ordinanza 22.04.2004, n. 2316, e ANAV, dal TAR Puglia, ordinanza 22.07.2004, n. 885. Ma v. più di recente F. LEGGIADRO, *Affidamento in house e concessione per la gestione di una rete di teledistribuzione: controllo analogo e controllo pubblico*, in *Urb. e App.*, 2009, pp. 293-294: l'ipotesi identifica un rilevante precedente sistematico, ma non si confonde con l'*in house providing*.

giudicatore: un modello orizzontale, in cui l'Ente e l'impresa sono soggetti alla influenza dominante di uno stesso soggetto terzo. Gli altri due modelli di "collegamento" sono verticali. Nel primo, l'impresa esercita un'influenza dominante sull'Ente, il che sembra rinviare all'ipotesi di un Ente aggiudicatore che sia un'impresa pubblica – secondo la terminologia della Direttiva 93/38/CEE, e quindi un organismo di diritto pubblico –: più precisamente, all'ipotesi della società a capitale misto e ai partenariati pubblico-privato di tipo istituzionale, quindi, in cui sia il soggetto privato ad esercitare un'influenza prevalente sulle decisioni dell'ente. Il terzo modello, infine, vede una relazione verticale in cui l'Ente aggiudicatore è in posizione di prevalenza.

Il «*controllo analogo*» di cui alla sentenza *Teckal* individua un potere esercitato dall'Amministrazione aggiudicatrice sulla persona distinta di cui trattasi: una situazione che sembrerebbe eventualmente ricorrere solo nella terza delle ipotesi appena delineate. Si potrebbe allora supporre che il caso *Teckal* individui un'ipotesi in rapporto di species a genus con l'eccezione prevista dalle Direttive Settori esclusi.

Rilevano tre sentenze pronunciate dalla Corte di Giustizia: la sentenza *Stadt Halle*, la sentenza *Parking Brixen* e la sentenza *Carbotermo*⁷⁹. Va notato che in dottrina non sembra essere stato approfondito il profilo qui esaminato, nei commenti di queste decisioni.

Nella causa *Stadt Halle* era discussa la legittimità dell'affidamento senza procedura di gara del servizio di recupero e smaltimento dei rifiuti urbani alla RPL Lochau, società mista partecipata tramite alcune società dal Comune di Halle⁸⁰, che la controlla-

(79) Le sentenze rilevano per una serie di profili ulteriori, diversi dai rapporti tra *in house providing* e eccezione ex art. 13, Dir. 93/38/CE, che saranno esaminate *infra*.

(80) Secondo la ricostruzione che ne danno l'Avvocato generale C. STIX-HACKL, Conclusioni rassegnate nella causa C-26/03, *Stadt Halle – RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage Trea Leuna*, pres. il 23.09.2004, §§ 7 e ss., e la sentenza stessa CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., §§ 15 e ss., la RPL Lochau è partecipata per il 24,9% da un socio privato, e per il 75,1% da una società, la Stadtwerke Halle GmbH, partecipata al 100% dalla Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, il cui socio unico è la città di Halle, Amministrazione aggiudicatrice.

va detenendone indirettamente il 75,1% del capitale e per la quale la RPL risultava svolgere la maggior parte della propria attività. L'Oberlandesgericht Naumburg pose cinque questioni pregiudiziali⁸¹: tre sulla tutela giurisdizionale da accordare nell'ipotesi di decisione negativa dell'Amministrazione, e due – che qui interessano⁸² – sulla legittimità dell'affidamento diretto ad una società con le caratteristiche della RPL Lochau. Queste ultime riguardavano esattamente la riconducibilità del modello dell'*in house providing* alla fattispecie dell'impresa collegata: sull'intensità e l'ampiezza del controllo che l'Amministrazione esercita sull'impresa in questione, quale rilevanza attribuire alla partecipazione di un privato al capitale, quali modalità di influenza identifichino il «*controllo analogo*» e, infine, se il criterio della «destinazione prevalente» dell'attività all'Amministrazione controllante possa essere ricondotto alla quota dell'80%, come previsto per l'impresa collegata.

L'Avvocato generale, anzitutto, qualifica l'affidamento alla RPL Lochau «“quasi *in house*”»⁸³. Prosegue analizzando i due requisiti del «*controllo analogo*» e della «destinazione prevalente», e conclude considerando la non omogeneità tra l'ipotesi dell'*in house providing* e l'eccezione prevista dall'art. 13, Direttiva 93/38/CEE, da un lato, sostenendo che il «*controllo analogo*» non potrebbe essere ridotto alla «influenza dominante» esercitata in forza degli strumenti societari sull'impresa collegata, o utile a qualificare determinati organismi quali Amministrazioni aggiudicatrici (§72); dall'altro, negando l'utilità di una percentuale fissa, come quella dell'80%, perché ogni previsione

(81) Oberlandesgericht Naumburg, *Stadt Halle – RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage Trea Leuna*, ord. del 08.01.2003, in GUCE C 101/15 del 26.04.2003.

(82) La questione della nozione di decisione della Pubblica amministrazione e della tutela accordata contro le stesse sarà oggetto di specifica trattazione *infra*, Capitolo 3.

(83) C. STIX-HACKL, Conclusioni *Stadt Halle*, cit., titolo VI, e §55. Il che è in realtà tecnicamente conferente con l'origine della categoria nel mondo anglosassone: la stessa ARROWSMITH, *The law*, cit., p. 415, identifica l'ipotesi che nel linguaggio attuale è identificato con il termine *in house providing* come la fornitura da parte di una *legally separated entity*, distinta dalla *in-house unit*. Nota la qualifica anche GIORELLO, *Gestions «in house»*, cit., p. 25.

fissa rischia di risultare eccessivamente rigida (§93) e perché l'individuazione di una percentuale non permette di verificare elementi qualitativi, che sembrano essere richiesti dall'eccezione *Teckal* (§94). Più in generale, nell'opinione dell'Avvocato generale l'eccezione di cui all'art. 13, Dir. 93/38/CEE è stata posta per una normativa settoriale, come tale insuscettibile di applicazione analogica (§§ 72 e 94); risponderebbe inoltre a criteri e razionalità diverse, come dimostra il fatto che l'art. 13, §2, Dir. 93/38/CEE impone alle Autorità aggiudicatrici degli obblighi di disclosure a richiesta della Commissione, che invece la CGCE non richiede (§95). La Corte non tocca la questione, né menziona mai l'ipotesi della «impresa collegata», e risolve la questione escludendo la ricorrenza del «controllo analogo» in ragione della presenza di capitale privato⁸⁴. Il che, *ex se*, sembra deporre per la non sovrapposibilità delle ipotesi dell'*in house providing* e dell'affidamento diretto ad impresa collegata *ex art. 13, Dir. 93/38/CEE*, perché quest'ultima sembra caratterizzata dalla strutturale presenza di capitale privato, rispondendo con ciò ad una sola delle questioni sollevate e ritenendo inutile proseguire nell'analisi delle altre (§53).

In *Parking Brixen* si discuteva della legittimità di un contratto di concessione avente ad oggetto la gestione di alcuni parcheggi a pagamento nel Comune di Bressanone, concluso tra il Comune stesso e la *Stadtwerke Brixen AG*, azienda municipalizzata dell'Ente locale, per un periodo di nove anni. Il contratto fu reso sotto gli auspici dell'art. 88, c. 6, lett. b), del Testo coordinato delle disposizioni sull'ordinamento dei Comuni della Regione Autonoma Trentino Alto-Adige, che prevedeva l'affidamento senza gara a società «ad influenza dominante pubblica locale». La delibera di autorizzazione alla conclusione fu impugnata dalla *Parking Brixen s.p.a.*, società controinteressata, presso

(84) CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., §§49-50. Sulle ulteriori implicazioni del principio, v. *infra*, Capitolo 2.

il TRGA Trentino Alto-Adige, Sez. Bolzano⁸⁵, che lamentava la violazione degli obblighi di gara, individuati a livello comunitario, nazionale e regionale, ed eccesso di potere, per aver giustificato la conclusione del contratto con motivi di urgenza, non adatti a sostenere la durata⁸⁶. Nel corso del giudizio furono sollevate due questioni pregiudiziali: la prima volta a chiarire come qualificare, ai sensi del diritto comunitario, il contratto controverso, e la seconda per valutare la contrarietà al diritto comunitario della conclusione di un contratto senza procedura di gara, ai sensi del diritto interno (anche regionale)⁸⁷.

Per ciò che qui interessa, l'Avvocato generale⁸⁸ analizza la questione della «influenza dominante» chiarendo che l'espressione «*controllo analogo*» individua una continua e concreta possibilità di intervento sui formanti delle decisioni degli organi dell'ente (§72), il che è espressamente qualificato «influenza» (§66); la relazione tra le due figure è approfondita: il *controllo analogo* sussisterebbe nell'ipotesi di nomina, da parte dell'Amministrazione, della totalità dei membri del Consiglio di Amministrazione della società diretta affidataria (§75). Sembra che per l'Avvocato generale il «*controllo analogo*» sia una species particolarmente pregnante dell'influenza dominante.

La Corte⁸⁹, invece, sembra prendere le distanze da quest'impostazione: l'Ente pubblico eserciterebbe un'influenza «determinante», non dominante, sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti del soggetto *in house* (§65). Analizzando esclusivamente profili attinenti a ciò che sopra è stato identificato come «controllo

(85) R.G.n. 23/2003

(86) Cfr. i motivi riportati sia in TRGA Trentino Alto-Adige, Sez. Bolzano, sentenza n. 170/2006, *Parking Brixen GmbH(Gemeinde Brixen + Stadtwerke Brixen AG*, pp. 5 e ss.; sia in TRGA Trentino Alto-Adige, Sez. Bolzano, *Parking Brixen GmbH(Gemeinde Brixen + Stadtwerke Brixen AG*, ord. del 23.07.2003, n. 25, p. 4.

(87) TRGA Trentino Alto-Adige, Sez. Bolzano, ord. n. 25/2003, cit., disp. pubbl. in GUCE C 7/23 del 10.01.2004.

(88) J. KOKOTT, Conclusioni rassegnate nella causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH/Gemeinde Brixen + Stadtwerke Brixen AG*, pres. il 01.03.2005.

(89) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit.

strutturale», la CGCE sottolinea come l'influenza esercitata attraverso i canali societari non sia sufficiente a garantire il «*controllo analogo*» (§§ 66-70), soprattutto a fronte di una trasformazione organizzativa marcatamente imprenditoriale, quale quella che stava vivendo la ASM Bressanone SpA.⁹⁰ Da sottolineare sin d'ora come la struttura della società per azioni codicistica sembra escludere la configurabilità dell'elemento del *controllo analogo*: è necessario che l'Ente pubblico possa esercitare qualche potere in più, rispetto a quelli della maggioranza (o della totalità) dei soci. Lo stesso modello, invece, si adatta alle esigenze delineate dal diritto comunitario in materia di impresa pubblica e di impresa collegata.

La vicenda Carbotermo aveva ad oggetto un appalto per la fornitura di combustibili e per alcuni servizi accessori inerenti alla "gestione calore" per il Comune di Busto Arsizio. Intervenuta la sentenza del Consiglio di Stato 5316/2003⁹¹, il Comune di Busto Arsizio revocava al gara, ed affidava l'appalto direttamente all'AGESP, di cui era socio al 99,98% la AGESP Holding, partecipata esclusivamente dallo stesso Comune di Busto Arsizio. La decisione veniva impugnata dalla Carbotermo e dal Consorzio Alisei, controinteressati, di fronte al TAR Lombardia, Sezione III⁹², argomentando che non ricorrerebbero, nel caso di specie, le condizioni che rendono inapplicabile la Dir. 93/36/CEE. Il Tribunale sollevava due questioni pregiudiziali⁹³: per chiarire se la struttura proprietaria della AGESP concretizzasse il requisito del «*controllo analogo*», e per verificare come valutare la quantità di fatturato, per la ricorrenza del secondo requisito dell'eccezione *Teckal*, se facendo riferimento all'art. 13, Dir. 93/38/CEE, o se conside-

(90) Nelle parole della CGCE, §67, si legge che la società avrebbe acquisito una vocazione commerciale, desumibile tra gli altri nella sua trasformazione da Azienda speciale in SpA, nell'ampliamento dell'oggetto sociale, nell'apertura della società – nel successivo prossimo futuro – al capitale privato, all'ampliamento del suo territorio di azione e ai poteri attribuiti al CdA.

(91) Consiglio di Stato, sent. n. 5316/2003, cit..

(92) Rgn 265/2004 e 884/2004.

(93) TAR Lombardia, Sez. III, *Carbotermo s.p.a. – Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio – AGESP S.p.a.*, ord. del 24.02.2004 n. 140, pubbl. in GUCE C 251/6 del 09.10.2004

rando anche percentuali più basse.

Sul primo punto, l'Avvocato generale⁹⁴ rinvia essenzialmente a quanto già chiarito dalla Corte nella sentenza *Parking Brixen*⁹⁵; sul secondo requisito, riprende quanto già precisato nelle Conclusioni *Stadt Halle* e che la CGCE non aveva risolto, per assorbimento⁹⁶, puntualizzando nuovamente l'inopportunità criteri quantitativi rigidi quale la soglia dell'80% del fatturato individuata nell'art. 13, Dir. 93/38/CEE (§§87 e ss.) e l'impossibilità di applicare analogicamente una norma eccezionale (§§89 e ss.), e sottolineando la necessità di valutare anche qualitativamente il requisito (§§97 e ss.).

La Corte⁹⁷ sottolinea la disomogeneità tra «*controllo analogo*» e «*influenza*»: la seconda sembra poter permeare anche attraverso lo schermo di una società figlia, ancorché attenuata, laddove il primo è del tutto escluso da tale interposizione (§§39-40). Il che è conforme alla norma, che presume l'influenza anche in ipotesi di detenzione indiretta della maggioranza del capitale dell'impresa, o di controllo indiretto della maggioranza dei voti in assemblea. Per ciò che concerne il secondo quesito, fa proprie la posizione dell'Avvocato generale: in primis, nega la possibilità di estendere analogicamente l'art. 13, Dir. 93/38/CEE (§57), perché previsto per una fattispecie particolare (§53) e perché norma eccezionale insuscettibile di applicazione in assenza di una norma esplicita (§55); la fattispecie non sarebbe inoltre assimilabile all'*in house providing*, a causa del meccanismo di notifica (§54). Prosegue chiarendo che la situazione del soggetto *in house* non è equiparabile a quella di un'impresa «controllata» (§60), perché il primo è privato della libertà di azione e la seconda continua ad operare sul mercato: la conclusione senza gara di un contratto con l'impresa «controllata» rischia di

(94) C. STIX-HACKL, Conclusioni rassegnate nella causa C-340/04, *Carbotermo s.p.a. e Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio*, pres. il 12.01.2006.

(95) STIX-HACKL, Conclusioni *Carbotermo*, cit., in part. §§64 e ss.

(96) STIX-HACKL, Conclusioni *Carbotermo*, cit., §§76 e ss.; CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., §53.

(97) CGCE, sent. *Carbotermo*, cit.

falsare la concorrenza alla cui tutela sono preposte le Direttive, ipotesi che non si verifica nel caso di affidamento *in house*. La CGCE conclude sul punto, chiarendo che il soggetto *in house* deve svolgere solo marginalmente (in senso quantitativo e qualitativo - §§64 e ss.) attività non nei confronti di soggetti diversi dall'Ente controllante (o dagli Enti controllanti - §63).

All'esito della disamina di queste pronunce, sembra si possa ribadire quanto già sottolineato sopra, sia in merito alla distinzione tra organismo di diritto pubblico e organizzazione *in house*, sia sulle differenze tra questa e impresa pubblica.

Dal punto di vista strutturale, la fattispecie della fornitura *in house* si delinea come eterogenea rispetto alle ipotesi soggettive individuate dalle Direttive. Il «*controllo analogo*» differisce dalla «influenza dominante» sia per la sua forza, sia per il suo oggetto: si identifica con un'ingerenza molto invasiva nell'azione dell'*in house provider*, che ne risulta determinata oltre l'esercizio dei poteri attribuiti ai componenti degli organi societari; ha per oggetto l'azione dell'impresa, non i suoi risultati, richiedendo dunque un'adesione totale all'Amministrazione aggiudicatrice.

Per quanto riguarda l'aspetto funzionale, infine, va notato che la qualità di «*impresa*» caratterizza l'ente in questione di un grado elevato di autonomia, che si manifesta difatti nella minore forza con cui viene esercitato il controllo da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice. Il che, lo si è già notato, sembra essere inconciliabile con ciò che la Corte sembra individuare come elemento essenziale dell'*in house providing*: il difetto di autonomia decisionale. L'elemento dello svolgimento di almeno l'80% della propria attività nei confronti dell'organismo che esercita l'influenza dominante sull'impresa collegata (limitandosi, dunque, ad una sola delle tre ipotesi di collegamento previste dalla norma, sopra evidenziati) rivela dunque la propria funzione di limite, forte, dell'au-

tonomia dell'impresa controllata⁹⁸. Limite esterno, che lascia impregiudicata, per altro verso, l'autonomia degli organi societari di svolgere l'oggetto sociale secondo canoni di efficienza, legati alle istanze politiche dell'Ente controllante negli stessi limiti in cui i membri degli organi sociali sono vincolati agli interessi dei soci che li hanno nominati.

L'ipotesi dell'impresa collegata si qualifica allora esattamente come eccezione, in senso tecnico, più che come limite. Anticipando in parte ciò che sarà oggetto di analisi specifica nel prossimo capitolo, va notato che la conclusione di un contratto tra un'Amministrazione aggiudicatrice e un'impresa, senza confronto concorrenziale a mezzo delle procedure di gara, attribuisce di fatto una posizione di privilegio all'impresa-parte del contratto nei confronti dei suoi concorrenti⁹⁹. Una simile ipotesi deve essere dunque giustificata da circostanze eccezionali, ed essere contenuta nelle conseguenze negative. Da cui la previsione della limitazione territoriale dell'attività dell'impresa collegata, che può realizzare solo il 20% del proprio fatturato in concorrenza con altri operatori.

L'organizzazione *in house*, invece, risponde ad esigenze parzialmente diverse: aderendo pienamente all'Amministrazione aggiudicatrice che la controlla, la sua azione assumerebbe carattere interno rispetto ad essa. Il percorso è inverso rispetto all'ipotesi dell'impresa collegata: la «destinazione prevalente dell'attività» non si configura

(98) Rimane peraltro dubbio se detto limite debba essere espresso imperativamente, tramite un atto dell'Ente controllante; con previsione statutaria; oppure se debba essere verificata in via di mero fatto, senza alcuna necessità di predeterminazione. La questione non sembra essere stata affrontata in dottrina. Le decisioni della CGCE, sopra commentate, sembrano pendere verso la terza soluzione: si dovrebbe trattare di un elemento di fatto, che prescinde da atti di imperio o da previsioni statutarie. Con tutte le conseguenze del caso: si deve pertanto ritenere che, nell'ipotesi in cui l'attività dell'impresa collegata nei confronti dell'Amministrazione aggiudicatrice scenda al di sotto della soglia dell'80% per un periodo non trascurabile di tempo, la legittimità dell'attribuzione senza gara dovrebbe venir meno.

(99) Argomento ricorrente nella giurisprudenza in materia di affidamenti *in house*. V. in part. CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §§49 e 55; C. STIX-HACKL, Conclusioni rassegnate nella causa C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname)/Comune Cingia de' Botti – Padania Acque S.p.A.*, pres. il 12.05.2004; CGCE, sent. *Coname*, cit., §21; CGCE, sent. *SEDL*, §§52-57; Y. BOT, Conclusioni rassegnate nella causa C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia/Administración General del Estado*, pres. il 20.09.2007, §111.

come limite all'azione del soggetto, ma come effetto della sua aderenza all'Amministrazione aggiudicatrice. Il che spiega agevolmente come mai la Corte di Giustizia ritenga superflua, se non dannosa, la previsione di una percentuale fissa per valutare la ricorrenza dei caratteri *in house*, ma non prenda posizione analoga con riguardo alla stessa percentuale, fissata per l'impresa collegata.

4. In house provider e centrale di committenza

L'idea di fondo delle impostazioni precedenti consiste in una sorta di pareggio del bilancio¹⁰⁰: se l'affidamento è diretto, e dunque la procedura ad evidenza pubblica è evitata, allora si trasferisce l'obbligo di gara a valle, qualificando il diretto affidatario in maniera da renderlo soggetto alle Direttive¹⁰¹. Come chiarito sopra l'interesse perseguito dall'*in house provider* non è proprio, come nel caso degli organismi di diritto pubblico, ma altrui, dell'Amministrazione aggiudicatrice che lo controlla. In questo senso, l'*in house provider* si porrebbe come intermediario tra Amministrazione aggiudicatrice e mercato.

La Direttiva 2004/18/CE contempla le «centrali di committenza», riprendendole dall'ordinamento di alcuni Stati membri¹⁰² ed apprezzandone la capacità di aumentare

(100) L'espressione è di C. LACAVA, *in house providing e tutela della concorrenza*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, 8, pp. 848-849.

(101) Così in part. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico*, cit., p. 285. Su questo specifico aspetto, v. anche F. CARINGELLA, *Il problema dell'in house providing: un nodo non risolto dal codice*, in R. DE NICTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture - I*, Giuffrè, Milano 2007, p. 372. Per una critica, cfr. D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2007, pp. 42 e ss.

(102) Soprattutto in Italia e in Francia. In Italia era presente la CONSIP, modello di intermediazione nel sistema degli appalti centralizzata; in Francia erano invece diffusi gli *acheteurs institutionnels*, quali ad esempio l'UGAP o la Sydev. Non così per G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M. P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, Tomo I, 2° ed., Giuffrè, Milano 2004, p. 435, che considerano la centrale di committenza un'esperienza di derivazione «prettamente italiana». Per A. TAILLEFAIT, *Coordination, groupement de commandes et centrale d'achats*, LexisNexis-Jurisclasser, *Contrats et Marchés publics*, fasc. 50, 2007, si tratta di un fenomeno connotato alla stessa azione contrattuale dei soggetti pubblici: per ottenere le condizioni migliori,

la concorrenza e l'efficacia della commessa pubblica per mezzo della generazione di economie di scala¹⁰³: Amministrazioni aggiudicatrici che acquistano servizi o forniture destinati ad altre Amministrazioni aggiudicatrici o gestiscono procedure di aggiudicazione o conclusione di contratti-quadro aventi ad oggetto lavori, forniture o servizi destinati ad altre Amministrazioni aggiudicatrici (art. 1§10). Si tratta di intermediari qualificati, fornitori del servizio pubblico di gestione della gara¹⁰⁴ o, secondo altra prospettiva, incaricati della funzione di razionalizzazione e centralizzazione del sistema dei contratti pubblici¹⁰⁵. Le direttive non prevedono alcun obbligo di ricorrere alle centrali, avvicinandosi così al modello francese¹⁰⁶.

Le Amministrazioni aggiudicatrici possono ricorrere alle centrali senza espletare procedura di gara: il diritto comunitario si ritiene rispettato nei limiti in cui è rispettato dalla centrale di acquisto (art. 11). Il rispetto deve essere non solo formale, ma sostanziale: la centrale di committenza non può ad esempio frammentare una stessa operazione in più contratti che, singolarmente presi, siano inferiori per valore alla soglia prevista per l'applicazione delle Direttive, perché ne risulterebbe sostanzialmente elusa la

le persone di diritto pubblico cercano di unire il proprio potere di acquisto o coordinandosi, o unendosi nei *groupements de commandes* o individuando un intermediario nelle *centrales d'achats*.

(103) Dir. 2004/18/CE, Considerando 15.

(104) In questi termini NICOSIA, «*Modello CONSIP*», cit., p. 737, a proposito della CONSIP.

(105) Cfr. décret 85-801 del 30.07.1985, JORF 31.07.1985, p. 8681, art. 1, a proposito dello scopo dell'UGAP. A. MASSARI, *E-procurement: il modello CONSIP e il progetto di razionalizzazione della spesa negli enti locali*, in *Comuni d'Italia*, 2002, pp. 1413 e ss.

(106) Il modello francese dell'UGAP prevede la piena libertà per le Amministrazioni di ricorrere ai contratti stipulati con l'UGAP; insistono su questo aspetto in particolare. Insistono in maniera particolare sull'assenza di obblighi di ricorrere al servizio offerto dall'UGAP TAILLEFAIT, *Coordination*, cit., §74, che ricorda come fosse previsto un obbligo in tal senso a carico degli organi dello Stato, poi annullato dal *Conseil d'Etat*, sent. 19.02.2996, *Syndicat des fabricants de mobiliers de bureau et d'ateliers, sièges et systèmes d'organisation*, Juris-Data n° 1996-050077, e non riprodotto nel *Code des Marchés Publics* dal 2001; F. OLIVIER, *Règles générales de formation des marchés publics*, LexisNexis-Jurisclasseur, fasc. 635, 2003, §64.. Differente la disciplina prevista per la CONSIP, A differenza della CONSIP, sulla quale v. V. L. FIORENTINO, *Modello Consip: il quadro normativo vigente*, in *Urb. E App.*, 2005, pp. 121 e ss.; M. URBANI, *Evoluzione della normativa generale in materia di convenzioni CONSIP*, in *Nuova Rass.*, 2006, 9, pp 1227 e ss.

disciplina comunitaria¹⁰⁷. Il principio sembra non ritagliato sulle funzioni della centrale di committenza, ma invece essere applicabile ad ogni Amministrazione aggiudicatrice. Resta il fatto che è stato pronunciato con riguardo ad un'operazione della Sydev, «acheteur institutionnel» della Regione francese della Vandea. Questo perché la funzione di intermediario istituzionale ricoperta, con la correlata expertise in materia di gestione ed esecuzione di gare d'appalto, facilita la pratica del frazionamento, che un'Amministrazione aggiudicatrice "classica" avrebbe forse più difficoltà a porre in essere¹⁰⁸.

In dottrina è stato proposto l'accostamento tra *in house provider* e centrale di committenza: la richiesta rivolta alla centrale si configurerebbe quale affidamento *in house*¹⁰⁹; secondo altra impostazione, questo non sarebbe vero sempre, ma solo quando l'Amministrazione committente (co)influenzi la centrale di committenza¹¹⁰.

Anche questa ricostruzione sembra essere stata rifiutata dalla Corte. La causa *SEDL* nasce dal ricorso proposto dal consigliere comunale Jean Auroux di fronte al Tribunal Administratif di Lione contro la conclusione di una convenzione di risistemazione urbanistica da parte del Comune di Roanne direttamente con la Société d'Equipement de la Loire. Nel corso del procedimento vennero sollevate tre questioni pregiudiziali con le quali si chiedeva alla CGCE se detta convenzione fosse qualificabile appalto pubblico di lavori ai sensi delle direttive comunitarie, come calcolarne il relativo valore

(107) Questo il principio elaborato da CGCE, sentenza 05.10.2000, causa C-16/98, *Commissione/Repubblica francese (Sydev)*, in *Racc.*, I-08315, sulla quale v. in part. R. CARANTA, *Nozione di opera pubblica e suddivisione artificiosa di appalto*, in *Riv. Dir. Comp. Eur.*, 2001, pp. 327 e ss.

(108) In questo senso anche CGCE, sent. *SEDL*, cit., §67; J. KOKOTT, Conclusioni rassegnate nella causa C-220/05, *Jean Auroux et al./Commune de Roanne (SEDL)*, pres. il 15.06.2006, §72.

(109) Così esplicitamente S. MORRONE, *Artt. 28-33 – Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di rilevanza comunitaria nei settori ordinari: ambiti soggettivi e oggettivi*, in M. BALDI, R. TOMEI (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici*, IPSOA, Milano 2007, p. 308. D. PETTINATO, *Affidamenti in house: ulteriori sviluppi*, in www.filodiritto.com.

(110) In questo senso v. R. CARANTA, *Le centrali di committenza*, in R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici – I*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 621-622; TAILLEFAIT, *Coordination*, cit., §72.

e se il diritto comunitario degli appalti dovesse essere ritenuto violato anche nell'ipotesi in cui l'Amministrazione aggiudicataria, scelta senza procedura di gara dal Comune di Roanne, fosse tenuta *ex lege* all'applicazione delle direttive in materia di appalti¹¹¹.

L'Avvocato generale propose di risolvere le questioni in modo da garantire l'applicazione al caso di specie delle Direttive¹¹². Richiamò la sentenza *Teckal* in due momenti: per qualificare la convenzione di risistemazione urbanistica appalto ai sensi del diritto comunitario, escludendo che la SEDL fosse un *in house provider* de Comune per la presenza di investimenti privati nel suo capitale (§56); e per chiarire che l'obbligo di gara sussiste anche in caso di conclusione di una convenzione con altra Amministrazione aggiudicatrice, a nulla rilevando l'obbligo per questa di procedere nuovamente a gara (§§71 e ss.); la diversa soluzione accolta nella sentenza *Scala di Milano* è dovuta esclusivamente al fatto che in quel caso l'Amministrazione affidataria era individuata per legge, senza alcuna possibilità di scelta da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice (§§75-76).

La Corte accolse le soluzioni proposte dall'Avvocato generale; per ciò che interessa in questa sede¹¹³, ha tenuto a distinguere con chiarezza l'ipotesi dell'affidamento diretto a centrale di committenza dall'ipotesi dell'*in house providing*. La distinzione si svolge su un duplice piano, attraverso tre constatazioni: da una parte, alcuni problemi si pongono per l'affidamento diretto alla SEDL, ma sono inconferenti con riguardo all'ipotesi di *in house providing*: 1) l'applicazione della disciplina prevista in tema di centrale di committenza non è applicabile al caso di specie *ratione temporis*, perché i fatti di causa si sono svolti prima dell'emanazione della Direttiva 2004/18/CE (§61); 2) l'effetto

(111) CGCE, sent. *SEDL*, cit., §20.

(112) J. KOKOTT, Conclusioni *SEDL*, cit.

(113) In merito alla qualificazione della convenzione di riqualificazione urbana come contratto di appalto, cfr. in particolare G. RONDONI, *Convenzione tra amministrazioni aggiudicatrici come appalto pubblico di lavori*, in *Urb. e App.*, 2007, pp. 555 e ss.

utile della direttiva non sarebbe preservato in caso di apertura successiva applicazione delle direttive in materia di appalti da parte del diretto affidatario¹¹⁴ (laddove si dovrebbe ritenere a contrario che nel caso di *in house providing* l'effetto utile della direttiva sarebbe salvaguardato). D'altra parte, il problema della composizione del capitale della SEDL sarebbe irrilevante nel caso di affidamento diretto a centrale di committenza, che, in quanto organismo di diritto pubblico, ben potrebbe avere soci privati nella propria compagine sociale; ma 3) esclude la configurabilità del requisito strutturale del «*controllo analogo*» richiesto dalla sentenza *Teckal*, e quindi la configurabilità di un rapporto *in house* (§§ 63-64)¹¹⁵.

Le due fattispecie, dunque, non sono congruenti e rispondono a logiche diverse. A conforto di questa constatazione va sottolineato che la centrale di committenza è anzitutto un particolare tipo organismo di diritto pubblico: esclusa la sovrapposibilità delle due ipotesi per il *genus*, deve *a fortiori* escludersi anche per le sue *species*.

5. Conclusioni

Si deve ricordare che la CGCE ha tenuto a precisare fin dall'inizio come la fattispecie *Teckal* non fosse riconducibile a nessuna delle eccezioni già contemplate nel diritto derivato¹¹⁶. Essa condivide con altre figure presenti nel diritto degli appalti per alcuni tratti i medesimi scopi¹¹⁷. Ma questa è una constatazione sterile: le figure previste dal diritto comunitario degli appalti sono finalizzate tutte alla realizzazione degli obiettivi che le Direttive pongono.

(114) Su questo specifico punto, v. le considerazioni di GALETTA, *Forme di gestione*, cit., pp. 42 e ss.

(115) In nota alla sentenza, cfr. anche R. FERORELLI, *Convenzione urbanistica – Nozione di appalto pubblico di lavori*, in *Giur. It.*, 2007, pp. 288 e ss.; L. GENINATTI-SATÉ, *Forme e limiti dell'affidamento di appalti di lavori tra amministrazioni aggiudicatrici*, in *Foro Amm.vo – CdS*, 2007, pp. 740 e ss.

(116) CGCE, sent. *Teckal*, cit., § 43.

(117) Cfr. in particolare CASALINI, *Organismo di diritto pubblico*, cit., p. 33.

La qualificazione soggettiva dell'*in house provider* all'interno di una delle figure note alle Direttive non sembra produrre risultati ermeneuticamente utili. Più precisamente: non è la sussunzione in una delle categorie soggettive previste dalle Direttive a chiarire la ragione della non necessità di una gara per procedere all'affidamento di un incarico all'*in house provider*. Essa potrebbe invece illuminare su altri aspetti, quali ad esempio le modalità con cui entra questo in contatto con i terzi: nulla vieta che un'entità legata ad un'Amministrazione aggiudicatrice da una relazione *in house* sia qualificabile, ad altri fini, organismo di diritto pubblico; questo atteggiarsi ambivalente delle qualifiche soggettive nel diritto comunitario altro non è se non una conseguenza del principio funzionalista *ivi*¹¹⁸.

Certamente dall'analisi che precede possono trarsi alcuni indizi in negativo per identificare l'*in house provider*. Non è necessario che si tratti di un soggetto dedito alla soddisfazione di un interesse attribuito alla propria sfera di competenza, ma agisce per realizzare l'interesse dell'Amministrazione controllante e con uno spazio di manovra fortemente ristretto e funzionalizzato esclusivamente a questo fine; deve essere soggetto alla «*influenza determinante*» non dominante, dell'Amministrazione il cui interesse persegue; non ricopre istituzionalmente la posizione di intermediario nei confronti dell'Amministrazione controllante, quale strumento di organizzazione, ma si presenta piuttosto come una modalità di gestione dei suoi interessi, uno strumento dell'organizzazione.

(118) In questi termini v. NICOSIA, «*Modello CONSIP*», cit., p. 731.

Capitolo 4

La prima fase della giurisprudenza comunitaria in materia di *in house providing*

SOMMARIO: 1. Le pronunce della prima fase della giurisprudenza comunitaria – 2. Il problema del controllo analogo: la sentenza *Stadt Halle* e la partecipazione pubblica totalitaria – 2.1. Fatti di causa e decisione della CGCE – 2.2. Note critiche: iter argomentativo e problema delle società miste - 3. (Segue) Le sentenze *Coname* e *Parking Brixen*: partecipazione pubblica totalitaria e piano di sviluppo del provider - 3.1. La sentenza *Coname*: i fatti di causa - 3.2. La pronuncia *Parking Brixen* - 3.3. Estensione dell'obbligo di gara e della "eccezione" *Teckal* - 3.4. Segue: capitale interamente dell'Amministrazione affidante e «controllo analogo»; l'ordinanza *Termoraggi* - 4. (Segue) Le sentenze *Mödling* e *ANAV*: rilevanza di eventi successivi all'affidamento - 4.1. La sentenza *Mödling* - 4.2. La sentenza *ANAV* - 4.3. Elemento comune: rilevanza dei fatti successivi all'affidamento - 5. La sentenza *Carbotermo*: insufficienza della prospettiva societaria e significato del requisito funzionale - 5.1. Fatti di causa e decisione della Corte - 5.2. Il requisito funzionale nella sentenza *Carbotermo* - 6. La sentenza *TRAGSA*: controllo analogo e poteri ultrasocietari - 6.1. Fatti di causa e decisione della Corte di Giustizia - 6.2. «Controllo analogo» e poteri extrasocietari.

1. Le pronunce della prima fase della giurisprudenza comunitaria

La giurisprudenza comunitaria in merito all'*in house providing* nel periodo dall'inizio del 2005 all'aprile del 2007 vede una Corte di Giustizia molto attenta agli elementi di fatto delle questioni che vengono proposte alla sua analisi ed alle conseguenze delle scelte della P.A. sui rapporti tra gli operatori di mercato al di là della partecipazione al singolo appalto ed oltre l'ambito del c.d. mercato degli appalti pubblici. Ciò è particolar-

mente evidente nell'analisi del requisito strutturale della fattispecie *Teckal* e della relazione tra questo e il requisito funzionale.

In questo capitolo vengono brevemente descritte pronunce della Corte di Giustizia: dall'ordinamento italiano originano cinque di queste decisioni¹; gli altri tre dagli ordinamenti tedesco², austriaco³ e spagnolo⁴. Solo una conclude un procedimento di infrazione⁵: le altre risolvono questioni pregiudiziali di interpretazione del diritto comunitario.

2. Il problema del «controllo analogo»: la sentenza *Stadt Halle* e la partecipazione pubblica totalitaria

2.1. Fatti di causa e decisione della CGCE

Nella vicenda *Stadt Halle*⁶ la Corte risolve una questione pregiudiziale sollevata

(1) CGCE, sentenza 21.07.2005, causa C-231/03, *Consorzio nazionale aziende metano (Coname)/Comune Cingia de' Botti (Coname)*, in *Racc.*, 2005, p. I-07287; e in *Foro It.*, 2006, IV, col 77 e ss.; e in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 5, pp. 1421 e ss.; CGCE, sentenza 13.10.2005, causa C-458/03, *Parking Brixen/Gemeinde Brixen + Stadtwerke Brixen GmbH (Parking Brixen)*; CGCE, sentenza 06.04.2006, causa C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)/Comune di Bari + AMTAB Servizio S.p.A.*, in *Racc.*, 2006, p. I-03303; CGCE, sentenza 11.05.2006, causa C-340/04, *Carbotermo SpA + Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio + AGESP SpA (Carbotermo)*, in *Racc.*, 2006, p. I-04137; e in *Foro It.*, 2006, IV, col. 510; CGCE, ordinanza 10.04.2008, causa C-323/07, *Termoraggi SpA/Comune di Monza*, §20.

(2) CGCE, sentenza 11.01.2005, causa C-26/03, *Stadt Halle + RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, in *Racc.*, 2005, pp. I-001 e ss.

(3) CGCE, sentenza 10.11.2005, causa C-29/04, *Commissione/Austria (Mödling)*, in *Racc.*, 2005, pp. I-09705.

(4) CGCE, sentenza 19.04.2007, causa C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales/Transformación Agraria SA (TRAGSA)*.

(5) CGCE, sent. *Mödling*, cit.

(6) CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit.; pubbl. anche con commento di R. DE NICTOLIS, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata negli affidamenti in house e a società miste*, in *Urb. e app.*, 2005, pp. 295 e ss.; di G. ECKERT, *Contrats «in house» et sociétés d'économie mixte locales*, in *Contrats et Marchés publics*, 2005, mars, pp. 23 e ss.; di G. V. FERRARO, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, 3-4, pp. 1004 e ss.; di CH. MAUGUE, *A propos de l'arrêt Stadt Halle de la Cour de Justice des Communautés européennes du 11 janvier 2005 aff. c-26/03, A) peut-il y avoir contrat "in house" entre un pouvoir adjudicateur et une société dans le capital de laquelle participe une entreprise privée? B) quelles sont les implications de la directive recours pour les décisions prises en dehors d'une procédure formelle de passation de marché?*, in *Bulletin Juridique des contrats publics*, 2005, n° 40, pp. 180 e ss.; di R. URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è «casa» per le società a*

dall'Oberlandesgerichts Naumburg con ordinanza 08.01.2003⁷. Il 12.12.2001 Consiglio municipale della città di Halle affidò alla RPL Recyclingpark Lochau GmbH (società a capitale misto pubblico-privato cui il Comune di Halle partecipava per il 75,1% a mezzo di altre società dallo stesso detenute al 100%⁸), l'elaborazione di un progetto per il trattamento preliminare e la gestione del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani sul territorio comunale. La delibera di affidamento fu preceduta dalla decisione di non procedere alla pubblicazione di un bando⁹. Contestualmente il Comune di Halle iniziò delle trattative con la RPL Lochau per la costruzione di un termovalorizzatore per lo smaltimento dei rifiuti, che la stessa società avrebbe eseguito in un momento successivo.

La Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna impugnò ex art. 97, n. 7, della Legge contro le restrizioni della concorrenza (*Gesetz Gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*) l'assenza di decisione di procedere a gara per l'affidamento del servizio. Il Comune di Halle oppose l'inammissibilità del ricorso perché, conformemente all'interpretazione che parte della dottrina e giurisprudenza tedesche proponevano dell'art. 97, n. 7, GWB, il mezzo di impugnazione avrebbe dovuto essere proposto avverso una delibera che, nel caso di specie, faceva difetto¹⁰; il Comune sostenne altresì essere la RPL Lochau un organismo sostanzialmente interno alla propria struttura: lo svolgimento del servizio avrebbe qualificato come «*in house providing*», con conseguente inapplicabilità della disciplina in materia di appalti pubblici.

capitale misto, in *Foro It.*, 2005, IV, col 136 e ss.

(7) In G.U.C.E. 26.04.2003 C 101/15-16

(8) CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., §15. Il capitale della RPL Lochau era così composto: il 75,1% delle quote era detenuto dalla Stadtwerke Halle GmbH, società il cui socio unico, la Verwaltungsgesellschaft fuer Versorgungs- und Verkehrsbetriebe del Stadt Halle mbH, era a sua volta partecipato esclusivamente dalla città di Halle; La restante quota del 24,9% nella RPL Lochau era intitolata ad altra società a responsabilità limitata esclusivamente privata.

(9) CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., §§14-16.

(10) CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., §18.

La TREA Leuna ottenne ragione in primo grado; in sede di appello, l'Oberlandesgericht sollevò due questioni pregiudiziali di fronte alla Corte di Giustizia CE: 1) se avverso i provvedimenti amministrativi gli obblighi di ricorso efficace che lo Stato deve garantire ai sensi della Direttiva 89/665/CE avessero avere ad oggetto anche decisioni meramente interne della P.A. e se potessero essere subordinati al raggiungimento di una certa fase formale dell'assunzione della decisione; 2) se una società come la RPL Lochau potesse essere qualificata come *in house provider*, e come potesse essere configurato

Nel rassegnare le proprie conclusioni l'Avvocato generale Stix-Hackl ritenne di dover dare risposta affermativa alla prima questione: la nozione di «*decisione*» che può essere oggetto di ricorso ai sensi della Dir. 89/665/CEE comprenderebbe anche i provvedimenti assunti da una P.A. nella fase precedente l'avvio di una procedura di aggiudicazione, capaci di incidere sulla posizione dell'impresa ricorrente¹¹. Con riguardo alla seconda questione, richiamati sommariamente la sentenza *Teckal*, la natura «*eccezionale*» dell'ipotesi ivi prevista e gli scopi delle direttive in materia di appalti¹², l'Avvocato generale chiarì trattarsi in questo caso di una società a capitale misto pubblico-privato; il requisito del c.d. «*controllo analogo*», da verificare in concreto alla stregua dei poteri effettivamente esercitabili dal socio pubblico¹³, dovrebbe comunque tener conto anche degli interessi del socio di minoranza¹⁴ si sostanzierebbe in una «*possibilità di controllo esaustiva*» avente ad oggetto anche le decisioni di natura gestionale¹⁵. Rispetto all'elemento funzionale della fattispecie *Teckal*, l'Avvocato generale ritenne che la valutazio-

(11) CH. STIX-HACKL, Conclusioni dell'Avvocato generale rassegnate nella causa C-26/03, *Stadt Halle + RPL Recyclingpark Lochau GmbH/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, pres. Il 23.09.2004, spec. §§40 e 48.

(12) STIX-HACKL, Conclusioni *Stadt Halle*, cit., §§50-59.

(13) STIX-HACKL, Conclusioni *Stadt Halle*, cit., §§ 66-71; l'AG esclude di poter ricorrere a percentuali di partecipazione al capitale fisso, al fine di desumere il «*controllo analogo*».

(14) STIX-HACKL, Conclusioni *Stadt Halle*, cit., §76.

(15) STIX-HACKL, Conclusioni *Stadt Halle*, cit., §78.

ne debba essere condotta alla stregua di criteri quantitativi e qualitativi, escludendo il ricorso a percentuali fisse¹⁶.

La Corte di Giustizia aderisce alla posizione dell'Avvocato generale con riguardo alla prima questione pregiudiziale¹⁷, ma se ne allontana quanto alla seconda. Ribadita infatti l'eccezionalità di qualsiasi ipotesi di deroga all'obbligo di gara (con la conseguenza che chi desiderasse avvalersi di una di tale ipotesi dovrebbe provare le circostanze eccezionali che ne giustificano l'applicabilità¹⁸), la CGCE chiarisce essere la P.A. libera di auto-organizzarsi incaricando propri strumenti interni di eseguire determinate attività senza ricorrere alle procedure di aggiudicazione di appalti¹⁹; l'affidamento diretto a entità formalmente distinte sarebbe possibile solo in presenza dei due requisiti *Teckal*. L'elemento del «*controllo analogo a quello esercitato [dall'Amministrazione affidante] sui propri servizi*», però, non sarebbe configurabile nel caso di specie a causa della partecipazione di un'impresa privata: gli interessi imprenditoriali che si concretizzano nella partecipazione privata al capitale sarebbero in insanabile contrasto con le esigenze di interesse pubblico cui le relazioni tra Pubblica Amministrazione e suoi uffici sottostanno²⁰; inoltre, l'affidamento diretto «*offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della [...] società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti*», pregiudicando quindi l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata delle direttive²¹. Ritenendo assorbita la seconda parte della questione, sul requisito c.d. funzionale della fattispecie *Teckal*, la Corte conclude escludendo che una società a capitale misto pubblico-privato possa essere qualificata come «*in house provider*»²².

(16) STIX-HACKL, Conclusioni *Stadt Halle*, cit., §§92 e ss.

(17) CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., spec. §§38-41.

(18) CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., §46. Il principio verrà capovolto nella successiva CGCE, sentenza 17.07.2008, causa C-371/05, *Commissione/Italia (ASI)*, sulla quale v. nel prossimo Capitolo 5, §3.

(19) CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., §48.

(20) CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., §50.

(21) CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., §41.

(22) CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., §52.

2.2. Note critiche: *iter* argomentativo e problema delle società miste

Importa in questa sede soprattutto l'*iter* logico della Corte per escludere la configurabilità del requisito strutturale nell'ipotesi di affidamento a società mista: essa si basa su due argomentazioni eterogenee.

La prima ha ad oggetto propriamente la relazione tra P.A. e diretto affidatario. Rinviando all'analisi già svolta con riguardo alla relazione tra qualità di «*in house provider*» e qualità di «*organismo di diritto pubblico*»²³, si ricorda in questa sede che, al di là della forse eccessiva astrazione di ciò che può essere definito «*interesse pubblico*», il passaggio sembra poter essere letto in contrapposizione a quanto notato dall'Avvocato generale: non può sussistere un «*controllo analogo*» se l'organo amministrativo del diretto affidatario deve considerare anche gli interessi del socio di minoranza nell'eseguire l'incarico affidato dalla P.A. socio pubblico (di maggioranza). Ai fini della qualificazione di un'entità come «*in house provider*» la Corte richiede l'aderenza del *provider* agli interessi dell'Amministrazione controllante, che sia Amministrazione aggiudicatrice²⁴.

La sentenza è stata criticata, sotto il profilo che ora interessa, perché stigmatizzerebbe acriticamente ruoli e interessi dell'Amministrazione aggiudicatrice e delle imprese private, trascurando che alcune Amministrazioni aggiudicatrici sono soggetti privati qualificati «*organismo di diritto pubblico*» dalle Direttive in materia di appalti²⁵. L'appunto è in astratto condivisibile; trascura però un dato concreto essenziale: nelle sue pronunce la Corte non si è mai occupata di relazioni *in house* tra organismi di diritto pubblico e soggetti dagli stessi controllati; la stessa definizione di «*controllo analogo*» mal

(23) V. *supra*, Capitolo 3, §1.2.

(24) CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., §50: «*ein[e] öffentlich[e] Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist*»; la traduzione italiana recita: «*autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice*». Da questa struttura sintattica si può evincere che la P.A., ai fini delle direttive, può anche non avere il ruolo di acquirente, ma di produttore attivo sul mercato; in questo caso, essa non è qualificabile come «*amministrazione aggiudicatrice*», e la relazione

(25) Così A. CLARIZIA, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in

si attaglia a situazioni inerenti soggetti privati, per i quali sembra improprio il rinvio alla relazione da essi intrattenuta con i propri «servizi» (uffici). La formula usata nella decisione *Stadt Halle* utilizza il termine neutro «*Stelle*», traducibile in italiano sia come «*organismo*» sia come «*autorità*»; le pronunce precedenti la vicenda *Stadt Halle* hanno sempre fatto riferimento anche dal punto di vista testuale a relazioni tra soggetto asse-ritamente *in house* e Ente locale o Stato²⁶; anche successivamente a questa sentenza, oggetto di giudizio o riferimento esplicito sono stati Enti locali o Stato²⁷, ovvero il loro apparato genericamente identificato come «*amministrazione pubblica*»²⁸; infine, in un solo caso la relazione è espressamente riferita alla categoria generale delle «*amministrazioni aggiudicatrici*», idonea dunque a ricomprendere anche gli organismi di diritto pubblico di natura privata²⁹, ma in un passaggio inessenziale per lo svolgimento dell'argomentazione e, comunque, senza analizzare la fattispecie nel concreto. La relazione *in house* sembra dunque riferirsi all'apparato amministrativo pertinente a Enti primigeni: la critica sembra pertanto mal posta.

La seconda giustificazione argomentativa che la Corte utilizza per escludere che una società a capitale misto pubblico-privato possa essere qualificata come «*in house provider*» esula dalla relazione tra Amministrazione pubblica e affidatario, e per ciò stesso sembra meno conferente: il «*controllo analogo*» sarebbe escluso dal fatto che un'impresa sarebbe posta in condizione di vantaggio rispetto ai suoi concorrenti, com-

(26) Cfr. CGCE, sent. *Teckal*, cit., §50; CGCE, sent. *ARGE*, cit., §40, usa il sintagma «*Amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale*»; CGCE, sentenza 08.05.2003, causa C-349/97, *Commissione/Regno di Spagna*, §204;

(27) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §§ 50-63, rendono chiaro che la materia trattata riguarda i rapporti tra un ente locale e un suo concessionario; CGCE, sent. *Modling*, §36; CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §33; CGCE, sent. *SEDL*, cit., §63. Non menzionano il principio come riferito ad enti locali, ma si riferiscono comunque a relazione tra essi e società esterne CGCE, sent. *Coname*, cit.; CGCE, sent. *TRAGSA*, cit., §55; CGCE, *Termoraggi*, cit., §18.

(28) CGCE, *Correos*, §58; CGCE, *Agusta*, §36; CGCE, *ASI*, §22.

(29) CGCE, sentenza 20.10.2005, causa C-264/03, *Commissione/Repubblica francese (Committenza delegata)*, §50, ma esclusivamente per escludere che la fattispecie prevista dall'art. 4, loi 12.07.1985 n° 85-704 sia qualificabile come relazione *in house*.

promettendo l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata delle direttive comunitarie. Il che sarebbe però superabile con la realizzazione di una gara a monte per la scelta del socio privato³⁰. L'inconferenza dell'argomentazione potrebbe essere spiegata sottolineando il carattere funzionale delle fattispecie comunitarie: la successiva sentenza *Carbotermo* rileverà avere la struttura della fattispecie *Teckal* «in particolare lo scopo di evitare che sia falsato il gioco della concorrenza»³¹.

I commentatori si sono però concentrati soprattutto sulle ricadute applicative della decisione. Alcuni interpreti hanno lamentato l'esclusione dal sistema degli affidamenti diretti a società mista e, quindi, l'espulsione della società mista dal sistema, perché modalità organizzativa non più conveniente per l'Ente locale³² o *in toto* contraria al diritto comunitario, con conseguente disapplicazione dell'art. 113, c. 5, lett. b), TUEL³³. Tale impostazione soffriva probabilmente di un malinteso: leggendo i commenti, l'espressione *in house providing* sembra riassumere ipotesi eterogenee di affidamenti senza procedura di gara, quasi come sinonimo di «*affidamento diretto*»³⁴, più che iden-

(30) V. in questo senso già C. LACAVALA, *In house providing e tutela della concorrenza*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, 8, pp. 841 e ss. Successivamente, v. Consiglio di Stato, Cons. Stato, Parere 456/2007 (SIAN), §7, sesto a capo, in *Foro It.*, 2007, IV, col. 612, annotata da H. SIMONETTI, col 616.

(31) CGCE, sentenza 11.05.2006, causa C-340/04, *Carbotermo + 1/Comune di Busto Arsizio + 2 (Carbotermo)*, §59.

(32) Cfr. in giurisprudenza in particolare Cons. Giust. amm. Reg. Sicilia, sentenza 589/2006, che impone la procedura ad evidenza pubblica anche per concludere contratti tra Ente locale e società mista dallo stesso partecipata. In dottrina, M. P. CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste?*, disponibile alla pagina web, consultata da ultimo in data 22.09.2008; F. FERRANDO, *Disciplina degli appalti pubblici e affidamento diretto a società miste: la partecipazione minoritaria del socio privato esclude il controllo analogo della pubblica amministrazione*, in *Dir. Comm. Int.*, 2005, 169 e ss.; V. FERRARO, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di Giustizia*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, pp. 1004 e ss.; G. MARCHEGIANNI, *Gli affidamenti "in house" e la sindrome del cavallo a dondolo. Sentenze a confronto*, in ; R. PELTIER, *Les prestations "in house" entre un pouvoir adjudicateur et une société à la poubelle?*, in *Petites affiches*, 2006, n° 14; URSI, *Una svolta*, cit. ; Id., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. Amm.*, 2005, pp. 187 e ss. Più recentemente, cfr. anche M. LOTTINI, *Mixed (semi-public) companies and the provision of "public services": a recent Opinion of the Italian Council of State*, in *European Public Private Partnership Law Review*, 2007, 3, p. 136

(33) Così Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, sent. 589/2007, cit.

(34) Oltre ai commenti sopra citati, v. anche C. DESBONNET, P. LIGNIÈRES, *Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : un besoin de lisibilité*, in *Dr. Adm.*, 2004, Janv., p. 38 ; M. CLARICH, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti "in house" e concorrenza per il mercato*, in *Corr.*

tificare una relazione tra Amministrazione affidante e diretto affidatario che ne sarebbe un esempio. Altra corrente interpretativa invece ha considerato che la decisione imponeva solamente di ricercare altri principi per giustificare l'affidamento diretto a società mista³⁵. In Italia, in particolare, quest'indirizzo trovava conforto nell'art. 113, c. 5, lett. b) e c) del TUEL, che distingue la fattispecie dell'*in house providing* dall'affidamento diretto a società miste³⁶.

3. (Segue) Le sentenze *Coname* e *Parking Brixen*: partecipazione pubblica totalitaria e piano di sviluppo del provider

3.1. La sentenza *Coname*: i fatti di causa

Il Comune di Cingia de' Botti con delibera del 21.12.1999, n. 54, affidò il servizio di gestione, distribuzione e manutenzione degli impianti per l'erogazione del gas metano sul territorio comunale direttamente alla Padania Acque S.p.A., società a partecipazione pubblica totalitaria di cui il Comune era socio allo 0,97%. Tale società nacque dalla trasformazione del Consorzio per l'acqua potabile, cui partecipavano la maggior parte dei Comuni del cremonese, nonché la stessa Provincia di Cremona³⁷. Per l'annullamento di tale delibera ricorse al TAR Lombardia il Consorzio Nazionale Metano, precedente gestore dello stesso servizio, sostenendo tra le altre doglianze che l'affidamento diretto del servizio alla Padania Acque violasse gli artt. 43 e 49 TCE (ora rispettiva-

Giur., 2007, p. 895, identifica gli affidamenti *in house* con gli affidamenti «senza procedura competitiva». F. VESSIA, *Società in house e società miste nei servizi pubblici locali alla luce della disciplina anti-trust*, in *Dir. Ind.*, 2008, 1, p. 41.

(35) CdS, Parere *SIAN*, cit. §6; R. DE NICTOLIS, *La Corte CE*, cit.; C. GUCCIONE, *L'affidamento diretto di servizi a società mista*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, pp. 271 e ss.; F. ROLIN, *Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats in house*, in *AJDA*, 2005, 25 avr., pp. 898 e ss.; E. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico-privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Foro Amm.vo - CdS*, 2005, pp. 670 e ss.

(36) In tal senso, v. esplicitamente Cons. Stato, Parere *SIAN*, cit., §7.1.

(37) I dati sono riportati in TAR Lombardia, Sez. Brescia, ordinanza 14.05.2003, n. 681, resa nel R.G.n. 294/2000.

mente artt. 49 e 56 TFUE), perché conduceva alla frammentazione del mercato; e l'art. 81 TCE (ora 101 TFUE), perché, essendo la libera concorrenza la regola generale, ogni ipotesi di economia amministrata avrebbe dovuto essere considerata eccezionale³⁸. Il TAR si chiese se una partecipazione minima al capitale sociale attribuisse all'Ente-socio il potere di influenzare il diretto affidatario in modo analogo a quanto avviene con i propri uffici³⁹: l'esiguità dell'investimento del Comune identificerebbe una mera partecipazione finanziaria, e non renderebbe la società partecipata espressione esterna dell'Ente pubblico⁴⁰; al contrario: la Padania Acque avrebbe ampia capacità imprenditoriale, potendo svolgere attività esterna anche oltre il territorio degli Enti-soci⁴¹. Essendo la questione non chiara a livello comunitario, il giudice amministrativo sollevò questione pregiudiziale di fronte alla CGCE, chiedendo se l'affidamento diretto a società partecipata dal Comune diretto affidante fosse contraria agli artt. 43, 49 e 81 TCE (ora 49, 56 e 101 TFUE), nei casi in cui una partecipazione pari allo 0,97% nel capitale del diretto affidatario impedisse per la sua esiguità di ravvisare una relazione *in house*⁴².

L'Avvocato generale sollevò dubbi sulla ricevibilità della questione pregiudiziale con riguardo all'art. 81 TCE (ora art. 101 TFUE), perché il TAR non avrebbe sufficientemente specificato gli elementi per la sua applicazione⁴³; ritenne invece ricevibile la questione per la parte sugli artt. 43 e 49 TCE (ora artt. 49 e 56 TFUE)⁴⁴. Quanto alla fondatezza della questione, l'Avvocato generale qualificò l'operazione posta in essere

(38) Così espressamente in TAR Lombardia, Sez. Brescia, ord. 681/2003 cit., §1.

(39) TAR Lombardia, Sez. Brescia, ord. 681/2003, cit., §3, al. 1-3.

(40) TAR Lombardia, Sez. Brescia, ord. 681/2003, cit., §3, al. 4.

(41) TAR Lombardia, Sez. Brescia, ord. 681/2003, cit., §3, al. 5.

(42) TAR Lombardia, Sez. Brescia, ord. 681/2003, cit., dispositivo, pubbl. in G.U.C.E. 20.09.2003 C 226/04.

(43) CH. STIX-HACKL, Conclusioni dell'Avvocato generale rassegnate nella causa C-231/03, *Consorzio nazionale aziende metano (Coname)/Comune Cingia de' Botti (Coname)*, pres. il 12.04.2005, §§17-18.

(44) STIX-HACKL, Conclusioni *Coname*, cit., §28.

dal Comune Cingia de' Botti come concessione; ritenne che le libertà fondamentali previste dal Trattato ed invocate dal TAR contenessero alcuni obblighi positivi a carico dello Stato ed applicabili al procedimento che precede la posizione in essere di un atto di concessione⁴⁵, quali l'obbligo di assumere decisioni in modo trasparente⁴⁶ e dando loro adeguata pubblicità⁴⁷, trattando in modo paritetico gli offerenti⁴⁸ e rispettando il principio di libera concorrenza⁴⁹; chiarì che alcune deroghe a tali principi fossero contenute già nel Trattato, ad esempio all'art. 86, §2, TCE (ora art. 106, §2, TFUE)⁵⁰; concluse sottolineando che spetterebbe al giudice nazionale verificare se in concreto l'obbligo di pubblicità adeguata sia stato rispettato. Si soffermò infine brevemente sull'ipotesi *Teckal*: essa non sarebbe invocabile nel caso *de quo*, perché avente ad oggetto una concessione⁵¹.

La Corte di Giustizia rileva come la questione pregiudiziale riguardi una concessione, qualità che comunque spetta al giudice del rinvio di verificare⁵²; dichiara irricevibile la questione nella parte concernente l'art. 81 TCE (ora art. 101 TFUE), chiarendo come la disposizione si applichi ai rapporti tra imprese, e non «*ai contratti di concessione conclusi da un comune, nella sua veste di pubblica autorità, con un concessionario incaricato dell'esecuzione di un pubblico servizio*»⁵³. Con riguardo alla parte di questione sugli artt. 43 e 49 TCE (ora artt. 49 e 56 TFUE), il giudice comunitario sottolinea come l'esiguo valore dell'incarico non esclude di per sé che esso possa suscitare interesse a livello comunitario: la conclusione del contratto deve essere comunque preceduta da una pubblicità idonea ad informare adeguatamente le imprese presenti

(45) STIX-HACKL, Conclusioni *Coname*, cit., §§41-55.

(46) STIX-HACKL, Conclusioni *Coname*, cit., §§84 e 88 e ss.

(47) STIX-HACKL, Conclusioni *Coname*, cit., §§91 e ss.

(48) STIX-HACKL, Conclusioni *Coname*, cit., §85.

(49) STIX-HACKL, Conclusioni *Coname*, cit., §85.

(50) STIX-HACKL, Conclusioni *Coname*, cit., §64.

(51) STIX-HACKL, Conclusioni *Coname*, cit., §§101-104.

(52) CGCE, sent. *Coname*, cit., §§9-10.

(53) CGCE, sent. *Coname*, cit., §12.

nel territorio comunitario della concessione⁵⁴, altrimenti gli operatori economici potenzialmente interessati sarebbero discriminati in favore di altre imprese⁵⁵. Secondo la CGCE la differenza di trattamento sarebbe giustificabile in presenza della fattispecie di *in house providing*, che però non ricorrerebbe nel caso di specie per difetto dei suoi presupposti: una partecipazione dello 0,97% nel capitale della Padania Acque (per di più aperta al capitale privato⁵⁶) non permette di considerare questa come struttura interna del Comune Cingia de' Botti⁵⁷.

3.2. La pronuncia *Parking Brixen*

Con deliberazione n. 37 del 23.03.2000 il Comune di Bressanone deliberò di affidare alla azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone la costruzione di una piscina comunale⁵⁸. In applicazione dell'art. 115, d. lgs. 267/2000 in data 25.10.2001 il Comune di Bressanone deliberò la trasformazione dell'azienda speciale nella ASM Bressanone SpA, trasferendo alla stessa la gestione dei servizi comunali già affidati all'azienda speciale⁵⁹. Il 18.11.2001 la delibera comunale n. 118 affidò alla nuova società la costruzione di garage sotterranei sotto la piscina⁶⁰; nell'attesa della realizzazione, fu affidata alla ASM Bressanone SpA la gestione di un parcheggio all'aperto insistente su un vicino campo da calcio comunale, prima provvisoriamente e precariamente⁶¹ ed in seguito, con estensione anche ad un'area comunale limitrofa, con convenzione per la durata di nove anni⁶². La società avrebbe ricevuto per corrispettivo la riscossione dagli

(54) CGCE, sent. *Coname*, cit., §21.

(55) CGCE, sent. *Coname*, cit., §22.

(56) CGCE, sent. *Coname*, cit., §26.

(57) CGCE, sent. *Coname*, cit., §§23-26.

(58) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §21.

(59) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §

(60) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §22.

(61) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §23.

(62) Delibera del 28.11.2002, n. 107, eseguita con convenzione del 19.12.2002, menzionate in CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §§24-25.

utenti di una tassa per il parcheggio; avrebbe tuttavia dovuto versare al Comune una somma di € 151.700,00, indicizzata al costo del biglietto per la sosta nelle due aree di parcheggio. L'affidamento non fu preceduto da alcuna gara, come permesso dall'art. 44, c. 6, lett. B, l. reg. 1/1993⁶³.

La *Parking Brixen*, già concessionaria di altri parcheggi sullo stesso territorio comunale, impugnò la convenzione tra la ASM Bressanone SpA e il Comune di fronte al TAR Trentino-Alto Adige, Sez. Bolzano, lamentando il mancato esperimento di una gara pubblica; per i convenuti, invece, non vi sarebbe alcun obbligo di gara. Con ordinanza del 27.09.2003 il TAR ha sospeso il procedimento per sottoporre alla Corte di Giustizia due quesiti: se il rapporto tra Comune di Bressanone e ASM Bressanone SpA fosse da considerare un appalto pubblico o una concessione; e se, in quest'ultimo caso, la conclusione del contratto senza previo esperimento di pubblica gara fosse da considerare contrario ai principi di libera concorrenza, libera prestazione dei servizi e al divieto di discriminazione comunitari⁶⁴.

Per l'Avvocato generale la convenzione per la gestione del parcheggio tra Comune e ASM configura una concessione; questo contratto si distingue dall'appalto pubblico per il fatto che la controprestazione per il concessionario consisterebbe nel diritto di gestire l'attività concessa nei confronti di terzi, chiedendo loro il pagamento di un prezzo: il rischio dell'attività ricadrebbe dunque sul solo concessionario⁶⁵. In quanto concessione, la convenzione non sarebbe assoggettata alla disciplina che la Dir. 92/50/CEE prevede in caso di appalti pubblici⁶⁶. Tuttavia la violazione dell'obbligo di

(63) L. Reg. TAA 04.01.1993, n. 1, *Nuovo ordinamento dei comuni della regione Trentino-Alto Adige*, in B.U. 19.01.1993, n. 3, s.o. 1, pp. 685 e ss., come sostituito dall'art. 10, L. reg. 23.10.1998, n. 10.

(64) TAR Trentino-Alto Adige, Sez. Bolzano, ord. 23.07.2003, n. 25, resa nel procedimento R.G.n. 23/2003, e reperibile (in sola lingua tedesca) all'indirizzo http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Bolzano/Sezione%201/2003/200300023/Provvedimenti/BZ_200300025_OC.DOC; il dispositivo e le questioni pregiudiziali sono anche pubblicate in G.U.C.E. 10.01.2004 C 7/23.

(65) J. KOKOTT, Conclusioni dell'Avvocato generale rassegnate nella causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH/Gemeinde Brixen + Stadtwerke Brixen* (conclusioni *Parking Brixen*), pres. il 01.03.2005, §30.

(66) KOKOTT, Conclusioni *Parking Brixen*, cit., §33.

trasparenza, che tutelerebbe i principi di libera circolazione dei servizi e di libera concorrenza, nonché il divieto di discriminazione previsti dai Trattati comunitari (non invocabili rispetto a fattispecie meramente interne)⁶⁷, avrebbe ripercussioni a livello comunitario: esse deve quindi essere sempre rispettato⁶⁸, salva la ricorrenza dei criteri *Teckal*⁶⁹.

L'Avvocato generale ritiene che nel caso concreto non ricorresse il «*controllo analogo*», perché il capitale sociale avrebbe dovuto essere aperto ad investimenti privati in forza di disposizioni di legge⁷⁰; tuttavia il potere che manifesterebbe detto controllo consisterebbe nella giuridica possibilità di influenza delle decisioni dell'organo amministrativo da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice, ricorrente nell'ipotesi di titolarità del 100% del capitale da parte della P.A. affidante⁷¹: esso non sarebbe escluso dalla capacità dell'organo amministrativo di compiere autonomamente gli atti di ordinaria gestione. Per l'Avvocato generale, insomma, i poteri del socio unico di società di capitali concretizzerebbero il «*controllo analogo*».

La Corte di Giustizia aderisce alla distinzione tra contratto di appalto e contratto di concessione elaborata dall'Avvocato generale, rinviando anche alla nozione contenuta nella Dir. 2004/18/CE⁷², e chiarisce che il procedimento per l'affidamento di una concessione è comunque soggetto ai principi generali previsti dal Trattato. Ciò non sarebbe nel caso in cui ricorressero i requisiti *Teckal*: il «*controllo analogo*» non sussisterebbe nel caso di specie, per l'autonomia di cui gode l'organo amministrativo, per il programma imprenditoriale della ASM Bressanone SpA e per l'obbligo di apertura al capitale privato, imposto alla società da legge e statuto, in un momento successivo all'affi-

(67) KOKOTT, Conclusioni *Parking Brixen*, cit., §39; per un precedente in questo senso, v. CGCE, sentenza 09.09.1999, causa C-108/98, *RI.SAN./Comune di Ischia et al.*

(68) KOKOTT, Conclusioni *Parking Brixen*, cit., §39.

(69) KOKOTT, Conclusioni *Parking Brixen*, cit., §§39-44.

(70) KOKOTT, Conclusioni *Parking Brixen*, cit., §§55-62.

(71) KOKOTT, Conclusioni *Parking Brixen*, cit., spec. §§75-76.

(72) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §§40-41.

damento⁷³.

3.3. Estensione dell'obbligo di gara e della “eccezione” *Teckal*

Per la Corte di Giustizia la qualificazione di un contratto come «*concessione*» non esclude che il procedimento che porta alla sua conclusione debba comunque rispettare il divieto di non discriminazione e gli altri principi del Trattato⁷⁴, che comportano l'obbligo di trasparenza e che si concretizzano in procedura pubbliche di comparazione delle offerte⁷⁵. Non rileva al riguardo l'essere una fattispecie meramente interna ad uno Stato membro: non si può escludere *a priori* che altre imprese, a livello comunitario, possano manifestare interesse alla concessione *de qua*⁷⁶; la mancata pubblicità della prestazione richiesta dalla P.A. produce un danno agli operatori economici potenzialmente interessati⁷⁷.

La Pubblica Amministrazione deve quindi non solo agire in modo trasparente, ma anche dare adeguata pubblicità a quelle operazioni che siano in grado di suscitare l'interesse di operatori economici residenti ovunque nel territorio comunitario.

In questo contesto l'obbligo di trasparenza non ha più la funzione solo cautelativa di permettere la valutazione successiva del comportamento della P.A. al fine di accertare eventuali violazioni del diritto comunitario. Esso assume un contenuto più forte, individuando alcuni comportamenti positivi preventivi che la P.A. deve tenere al fine di non violare il diritto comunitario non solo quando ricorre allo strumento del contratto di appalto pubblico (nel qual caso tali comportamenti sono resi obbligatori dalle direttive), ma in ogni ipotesi in cui decida di affidare un incarico (che sia possibile gestire in forma

(73) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §67 lett. c.

(74) CGCE, sent. *Coname*, cit., §21; CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §§46-48.

(75) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §49.

(76) CGCE, sent. *Coname*, §20; CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §55.

(77) CGCE, sent. *Coname*, §22.

di impresa) ad un'entità esterna alla propria struttura⁷⁸.

Da questo principio, che la Corte di Giustizia elabora implicitamente, è tratta la conseguenza che il rispetto degli obblighi di trasparenza e di adeguata pubblicità può essere evitato se la P.A. decide di affidare l'incarico ad un'entità che appartenga sostanzialmente alla propria struttura, pur essendone formalmente separata⁷⁹.

L'estensione dei criteri *Teckal* per individuare ipotesi di contrattazione della P.A. con sé stessa, cui gli obblighi di gara non si applicano, segue di conseguenza l'espansione degli obblighi stessi. La Corte qualifica però la fattispecie *Teckal* come "eccezionale", chiarendo che ne deve essere data un'interpretazione restrittiva⁸⁰. Questo adagio ricorrerà nelle successive pronunce sia di questa fase giurisprudenziale, sia della successiva.

Si tratta di una qualificazione fuorviante. L'eccezione è una regola che si applica in deroga ad una norma generale, nei limiti in cui essa è contemplata: per la sua specialità è insuscettibile di applicazione analogica. L'adagio contenuto nella sentenza *Teckal*, invece, individua una fattispecie alla quale non si applica un insieme di regole. La stessa estensione che opera la Corte, d'altronde, contraddice l'asserita natura «eccezionale» dell'ipotesi. La rigidità con cui interpretare l'«eccezione *Teckal*», allora, identifica non una modalità di analisi del significato di una disposizione, ma l'atteggiamento con il quale verificare la ricorrenza in concreto dei requisiti della fattispecie nel caso concreto⁸¹.

(78) V. sul punto L. IDOT, *Transparence et contrats de concession*, in *Europe*, 2005, oct., n° 338, pp. 23 e s.; A. SONCINI, *Trasparenza ed effettività in materia di concessioni di servizi*, in *Dir. Com. Sc. Int.*, 2005, 4, pp. 693 e ss. Per le successive evoluzioni giurisprudenziali, v. *infra*, §4.

(79) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §§61-62.

(80) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §63.

(81) V. più approfonditamente sul punto *infra*, Capitolo 8.

3.4. Segue: capitale interamente dell'Amministrazione affidante e «controllo analogo»; l'ordinanza Termoraggi

Le sentenze *Coname* e *Parking Brixen* integrano la precedente pronuncia *Stadt Halle* nel ritenere inadeguato il solo controllo economico esercitato tramite possesso del capitale sociale, per integrare l'elemento del «controllo analogo» individuato dalla sentenza Teckal.

Nella vicenda *Coname* la Corte di Giustizia esclude la ricorrenza del requisito a causa dell'esiguità della partecipazione al capitale (0,97%). Va notato che solo in un secondo momento la CGCE soggiunge che il requisito è escluso dall'essere il capitale aperto ai privati. Da ciò si può ritenere che il «controllo analogo» (individuale)⁸² richiede non solo la partecipazione pubblica totalitaria, ma anche che il capitale detenuto dalla P.A. diretta affidante non sia irrisorio.

La sentenza *Parking Brixen* si discosta dalle posizioni dell'Avvocato generale per quel che riguarda l'analisi della ricorrenza del requisito strutturale. Se per il secondo ritiene la partecipazione di un unico socio al 100% concretizzerebbe poteri analoghi a quelli che il vertice gerarchico pubblico esercita sugli organi subordinati, la CGCE ritiene che il «controllo analogo» consista nella «possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti»⁸³ del controllato da parte della P.A.: la partecipazione pubblica totalitaria ne sarebbe al più indice.

I poteri del socio unico non esauriscono dunque il ventaglio di prerogative che spetterebbero al controllante sull'*in house provider*. La ragione di questo può forse es-

(82) La precisazione è necessaria perché nella seconda fase giurisprudenziale, all'atto dell'analisi di ipotesi di *providing "in condominium"*, la Corte di Giustizia richiama la sentenza *Coname* per chiarire come essa abbia ad oggetto il controllo individuale del Comune di Cingia de' Botti sulla Padania Acque, e non il controllo che lo stesso comune esercita congiuntamente agli altri soci. V. CGCE, sentenza 13.11.2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle + Région de Bruxelles-Capitale (Coditel Brabant)*; CGCE, sentenza 10.09.2009, causa C-573/07, *Sea s.r.l./Comune Ponte di Nossa + Servizi Tecnologici Comuni – SeTCO S.p.a (SeTCO)*; v. altresì *infra*, Capitolo 5, Sez II.

(83) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §65.

sere ricercata nel fatto che, nel modello, le relazioni gerarchiche di diritto pubblico sono caratterizzate dalla necessità che l'atto compiuto dal subordinato, per essere giuridicamente valido, non contrasti con l'ordine legittimo validamente impartito dal superiore gerarchico; la sanzione generale consiste nell'invalidazione dell'atto. Nella relazione tra socio (unico) e organo amministrativo di società di capitali, perlomeno nel diritto italiano, invece, la sanzione generale per il discostamento dagli interessi del socio è la responsabilità dell'organo che compie l'atto, con salvezza della sua validità.

La Corte prosegue escludendo la ricorrenza di una relazione di *in house providing*: il piano industriale della ASM Bressanone SpA, evinto sia dallo statuto sia dalle pertinenti disposizioni di legge, anche regionale, manifesterebbe una «*vocazione commerciale*» della società che renderebbe precario il controllo comunale⁸⁴. La CGCE si concentra in particolare sulla capacità di gestione in autonomia che il Consiglio di Amministrazione vanta in forza dello statuto⁸⁵ e sui poteri del Comune di Bressanone, che non si discosterebbero da quelli di un socio di società di capitali⁸⁶.

I primi commentatori hanno colto in questo passaggio della sentenza la preclusione all'uso delle società di capitali, ed in particolare del tipo azionario, per l'affidamento diretto di incarichi da parte dell'Ente locale, concentrandosi soprattutto su aspetti strutturali del tipo societario e su problemi di politica del diritto⁸⁷. Cercando di risolvere il

(84) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §67. Gli indici sarebbero a) la natura del tipo societario; b) l'ampliamento dell'oggetto sociale; c) l'apertura obbligatoria della società a capitali privati; d) l'espansione territoriale delle attività sociali all'intero territorio nazionale ed all'estero; e) i considerevoli poteri del Consiglio di Amministrazione.

(85) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §68.

(86) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §69.

(87) V. A. CLARIZIA, *La Corte suona il de profundis per l'in house*, in *Giust. Amm.*, 2005; M. BALDINATO, *La corte di giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2006, 1, pp. 227 e ss.; G. F. FERRARI, *Parking Brixen: Teckal da totem a tabù?*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2006, pp. 271 e ss.; F. GOISIS, *I giudici comunitari negano la "neutralità" delle società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, pp. 1915 e ss.; CH. IAIONE, *Gli equilibri instabili dell'in house providing fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?*, in *Giust. Civ.*, 2006, I, p. 32; R. VESPIA, *L'interpretazione e l'applicazione pratica della fattispecie dell'in house in senso lato alla luce delle recenti evoluzioni a livello*

problema mantenendo l'uso della società per azioni, qualcuno ha proposto di concretizzare i poteri extrasociali della P.A. diretta affidante con strumenti ulteriori ed esterni⁸⁸, ad esempio in un contratto di servizio, che rafforzi le prerogative che le spettano in quanto socio⁸⁹; ancora, si è rilevato che la maggiore duttilità delle s.r.l. rende questo tipo sociale maggiormente adatto all'uso come strumento della P.A.⁹⁰.

La Corte sottolinea in un passaggio che rileva la differenza tra la struttura e la disciplina dell'azienda speciale e della società per azioni: gli elementi che sembrano caratterizzare la relazione tra la prima e l'Amministrazione di appartenenza scompaiono nella trasformazione dell'azienda in s.p.a.⁹¹ La CGCE lascia intendere che, forse, nella relazione tra azienda speciale ed ente di appartenenza sono ravvisabili gli elementi della relazione *in house*. Posizione che è confermata nella successiva ordinanza *Termoraggi*: la Corte di Giustizia, decidendo sulla legittimità ai sensi della Dir. 92/50/CEE dell'affidamento diretto del servizio gestione calore del Comune di Monza all'Acqua Gas Azienda Municipale (AGAM), chiarisce che gli elementi di cui al fascicolo, descrittivi la relazione tra Comune e Azienda, lasciano intendere la sussistenza di prerogative dell'Amministrazione affidante sull'azienda analoghe a quelle esercitate sui suoi uffici⁹². È stato notato che la Corte, elaborando l'alternativa nella gestione dei servizi

di diritto comunitario e nazionale, in *Riv. Corte Conti*, 2006, 4, pp. 181 e ss.

(88) Così, senza però chiarire quali siano tali strumenti, LAIONE, *Gli equilibri*, cit., p. 32; nel successivo volume *Le società in house degli enti locali*, ANCI Lazio, Roma 2006, lo stesso A. propone due modelli di statuto di s.p.a. e s.r.l. che sembrano perdere l'aspetto pubblicistico extrasocietario e concentrarsi invece sulla predisposizione di patti statutari e parasociali di rafforzamento dei poteri del socio pubblico.

(89) I. DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, spec. pp. 792-793.

(90) DEMURO, *La compatibilità*, cit., pp. 796-797; R. URSI, *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società in house*, in *Foro It.*, 2006, IV, col. 79 e ss.

(91) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit.: la Corte prima descrive brevemente gli elementi distintivi della relazione Comune/azienda speciale (§66), poi analizza i caratteri della società nata dalla trasformazione, ponendoli in contrapposizione (§67: «*La ASM Bressanone Spa ha invece acquisito una vocazione commerciale*»; nella versione tedesca, facente fede, la parola «*invece*» è resa con il più forte «*demgegenüber*», «*in contrasto*», tradotta in inglese con l'espressione «*by contrast*»; la traduzione francese riporta «*en revanche*», «*di contro*»).

(92) CGCE, ordinanza 10.04.2008, causa C-323/07, *Termoraggi SpA/Comune di Monza*, §20.

pubblici locali tra modello dell'azienda speciale, nel quale ricorrerebbero i requisiti *Teckal*, e modello della società per azioni comunale, imporrebbe in realtà o di privatizzare totalmente i servizi pubblici locali, o di tornare a strutture gestionali desuete ed appartenenti al passato⁹³.

Va però rilevato che l'incedere argomentativo della Corte di Giustizia considera la struttura corporativa della s.p.a. uno degli indici da cui trarre la convinzione che non ricorra il requisito strutturale della fattispecie *Teckal*, ma non l'unico. Esso concorre insieme ad altri a conformare l'«*orientamento verso il mercato*»⁹⁴ del *provider* che rende precario il controllo del Comune ed impedisce di ravvisare una relazione di controllo analoga a quella che esso esercita sui propri uffici. La Corte apprezza quindi il programma imprenditoriale ed il piano industriale della ASM Bressanone, che vengono valutati quali si presentano al momento dell'affidamento, ma in senso dinamico, con proiezione degli effetti futuri che essi producono.

4. (Segue) Le sentenze *Mödling* e *ANAV*: rilevanza di eventi successivi all'affidamento

Le decisioni *Mödling* e *ANAV* affrontano quest'ultimo tema in modo più approfondito. In entrambi i casi, difatti, la Corte di Giustizia esclude la ricorrenza di una relazione *in house* tra Ente affidante e organismo diretto affidatario per eventi successivi all'affidamento, che manifestano una tensione imprenditoriale e di mercato del *provider* che non dovrebbe sussistere.

(93) FERRARI, *Parking Brixen*, cit.

(94) «*Marktausrichtung*» nella versione originale, in CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §67. La traduzione italiana («*vocazione commerciale*») rimane isolata: in inglese la parola è tradotta con «*market-oriented*»; in francese con «*vocation de marché*»; in spagnolo con «*vocación de mercado*».

4.1. La sentenza *Mödling*

La sentenza *Mödling* conclude una procedura di infrazione nei confronti della Repubblica d'Austria, per violazione della Dir. 92/50/CEE⁹⁵. Il 15.09.1999 il Comune di Mödling affidò il servizio di smaltimento di rifiuti solidi urbani alla società Stadtgemeinde Mödling AbfallwirtschaftsgmbH (Abfall), da esso stesso costituita il precedente 16.06.1999 ed interamente partecipata. Con delibera del 01.10.1999, eseguita il 13.10.1999, il Consiglio comunale decise di cedere il 49% delle quote nella Abfall direttamente alla Saubermacher Dienstleistungs Aktiengesellschaft, imprenditore privato (Saubermacher)⁹⁶, attribuendole poteri rilevanti nella gestione ordinaria e straordinaria della società⁹⁷. La Abfall iniziò la propria attività successivamente, svolgendola fino al 31.03.2000 nei confronti del Comune di Mödling e poi anche per soggetti terzi. Ritenendo che questa operazione ciò violasse la direttiva 92/50/CEE, la Commissione invitò il governo austriaco a motivare l'accaduto; rispose il governo che era da ravvisarsi una operazione meramente interna. La Commissione contestò questa qualifica e ricorse alla Corte di Giustizia⁹⁸.

L'Avvocato generale aderì alla posizione della Commissione: le modalità di svolgimento dell'operazione impediscono di ravvisare in essa una mera attività interna della P.A. affidante⁹⁹; al contrario, esse concretizzano un comportamento contrario all'effetto utile che la Dir. 92/50/CEE intende assicurare¹⁰⁰.

La Corte di Giustizia accoglie gli argomenti della Commissione e dell'Avvocato ge-

(95) V. Commissione, Ricorso del 28.01.2004, in G.U.C.E. 20.03.2004 C 71/12-13.

(96) CGCE, sent. *Mödling*, cit., §§6-11.

(97) V. L. A. GEELHOED, Conclusioni dell'Avvocato generale rassegnate nella causa C-29/04, *Commissione/Austria (Mödling)*, pres. il 21.04.2005, §36: la Saubermacher appare detenere una partecipazione tale da attribuirle un potere di veto su tutte le operazioni straordinarie della Abfall; inoltre il socio privato può nominare uno dei due amministratori.

(98) Commissione, Ricorso, cit.; CGCE, sent. *Mödling*, cit., §§13-15.

(99) GEELHOED, Conclusioni *Mödling*, cit., §§46-50.

(100) GEELHOED, Conclusioni *Mödling*, cit., §57.

nerale: l'*iter* dei fatti non permette di valutare la situazione esclusivamente al momento dell'affidamento dell'incarico all'Abfall, ma impone di considerare le «*circostanze eccezionali*» che si sono verificate anche successivamente; altrimenti sarebbe la vanificato dell'effetto utile perseguito dalla Dir. 92/50/CEE¹⁰¹. Tali eventi manifestano una «*costruzione artificiale*»¹⁰² dell'operazione, che conduce all'affidamento diretto ad una società mista¹⁰³ valutabile alla luce dei principi stabiliti nella sentenza *Stadt Halle*.

4.2. La sentenza ANAV

La sentenza ANAV interviene nel corso di un procedimento pendente di fronte al TAR Puglia, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di trasporto pubblico nel Comune di Bari. Dopo aver pubblicato un bando di gara per la scelta del concessionario del servizio per gli anni 2004-2012, a seguito delle modifiche apportate dal d.l. 269/2003 all'art. 113, c. 5, TUEL¹⁰⁴, in data 18.12.2003 il Consiglio municipale ritirò l'avviso ed affidò il servizio direttamente all'AMTAB Servizio S.p.A., dallo stesso integralmente partecipata¹⁰⁵, con il progetto di cedere l'80% del capitale ad imprenditore privato da individuare tramite procedura di gara, effettivamente bandita il 21.05.2004¹⁰⁶, ma poi rinunciata il 13.01.2005¹⁰⁷. L'Associazione Nazionale Viaggiatori, rappresentativa a livello nazionale degli operatori del settore ed in tale qualità competente a sorvegliare l'andamento del mercato, adì il TAR Puglia lamentando tra gli altri

(101) CGCE, sent. *Mödling*, cit., §§38-41.

(102) CGCE, sent. *Mödling*, cit., §40.

(103) CGCE, sent. *Mödling*, cit., §§42.

(104) Si ricorda che il d.l. 269/2003 ha sostituito l'art. 113, c. 5, TUEL, che a seguito degli emendamenti apportati dall'art. 35, l. 448/2001 imponeva per i servizi pubblici locali non erogati sulla base di un'infrastruttura fisica di rete l'aggiudicazione tramite gara.

(105) TAR Puglia, ordinanza 22.07.2004, n. 885, R.G.n. 459/04, reperibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it, p. 3; CGCE, sent. ANAV, cit., §8.

(106) CGCE, sent. ANAV, cit., §27.

(107) CGCE, sent. ANAV, cit., §28.

violazione di alcuni principi del Trattato CE e delle Dir. 92/50/CE e 93/38/CE¹⁰⁸. Il TAR sollevò questione pregiudiziale di fronte alla CGCE, chiedendo se il testo dell'art. 113, c. 5, TUEL, quale risultante dopo le modifiche apportate dal d.l. 269/2003, nella parte in cui non pone alcuna preferenza tra le diverse modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, fosse contrario agli artt. 43, 49 e 86 TCE (ora artt. 49, 56 e 106 TFUE)¹⁰⁹.

L'Avvocato generale, qualificato il contratto tra AMTAB e Comune di Bari come concessione e ribaditane la soggezione ai principi generali di non discriminazione e libera concorrenza di cui al Trattato¹¹⁰, sostenne la compatibilità dell'art. 113, c. 5, TUEL con il diritto comunitario, purché i criteri di cui alla lett. c fossero applicati restrittivamente¹¹¹. Tuttavia, precisò, la conclusione di una concessione senza procedura di gara ad una società interamente in mano pubblica, avendo il programma di cedere l'80% delle partecipazioni ad imprese private «*senza previo esperimento della procedura di appalto in regime di concorrenza*»¹¹², non soddisferebbe le condizioni previste nella sentenza *Teckal*¹¹³.

La Corte di Giustizia aderì *in toto* alle posizioni dell'Avvocato generale: la partecipazione di un'impresa privata al capitale, anche successiva all'affidamento, impedisce di ravvisare il «*controllo analogo*» nella relazione tra l'affidatario e l'affidante¹¹⁴; spetta al giudice del rinvio verificare l'effettiva intenzione del Comune di Bari di aprire il capitale della società agli investimenti privati¹¹⁵. Non risponde però alla domanda, posta dal

(108) TAR Puglia, ord. 885/2004, cit., p. 3.

(109) TAR Puglia, ord. 885/2004, cit., dispositivo, pubbl. in G.U.C.E. 04.12.2004 C 300/27.

(110) V. L. A. GEELHOED, Conclusioni dell'Avvocato generale rassegnate nella causa C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)/Comune di Bari + AMTAB Servizio S.p.A. (ANAV)*, pres. il 12.01.2006, §§15-17.

(111) GEELHOED, Conclusioni ANAV, cit., §§15-17.

(112) GEELHOED, Conclusioni ANAV, cit., §21.

(113) GEELHOED, Conclusioni ANAV, cit., §§20-22.

(114) CGCE, sent. ANAV, cit., §§30-33.

(115) CGCE, sent. ANAV, cit., §29. Il TAR Puglia, sentenza 08.02.2007, n. 362, R.G.n. 459/04, ha ritenuto che, avendo il Comune di Bari abbandonato il progetto di apertura della società agli investimenti

TAR Puglia, se esista o meno una gerarchia tra i diversi moduli gestori di cui gli Enti pubblici locali dispongono in forza dell'art. 113, c. 5, lett. c, TUEL, ponendo forse un principio di alternatività o di equivalenza tra di essi¹¹⁶.

4.3. Elemento comune: rilevanza dei fatti successivi all'affidamento

Entrambe le sentenze affrontano il tema dell'apertura al capitale privato successiva all'affidamento: essa rende illegittimo l'atto precedente, ai sensi del diritto comunitario, escludendo di poterlo qualificare «*affidamento in house*». Un atto lecito, in forza di un comportamento successivo di una delle parti che lo ha posto in essere, perde la sua compatibilità con l'ordinamento comunitario. Essendo inoltre l'affidamento *in house* un'ipotesi particolare da applicare restrittivamente, l'onere della prova dell'esistenza delle circostanze che lo legittimano grava su chi intende avvalersene.

La portata del principio può essere ridotta in due direzioni. Anzitutto, la Corte stessa riconosce che questa indagine oltre il momento dell'affidamento si pone in conflitto con esigenze di certezza del diritto, ed è giustificata esclusivamente da «*circostanze eccezionali*»¹¹⁷: l'ingresso del socio privato era già programmato al momento dell'affidamento o è avvenuto in immediata successione. L'elaborazione del programma manifesta un intento elusivo del diritto comunitario pre-esistente alla posizione dell'atto, che si manifesta nella frammentazione artificiale in più fasi di un'operazione unica.

In secondo luogo, va sottolineato che il diritto comunitario si interessa più della qualità della relazione tra Ente affidante e organismo affidatario che all'atto di affidamento. Più precisamente: è la relazione che giustifica la posizione in essere dell'atto e, quindi, la legittimità del rapporto che su di esso si fonda. Il mutare della relazione do-

privati, ricorressero gli elementi dell'*in house providing*.

(116) Così condivisibilmente C. LACAVA, *In house providing e tutela della concorrenza*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, p. 844.

(117) CGCE, sent. *Mödling*, cit., §38; CGCe, sent. ANAV, cit., §26.

vrebbe comportare il venir meno della causa giustificatrice dell'atto e di conseguenza determinare l'illegittimità della relazione.

La Corte non affronta in queste decisioni l'ipotesi del piano di apertura al capitale privato successivo (anche di anni) all'affidamento. La sentenza *ASI* interverrà sul punto, ma con argomentazione e principi che sembrano porsi in conflitto con quanto appena analizzato¹¹⁸.

In via critica si rileva infine che la Corte di Giustizia non distingue se l'apertura del capitale agli investimenti privati avvenga con o senza procedura di gara per la scelta del socio privato. La diversità tra le due ipotesi viene invece successivamente rilevata dal Consiglio di Stato italiano, che nel parere *SIAN* ritiene la legittimità ai sensi del diritto comunitario dell'affidamento diretto a società mista, il cui socio privato sia stato scelto con procedura di gara avente ad oggetto sia la partecipazione sociale, sia l'attività affidata alla società (gara c.d. a doppio oggetto)¹¹⁹. A livello comunitario, la Commissione distingue tra le ipotesi con la Comunicazione sui PPPI¹²⁰; la CGCE, infine, nella sentenza *Acosef*, riconosce la legittimità dell'affidamento diretto a società mista, purché il socio privato venga scelto tramite gara a doppio oggetto¹²¹.

5. La sentenza *Carbotermo*: insufficienza della prospettiva societaria e significato del requisito funzionale

5.1. Fatti di causa e decisione della Corte

Il Comune di Busto Arsizio in data 22.09.2003 indisse una gara per la fornitura di

(118) CGCE, sent. (*ASI*), sulla quale v. *infra*, Capitolo 5, §3.

(119) Consiglio di Stato, II Sez., parere 18.04.2007 n. 456, spec. §§8.3-8.5 _____

(120) Commissione CE, 12.04.2008, 2008/C 91/O4, *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati* (PPPI), in G.U.C.E. 12.04.2008, C 91/4 e ss.

(121) CGCE, sentenza 15.10.2009, causa C-196/08, *Acosef SpA/Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa*, §§59-61.

combustibili e per la manutenzione, adeguamento e riqualificazione tecnologica degli impianti termici degli edifici comunali, con prevalenza del valore dei combustibili. La Carbotermo SpA presentò offerta nei termini; il Consorzio Alisei, invece, lo presentò in ritardo. Avendo avuto notizia della sentenza del Consiglio di Stato 5316/2007, il Comune sospese la gara in data 21.11.2003, e ritirò il bando in data 10.12.2003 per affidare il successivo 18.12.2003 l'incarico direttamente alla AGESP S.p.A.¹²², il cui unico socio, AGESP Holding S.p.A., è società a capitale pubblico totalitario partecipata al 99,98% dal Comune di Busto Arsizio e, per la restante quota di capitale, da altri Comuni ognuno titolare di un'azione¹²³. La AGESP frammentò il contratto e bandì a sua volta delle gare, aggiudicate da imprese diverse da Carbotermo e Consorzio Alisei. Queste ultime impugnarono la decisione del Comune di affidare l'incarico direttamente alla AGESP di fronte al TAR Lombardia, Sez. Milano, che sollevò due questioni pregiudiziali di fronte alla Corte di Giustizia: se l'affidamento diretto dell'incarico all'AGESP fosse compatibile con la Dir. 93/36/CEE, e se il secondo requisito *Teckal* dovesse essere accertato in applicazione dell'art. 13, Dir. 93/38/CEE o invece considerando il fatturato dell'AGESP per le attività svolte nei confronti del Comune di Busto Arsizio, oppure per quelle svolte nel territorio comunale¹²⁴.

L'Avvocato generale analizzò le due questioni partitamente, scindendole in diverse sotto-questioni. Il requisito del «*controllo analogo*» non sarebbe escluso dalla partecipazione indiretta nel capitale dell'affidatario¹²⁵, né dall'essere la compagine sociale composta di più soci pubblici¹²⁶; la ricorrenza del requisito dovrebbe essere verificata valutando il tipo di potere che il Comune può esercitare sul diretto affidatario¹²⁷: le pre-

(122) CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §§21-25.

(123) CGCE, sent. *Carbotermo*, cit. §10.

(124) In G.U.C.E. 09.10.2004, C 251/6-7.

(125) CH. STIX-HACKL, Conclusioni dell'Avvocato generale rassegnate nella causa C-340/04, *Carbotermo SpA + Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio + AGESP SpA (Carbotermo)*, §§22-30.

(126) STIX-HACKL, Conclusioni *Carbotermo*, cit., §§31-51.

(127) STIX-HACKL, Conclusioni *Carbotermo*, cit., §§52 e ss.

visioni del codice civile italiano non sembrerebbero sufficienti a realizzare il potere che dovrebbe ricorrere per qualificare un affidamento diretto come «*in house*»¹²⁸; concludendo sulla prima questione, l'Avvocato generale ritenne però di dover rinviare al giudice nazionale per la verifica in concreto dei poteri del Comune di Busto Arsizio sulla AGESP¹²⁹. Riguardo la seconda questione, riprendendo quanto affermato nelle precedenti conclusioni nel procedimento *Stadt Halle*, l'Avvocato generale ribadì che la valutazione dell'elemento funzionale della fattispecie *Teckal* deve essere qualitativa e quantitativa¹³⁰; il rinvio al criterio dell'80% del fatturato, di cui all'art. 13, Dir. 93/38/CEE, proposto dal giudice del rinvio, sarebbe improprio, perché prevista in una disposizione eccezionale caratterizzata da una disciplina particolare¹³¹; deve essere considerata l'attività svolta nei confronti di tutti i soci ed anche eventualmente dei terzi¹³².

Per la Corte di Giustizia, invece, l'«*influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti*» dell'affidatario, richiesta dalla sentenza *Parking Brixen*, non è ravvisabile quando le prerogative spettanti all'affidatario consistono esclusivamente nei poteri spettanti al socio di società di capitali, inoltre diluiti dalla partecipazione indiretta¹³³. L'affidamento diretto deve pertanto ritenersi illegittimo¹³⁴. Non sarebbe in proposito degna di pregio la ricostruzione proposta dal governo italiano, per il quale l'insieme Comune-AGESP sarebbe da considerarsi unico «*organismo di diritto pubblico*», perché le singole qualifiche soggettive vi ostano¹³⁵.

Quanto alla seconda questione, avente ad oggetto il requisito funzionale della fattispecie *Teckal*, la Corte, pronunciandosi per la prima volta, aderisce alla posizione del-

(128) STIX-HACKL, Conclusioni *Carbotermo*, cit., §59.

(129) STIX-HACKL, Conclusioni *Carbotermo*, cit., §69.

(130) STIX-HACKL, Conclusioni *Carbotermo*, cit., §§83 e 98.

(131) STIX-HACKL, Conclusioni *Carbotermo*, cit., §§89-94.

(132) STIX-HACKL, Conclusioni *Carbotermo*, cit., §§95-116.

(133) CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §§37-39.

(134) CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §42.

(135) CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §§43-44.

l'Avvocato generale: nella valutazione se il diretto affidatario svolga la parte più importante della propria attività con l'Amministrazione o le Amministrazioni affidanti non si può far riferimento all'art. 13, Dir. /93/38/CEE, perché si tratta di una disposizione eccezionale¹³⁶. La *ratio* del secondo requisito, precisa ulteriormente la Corte, è di garantire che la Dir. 93/36/CEE continui ad essere applicata ad un'impresa controllata da una o più P.A. attiva sul mercato e potenzialmente in concorrenza con altre imprese¹³⁷. Diversamente da quanto ritenuto dall'Avvocato generale, per la CGCE la valutazione del requisito deve avere ad oggetto il fatturato realizzato nell'esecuzione dell'incarico affidato, essendo irrilevante se il corrispettivo venga pagato dall'Amministrazione o da terzi¹³⁸, o in quale territorio venga svolta l'attività¹³⁹; in caso di *provider* partecipato da più P.A. deve essere considerato il fatturato realizzato con tutte le Amministrazioni¹⁴⁰.

5.2. Il requisito funzionale nella sentenza *Carbotermo*

La Corte dunque esclude che i poteri di natura societaria che l'Amministrazione potrebbe esercitare per il tramite di una *holding* sul diretto affidatario possano configurare il «*controllo analogo*». Questa posizione non è particolarmente innovativa: già nelle precedenti pronunce, come si è rilevato, la CGCE ha escluso che uno strumentario esclusivamente societaria potesse utilmente configurare l'elemento strutturale della fattispecie *Teckal*; in questo caso, inoltre, i poteri sarebbero stati ulteriormente diluiti dalla presenza di una *holding*. Va piuttosto sottolineato che la Corte di Giustizia non si sofferma sulla composizione plurisoggettiva della compagine sociale.

L'aspetto innovativo della sentenza sembra invece essere la riflessione sul secon-

(136) CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §§50-57.

(137) CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §60.

(138) CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §67.

(139) CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §66.

(140) CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §70.

do requisito della fattispecie *Teckal*. La Corte per la prima volta si sofferma su di esso, chiarendone sia funzione e significato, sia come verificarne la ricorrenza.

Anzitutto la pronuncia chiarisce che l'elemento funzionale da un lato rafforza la relazione strutturale tra Amministrazione e *provider*, negando a questo la possibilità di agire sul mercato e, quindi, la relativa autonomia decisionale¹⁴¹; dall'altro, il requisito della «*destinazione prevalente*» integra e completa il requisito del «*controllo analogo*», avendo ad oggetto un aspetto che questo non riesce a coinvolgere: l'appartenenza di un'entità alla struttura della P.A. che le affida l'incarico ancora non impedisce che questa agisca come un'impresa, falsando così la concorrenza¹⁴².

A questo proposito va rilevato che la Corte di Giustizia non considera il fatto che la AGESP, diretta affidataria, abbia poi bandito gare per l'aggiudicazione di singoli contratti di appalto. Tale passaggio a valle degli obblighi di gara ha convinto un Autore della "neutralità" dell'*in house providing* rispetto alla necessità di tutelare la concorrenza: essendo comunque il *provider* obbligato a predisporre gare per contrattare con i terzi, le istanze di tutela della concorrenza sarebbero comunque tutelate¹⁴³. Nella già citata sentenza *SEDL* questa constatazione non vale a dichiarare la legittimità di un affidamento diretto, ma solo *ratione temporis*, perché la fattispecie esaminata si verifica prima dell'entrata in vigore della Dir. 2004/18/CE che prevede la possibilità di incaricare direttamente le centrali di acquisto per l'approvvigionamento di beni o servizi, purché dette centrali rispettino, nella contrattazione con i terzi, le disposizioni contenute nella Direttiva medesima¹⁴⁴.

Le ragioni di questo diverso atteggiamento vanno probabilmente ricercate sia in

(141) CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §61.

(142) CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §60.

(143) D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Jovene, Napoli 2003, p. 285.

(144) CGCE, sent. *SEDL*, cit., §61.

elementi interni alla fattispecie, sia nel diverso oggetto della parola «*concorrenza*» per i commentatori e la Corte.

Quanto ai primi si deve sottolineare il diverso ruolo economico che rivestono le centrali di acquisto e il diretto affidatario esaminato nella sentenza *Carbotermo*. Le prime si pongono come meri intermediari negli acquisti della P.A.: il committente principale richiede loro determinati fattori di produzione, che poi esso stesso si preoccuperà di coordinare per i fini che gli interessano. Nella vicenda *Carbotermo*, invece, il Comune di Busto Arsizio ha affidato all'AGESP il compito di gestire direttamente l'acquisto di combustibile e i servizi di riscaldamento e manutenzione dell'impianto termico degli immobili comunali: l'AGESP acquista sul mercato i fattori di produzione e li coordina al fine di adempiere all'incarico affidato, agendo come un produttore, non come mero intermediario¹⁴⁵. Il diverso ruolo economico determina una differenza nella natura dell'atto di incarico: nel caso delle centrali di acquisto-intermediario, mera delega a compiere per proprio nome e conto determinati atti, con riserva per la P.A. committente di coordinare tali atti in attività; nel caso del *provider*-produttore, invece, atto di incarico per lo svolgimento di una attività.

Quanto al secondo aspetto – e con riserva di maggiore approfondimento *infra*¹⁴⁶ –, si deve rilevare che la parola «*concorrenza*» sembra avere due diversi significati nelle parole dei commentatori e della sentenza *Carbotermo*. Per i primi, essa identifica la competizione per il mercato che si produce nella gara di fronte alla Pubblica Ammini-

(145) In questo senso v. anche le considerazioni di LACAVA, *In house*, cit., pp. 848-849: l'A. ritiene prive di pregio quelle ricostruzioni dottrinali per le quali l'affidamento diretto ad organismo assoggettato alle regole contenute nelle direttive sarebbe “neutro”, perché comporterebbe un mero spostamento “a valle” degli obblighi di gara; per l'A. invece, deve essere considerato il diverso ruolo economico che caratterizza ciascun affidatario: la legittimazione per “spostamento a valle” giustificherebbe solo l'incarico diretto alle centrali di acquisto. G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismo di diritto pubblico, affidamenti «in house»: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, p. 75, distingue l'*in house provider* – intermediario e l'*in house provider* – imprenditore: per il primo, non vi sarebbe alcuna perdita di concorrenza, essendo lo stesso obbligato a bandire gara per l'esecuzione dell'incarico. V. anche *supra*, Capitolo 3.

(146) V. Capitolo 8.

strazione che ha bandito una gara. La «*concorrenza*» di cui alla sentenza *Carbotermo* e, in genere, all'intera giurisprudenza *Teckal* è invece quella relazione che si sviluppa nel mercato, non necessariamente nell'ambito di una procedura per l'aggiudicazione di un appalto.

Rispetto agli strumenti per valutare il secondo requisito, in parte contraddicendo quanto proposto dagli Avvocati generali nelle conclusioni alle precedenti sentenze, la CGCE individua nel fatturato lo strumento di verifica della ricorrenza del requisito; le fatture da considerare sono quelle inerenti l'attività svolta per conto o nel territorio dell'Amministrazione affidante o, comunque, delle Amministrazioni che partecipano al capitale del *provider*. In via critica, si rileva come l'apertura all'attività svolta per P.A. soci non diretti affidanti rischia di vanificare la funzione che la Corte affida al requisito.

6. La sentenza *TRAGSA*: controllo analogo e poteri ultrasocietari

6.1. Fatti di causa e decisione della Corte di Giustizia

La sentenza *TRAGSA* fa da spartiacque tra la prima e la seconda fase dell'elaborazione giurisprudenziale in materia di *in house providing*. In essa la Corte conferma quanto è andata elaborando nel corso delle precedenti pronunce, in merito all'insufficienza dei poteri della P.A.-socio per configurare il «*controllo analogo*», riconoscendo la ricorrenza del requisito strutturale in forza di elementi ulteriori. Tuttavia, già in questa sentenza si manifestano alcuni caratteri che ricorreranno nelle successive sentenze.

6.1. Fatti di causa e decisione della Corte di Giustizia

La *Transformación agraria SA* (*TRAGSA*) (e il suo intero gruppo)¹⁴⁷ agisce secondo tre diverse modalità.

(147) Cfr. art. 88, c. 4, Ley 30.12.1997, n. 66; art. 1, *Real Decreto* 371/1999.

I. Quale «strumento proprio» e «servizio tecnico» della Pubblica Amministrazione¹⁴⁸

- qualità attribuita indipendentemente dalla quota detenuta dal singolo Ente pubblico (in particolare, territoriale) nel capitale sociale¹⁴⁹ -, la TRAGSA deve eseguire, seguendo le indicazioni fornite dall'Amministrazione incaricante, qualunque incarico le venga commissionato dalle Amministrazioni di cui è strumento e che rientri nel suo oggetto sociale, con limitate possibilità di rifiuto e senza poter discutere i tempi di esecuzione¹⁵⁰. L'art. 3,

(148) Ley 30.12.1997, n. 66, art. 88; cfr. anche le considerazioni preliminari contenute nelle *Conclusioni* dell'Avvocato generale GEELHOED, presentate il 28.09.2006, causa C-295/05, TRAGSA, §5.

(149) Cfr. art. 3, n. 2, del Real Decreto 05.03.1999, n. 371; cfr. anche GEELHOED, *Conclusioni TRAGSA*, cit., §7

(150) Così l'art. 88, c. 4, Ley 66/1997, e l'art. 3, c. 3, del Real Decreto 371/1999, contenente lo statuto della TRAGSA. Il problema dei limiti del divieto di rifiuto incombente su TRAGSA è stato affrontato indirettamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza spagnole, nell'analisi della natura giuridica dell'ordine trasmesso dall'ente pubblico a TRAGSA. La dottrina distingue tra ordine impartito dall'Amministrazione dello Stato, che è socio al 99%, ordine impartito dalle amministrazioni locali che sono soci con un'azione, ordine impartito dalle amministrazioni che non sono soci, in forza della qualificazione contenuta nell'art. 88, Le operazioni ordinate dallo Stato sono qualificate come «*ordenes de servicio*» da AMOEDO SOUTO, *TRAGSA – Medios propios de la Administración y huida del Derecho administrativo*, Atelier, Madrid 2004, pp. 98-99, ai sensi dell'art. 21, Ley 26.11.1992, n. 30 (LPAC), definiti come «*instrumento más característico de la jerarquía, pues suponen mandatos concretos del superior a inferior, tan concretos como aquél considerar oportuno [...] Los titulares de los órganos inferiores tienen un deber de obediencia que, sin embargo, decae cuando reciben órdenes manifiestamente ilegales o para realizar actuaciones constitutivas de delito o infracción administrativa*» (MORÓN, *Derecho Administrativo – Parte General*, Tecnos, Madrid 2006, p. 255); tali *ordenes de servicio*, prosegue AMOEDO SOUTO, sono sicuramente impropri, nella misura in cui non si impongono semplicemente in forza di una posizione gerarchica interorganica, ma in base alla legge, *rectius* perché una legge speciale considera tali ordini obbligatori (AMOEDO SOUTO, *op.ult.cit.*, p. 98). Lo stesso può essere detto con riguardo agli ordini impartiti dagli Enti pubblici territoriali che sono soci di minoranza. Per quel che concerne gli ordini impartiti dagli Enti pubblici territoriali che non sono soci, invece, la situazione è più opaca. Gli ordini possono essere considerati come esecuzione di «*convenios de colaboración*» generali tra l'Ente territoriale e lo Stato, avente ad oggetto l'attività TRAGSA (AMOEDO SOUTO, *TRAGSA*, cit., pp. 158-160), ed autorizzati dall'art. 3, c. 4, del Real Decreto 371/1999: si tratta di atti caratterizzati da una forte componente negoziale, tutelati in via generale dal principio di libertà contrattuale delle Amministrazioni pubbliche contemplato dall'art. 4, Real Decreto Ley 21.06.2000, n. 2/2000 (LCAP); motivi di rifiuto dell'esecuzione, dunque, sembrano essere la contrarietà all'interesse pubblico, all'ordinamento giuridico, ai principi di buona amministrazione, ai sensi dell'art. 4 (MORÓN, *Derecho administrativo*, cit., p.262). AMOEDO SOUTO, comunque, contesta la legittimità di una simile ricostruzione, ai sensi del diritto interno, sottolineando come molte amministrazioni locali abbiano preferito la diversa strada della legge regionale, considerata parimenti illegittima; nota come non sia sufficiente la previsione generale di cui all'art. 88, c. 5, Ley 66/97, utilizzata dalla Comunità Autonoma della Galizia (AMOEDO SOUTO, *TRAGSA*, cit., pp.155-162). In ogni caso, è agevole notare come i limiti siano di carattere pubblicistico, e poco attenti a considerazioni di tipo economico-imprenditoriale: la scarsa attenzione a questo profilo può essere probabilmente spiegata alla luce del fatto che 1. La TRAGSA viene pagata in base a un tariffario che è orientato ai costi da essa stessa dichiarati, senza limiti di spesa (art. 4, *Real Decreto 371/1999*); 2. in ogni caso, la TRAGSA può bandire gare di appalto, per l'affidamento a terzi dell'esecuzione di parte o tutto un incarico (art. 88, *Ley 66/1997*); nuovamente, essendo il prezzo pagato al terzo in base al contratto di appalto una voce di "costo" per TRAGSA, esso sarà ripagato dall'Ente incaricante.

c. 7, del *Real Decreto* 371/1999 sottolinea la natura pubblicistica delle relazioni tra la TRAGSA e gli Enti incaricanti, «*en su condición de medio propio*»: «*naturaleza instrumental y non contractual*»¹⁵¹. La disposizione prosegue precisando il carattere interno, dipendente e subordinato «*a tutti gli effetti*» di tali relazioni. Va precisato che la normativa spagnola relativa all'attività contrattuale delle Pubbliche Amministrazioni autorizza queste ultime a non ricorrere alle procedure ad evidenza pubblica, se dispongono di uno «*strumento proprio*»¹⁵². Nell'esecuzione delle attività commissionate, la TRAGSA può avvalersi di imprese private, a condizione di rispettare la disciplina degli appalti pubblici, per commissioni che superino un certo valore.

Per i servizi prestati la TRAGSA riceve un compenso orientato al costo, sulla base di tariffe regolamentate, determinate da un comitato interministeriale sulla base di informazioni fornite dalla società stessa sui propri costi, secondo limiti e procedure di cui all'art. 4, *Real Decreto* 371/1999.

II. La TRAGSA può agire quale impresa commerciale -ma non nei confronti delle Amministrazioni di cui è strumento proprio, salva l'ipotesi di gare deserte- ai sensi dell'art. 1, regio decreto 371/1999. In questo caso la sua attività è disciplinata dalle norme riguardanti le imprese commerciali e non si applica la disciplina speciale di carattere pubblicistico sopra evidenziata¹⁵³.

III. «*Né la Tragsa né le sue controllate possono partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti disposte dalle amministrazioni pubbliche di cui sono strumenti. Tuttavia, in mancanza di offerenti, alla Tragsa può essere affidata*»¹⁵⁴ *l'esecuzione dell'attivi-*

(151) In tal senso cfr. anche AMOEDO SOUTO, *TRAGSA*, cit., pp. 155-156.

(152) Art. 152, c. 1, LCAP

(153) Cfr. GEELHOED, *Conclusioni TRAGSA*, cit., §11.

(154) Si noti la discontinuità semantica rispetto ad «*attribuire*», usato dalla legge con riguardo agli incarichi incombenti su TRAGSA in base alla prima modalità di azione (in spagnolo, rispettivamente, *encomiender* e *encargarse*).

tà oggetto della gara di pubblico appalto» (art. 88, c. 5, Ley 66/1997)¹⁵⁵.

Lo statuto legale della TRAGSA esprime, nell'ambito del tipo «*sociedad estatal*» di cui all'art. 6.1 *Ley General Presupuestaria*, il tipo societario a capitale integralmente pubblico, individuato dall'art. 166, c. 2, *Ley del Patrimonio de las Administraciones Publicas* (LPAP): uno strumento sia di decongestione dell'apparato amministrativo, sia di intervento statale in alcuni settori dell'economia considerati sensibili.

La discussione dottrinale al riguardo si concentra per lo più sulla natura di tali società: quali amministrazioni dello Stato o quali patrimonio dello Stato¹⁵⁶. Il tipo è soggetto alla disciplina generale delle società per azioni, ove non derogato dalle disposizioni particolari previste dalla LPAP. In particolare, la Pubblica Amministrazione esercita un controllo di tipo strutturale, tramite l'esercizio privilegiato di alcuni diritti sociali: i componenti dell'organo amministrativo sono nominati dal Ministro nella cui competenza rientra l'oggetto sociale, a prescindere da quale Ministero o Ente pubblico sia formalmente titolare del capitale sociale¹⁵⁷. Lo stesso Ministro vanta inoltre il diritto di impartire «*instrucciones*» all'organo amministrativo - potere di intervento piuttosto pervasivo sull'attività sociale, slegato dalla titolarità del capitale e giustificato da motivi di interesse generale e di carattere eccezionale, come suggerisce il tenore della norma¹⁵⁸. L'organo amministrativo che ritenesse di dover eseguire tali istruzioni sarebbe esente da responsabilità per i danni causati nell'esecuzione¹⁵⁹. Elementi, questi, che permettono di sottolineare la funzionalizzazione di tale potere al perseguimento di un interesse pubblico, diversamente a

(155) Il che è coerente con quanto stabilito, riguardo alle gare deserte, dall'art. 31, Dir. 2004/18/CE.

(156) Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel, Madrid 2004, pp. 713-714, che sottolinea comunque la scarsa rilevanza pratica del problema.

(157) Art. 180, c. 1, *Ley del Patrimonio de las Administraciones públicas* (LPAP), 03.11.2003; il Presidente del Consiglio di Amministrazione è nominato dal Consiglio stesso, su proposta del Ministro (art. 181, c. 1, LPAP). Cfr. anche SANTAMARÍA PASTOR, *Principios*, cit., pp. 718-720.

(158) L'art. 178 LPAP recita testualmente: «*En casos excepcionales, debidamente justificados, el Ministro al que corresponda su tutela podrá dar instrucciones a las sociedades...*».

(159) Artt. 166 c. 2, 178 e 179 LPAP.

quanto invece prevedevano gli artt. 2449 e 2450 del Codice civile italiano.

La TRAGSA si distingue ulteriormente dal tipo generale per la pervasività dell'intervento che l'Amministrazione pubblica esercita sulla società: le «*instrucciones*» dettate in nome dell'interesse generale divengono «*ordenes de servicio*», con obbligo di accettazione ed esecuzione. Questo è accompagnato, *a fortiori*, dall'esenzione per gli amministratori dalla responsabilità sociale per le conseguenze lesive derivanti dall'esecuzione dell'*orden de servicio*.

Il modello "TRAGSA" è duplicato sia dallo Stato sia dalle Amministrazioni locali, che creano società con statuti analoghi per svolgere attività simili o in altri settori¹⁶⁰.

Nessun atto di diritto pubblico attribuisce alla TRAGSA e al suo gruppo una posizione di monopolio o un diritto esclusivo o speciale, ai sensi dell'art. 86 del Trattato CE; tuttavia di fatto la TRAGSA ne gode in forza dell'architettura dell'ordinamento spagnolo¹⁶¹.

Nel 1996 vengono presentate al *Servicio de Defensa de la Competencia* sette denunce contro la TRAGSA¹⁶², tutte per violazione degli artt. 1 (divieto di intese) e 6 (abuso di posizione dominante) della *Ley de Defensa de la Competencia*. Il *Servicio* archivia le denunce, perché la TRAGSA opererebbe quale «*strumento proprio*» delle amministrazioni pubbliche, privo di autonomia decisionale, in base ad una disciplina imposta per

(160) Cfr l'analisi di AMOEDO SOUTO, *TRAGSA*, cit., pp. 53-88.

(161) Nello stesso senso, v. REBOLLO PUIG, *Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio*, in *Revista de Administración Pública*, 2003, n. 161, in part. p. 379. Ma *contra* cfr. la (risalente) ricostruzione del principio di sussidiarietà funzionale operata sulla scorta degli artt. artt. 38 («*se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*») e 103, c. 1 («*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*») della Costituzione spagnola dal *Tribunal Supremo* (in particolare, sentenza del 16.09.1988, n. 1128) e dalla dottrina (HURTADO ORTS, *La iniciativa pública local en la actividad económica*, FVMP, Valencia 1994): l'iniziativa economica pubblica sarebbe legittima solo se sorretta da un interesse generale.

(162) Da parte di Asociación Española de Compañías Aéreas (TRAGSA 1); Agrupación de Contratas Aragonesas de Obras Públicas (TRAGSA 2 e TRAGSA 6); Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) e Asociación de Empresas Restauradoras del Paisaje y Medio Ambiente (ASERPUMA) (TRAGSA 3 e TRAGSA 4); Confederación Nacional de la Construcción (TRAGSA 5 e TRAGSA 7)

legge che la posiziona fuori dal mercato¹⁶³. Le società denunzianti ricorrono contro i provvedimenti di archiviazione presso il *Tribunal de Defensa de la Competencia*. Questo rigetta i ricorsi¹⁶⁴ e conferma i provvedimenti di archiviazione, ricalcandone nella sostanza la motivazione¹⁶⁵. Le decisioni vengono confermate dall'*Audiencia Nacional*¹⁶⁶. La *Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO)* ricorre ulteriormente al *Tribunal Supremo*.

La Corte di Giustizia CE afferma espressamente e positivamente la ricorrenza del requisito strutturale della relazione *in house*. Lo Stato spagnolo esercita sulla società *Transformación agraria SA*, di cui è socio al 98%, un controllo analogo a quello che esercita sui propri uffici tramite il meccanismo pubblicistico predisposto dalla *Ley General Presupuestaria* e dallo statuto della TRAGSA: avverate certe condizioni, l'Amministrazione emana un *orden de servicio* che individua con esattezza l'incarico affidato alla società, da svolgere con limitate possibilità di rifiuto e di gestione dei tempi di esecuzione, e comunque ad un prezzo predeterminato da un precedente accordo-quadro, orientato al costo; il meccanismo di incarico è accompagnato dall'attenuazione della respon-

(163) Così in particolare nella sentenza TDC *Tragsa 3*, cit., pp. 3-4: le opere realizzate dalla TRAGSA quale «*strumento proprio*», non sarebbero soggette alla discipline della concorrenza perché, essendo imposte da disposizioni di legge - e non essendo quindi liberamente disponibili alle parti -, si posizionano all'esterno del mercato; effetto precipuo di tale disciplina, pertanto, sarebbe di sottrarre l'intera attività della TRAGSA quale «*strumento proprio*» della P.A. al mercato: essendo esterna al mercato, la TRAGSA non potrebbe occupare alcuna posizione dominante in esso, e pertanto non potrebbe abusarne. Cfr. anche GEELHOED, *Conclusioni TRAGSA*, cit., §26; CGCE, sentenza *TRAGSA*, cit., §17.

(164) *TRAGSA 1*: Risoluzione 30.12.1997, 255/97; *TRAGSA 2*: Risoluzione 20.04.1998, 266/97; *TRAGSA 3*: Risoluzione 30.03.1998, 266/97; *TRAGSA 4*: Risoluzione 24.01.1998, 267/97; *TRAGSA 5*: Risoluzione 28.01.1998, 270/97; *TRAGSA 6*: Risoluzione 05.02.1998, 272/97; *TRAGSA 7*: Risoluzione 13.03.1998, 273/97. I provvedimenti sono tutti disponibili sul sito www.tdcompetencia.es.

(165) V. in particolare la decisione *TRAGSA 3*: il *Tribunal* considera insussistente l'accusa di distorsione della concorrenza per abuso di posizione dominante perché le commissioni affidate alla TRAGSA senza ricorso al mercato sono legittimate dall'espressa previsione derogatoria dell'art. 153 della *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*: sarebbe dunque la norma che restringerebbe la concorrenza, tecnicamente ponendosi in deroga al diritto della concorrenza: le pratiche che si accordano ad essa non potrebbero essere di conseguenza sanzionate. Eventualmente, le pratiche compiute da TRAGSA quando non agisce come «*strumento proprio*» della P.A. potrebbero formare oggetto di valutazione.

(166) Sentenze nel Repertorio Aranzadi 29.09.2000, JUR 2001/103992; 15.11.2000, JUR 2001/72968. Sentenza 26.11.2001, non pubblicata (fonte: AMOEDO SOUTO, *TRAGSA*, cit., p. 101).

sabilità sociale degli amministratori per i danni che ai creditori o ai soci di minoranza possano derivare dall'esecuzione dell'incarico affidato¹⁶⁷. La Corte conferma la necessaria prevalenza dell'interesse pubblico nell'azione del diretto affidatario, chiarendo, in linea con la precedente decisione *Carbotermo*¹⁶⁸, negativamente l'azione autonoma di questo sul mercato¹⁶⁹.

6.2. «Controllo analogo» e poteri extrasocietari

La sentenza *TRAGSA* individua il «controllo analogo» non nella partecipazione societaria, che avrebbe portato ad escluderlo per le quattro Regioni autonome che detengono una sola azione¹⁷⁰, ma in altre peculiarità dello statuto: l'obbligo di accettare qualunque incarico affidatole da un Ente pubblico del quale è strumento proprio, l'impossibilità di determinare autonomamente il costo del suo intervento, la natura «non contrattuale» dei rapporti tra *TRAGSA* e Regioni autonome¹⁷¹. Usando le parole della Corte, «se la *Tragsa* non dispone di alcun margine di libertà, né in merito al seguito da dare ad un incarico da parte delle amministrazioni competenti in parola, né quanto alle tariffe applicabili alle sue prestazioni [...], la condizione per applicare le direttive di cui trattasi relativa all'esistenza di un contratto non è soddisfatta»¹⁷². La relazione che legherebbe la *TRAGSA* agli enti di cui sarebbe «medio proprio» sarebbe di natura gerar-

(167) V. più diffusamente il capitolo precedente, §5.

(168) In particolare, v. CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §56: il soggetto «non è necessariamente privat[o] della libertà d'azione per la sola ragione che le decisioni che la riguardano sono prese dall'ente pubblico che la detiene, se essa può esercitare ancora una parte importante della sua attività presso altri operatori».

(169) CGCE, sent. *TRAGSA*, cit., §54: «se la *Tragsa* non dispone di alcun margine di libertà, né in merito al seguito da dare ad un incarico da parte delle amministrazioni competenti in parola, né quanto alle tariffe applicabili alle sue prestazioni [...], la condizione per applicare le direttive di cui trattasi relativa all'esistenza di un contratto non è soddisfatta».

(170) Cfr. espressamente CGCE, sentenza *TRAGSA*, §59.

(171) CGCE, sent. *TRAGSA*, §60.

(172) CGCE, sent. *TRAGSA*, §54.

chica.

L'attenzione del giudice comunitario si sposta dai poteri dell'Amministrazione aggiudicatrice alla posizione del soggetto gerarchicamente subordinato. Il «*controllo analogo*» è declinato nel senso di «*mancanza di autonomia della società, analoga*» a quella che caratterizza i servizi propri dell'Amministrazione aggiudicatrice. Sintatticamente cambia la formula utilizzata: nella sentenza *Parking Brixen* la Corte ha identificato «*controllo analogo*» nell'influenza dominante che la P.A. esercita sulle decisioni importanti e sugli obiettivi strategici del controllato¹⁷³. Il passo della sentenza *TRAGSA* sopra riportato, invece, qualifica lo stesso requisito come indisponibilità «*di alcun margine di libertà, né in merito al seguito da dare ad un incarico da parte delle amministrazioni competenti in parola, né quanto alle tariffe applicabili alle sue prestazioni*». Va sottolineato come questa si accompagni all'esenzione da responsabilità in favore dell'organo amministrativo della società: la disposizione di legge, in questo modo, attenua il rischio di un conflitto di *agency*, escludendo dall'orizzonte valutativo degli amministratori la considerazione degli interessi di qualunque tipo di *stakeholder*.

L'impostazione è stata ribadita dalla Corte nella successiva decisione *Correos*. Quasi fornendo un'interpretazione autentica, il giudice comunitario ricontestualizza la mancanza di autonomia della *TRAGSA*, sottolineando la sua veste di ente strumentale e di servizio tecnico dell'amministrazione spagnola¹⁷⁴.

La comparazione dello statuto *TRAGSA* con i casi italiani giudicati dalla Corte, in cui la società era in mano integralmente pubblico¹⁷⁵, rende ulteriormente evidenti le peculiarità del caso in esame. Le società portate all'attenzione della Corte, erano tutte soggette, quanto alla gestione, al solo diritto comune delle società, in particolare, al-

(173) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., § 65.

(174) CGCE, sent. *Correos*, cit., §§51-52.

(175) Cfr. CGCE, sent. *Teckal*, cit.; CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit.; CGCE, sent. *ANAV*, cit.; CGCE, sent. *Carbotermo*, cit.

l'art. 2381**bis**, c. 1, e agli art. 2392 e ss. c.c. La CGCE ha ribadito come la semplice titolarità dell'intero capitale non sia sufficiente a configurare il «*controllo analogo*», proprio alla luce dell'autonomia dell'organo amministrativo.

Ciò che qualifica la TRAGSA rispetto a questi casi è la limitazione dell'autonomia (e della responsabilità) dell'organo amministrativo, quando agisce in qualità di «*strumento proprio*» dell'Amministrazione, con il suo servizio tecnico. Non in assoluto, pertanto, ma limitatamente a questo settore di attività (che deve essere «*prevalente*» rispetto agli altri), e solo durante l'esecuzione degli incarichi. Tant'è vero che la TRAGSA può agire sul mercato, pur se marginalmente, eseguendo le stesse prestazioni non solo per soggetti privati, ma anche per quelle amministrazioni di cui non possa essere considerata strumento proprio.

Da un punto di vista sistematico, inoltre, la fattispecie *Teckal* ritrova la sua componente contrattuale. Manca il «*contratto*» –nell'accezione funzionale tipica del diritto comunitario- perché manca l'incontro di due volontà distinte: la TRAGSA non deve nemmeno prestare il proprio consenso, essendo obbligata ad eseguire gli ordini della P.A.

Capitolo 5

La nuova fase della giurisprudenza in materia di *in house providing*

SOMMARIO: 1. *Introduzione* – Sezione I: Mutamento dell'orientamento giurisprudenziale - 2. *La sentenza TRAGSA* – 2.1. *Fatti di causa e decisione della Corte di Giustizia CE* – 2.2. *Elementi di continuità con la giurisprudenza precedente* – 2.3. *Questioni irrisolte ed elementi di discontinuità* – 3. *La sentenza ASI: stabilità dei requisiti e partecipazione pubblica totalitaria* – 3.1. *I fatti di causa e la decisione della Corte di Giustizia CE* – 3.2. *Il requisito strutturale* – 3.3. *Momento valutativo e stabilità del requisito strutturale* – 4. *La sentenza Correos* – 4.1. *La nozione di «accordo» nella sentenza Correos* – 4.2. *Il problema del requisito funzionale e sussistenza di un diritto esclusivo ex art. 86, §2, TCE* – 4.3. *Conclusioni sulla sentenza Correos* – Sezione II: *In “condominium” providing e rilevanza del controllo economico* – 5. *Impostazione del problema* – 6. *In condominium providing nelle direttive comunitarie e nella precedente giurisprudenza Teckal* – 7. *La sentenza Coditel Brabant* – 7.1. *Fatti di causa e decisione di rinvio* – 7.2. *La decisione della Corte di Giustizia CE* – 8. *La sentenza SeTCo* – 8.1. *Lo statuto della SeTCo S.p.A. e la decisione della CGCE* – 8.2. *Il «controllo analogo» plurisoggettivo nella sentenza SeTCo* – 8.3. *I requisiti Teckal nella sentenza SeTCo* – 8.4. *Iter argomentativo e problemi lasciati aperti* – 9. *Conclusioni.*

1. Introduzione

La seconda fase della giurisprudenza comunitaria in materia di *in house providing* è caratterizzata da maggiore formalismo e minore attenzione alle peculiarità del singolo caso concreto. Pur ribadendo i principi elaborati in precedenza, in un *climax* cre-

scente lungo cinque pronunce dall'aprile 2007 al settembre 2009¹, la Corte di Giustizia CE se ne allontana dapprima velatamente, in modo percepibile solo analizzando a fondo le fattispecie concrete presentate, e poi in modo sempre più palese, anche se non dichiarato.

Ciò avviene secondo tre schemi. La Corte o decide in modo apparentemente conforme, ma senza approfondire alcuni aspetti che, invece, avrebbero meritato diversa considerazione; o richiama le precedenti sentenze, reinterpretrandole; o, infine, propone un'interpretazione autentica delle decisioni, che ne amplia il significato, e su questo nuovo basa la propria argomentazione. I tre metodi si intrecciano in vario modo nelle sentenze esaminate in questo capitolo.

Il giudice comunitario avverte in modo persistente l'esigenza di giustificare le proprie scelte alla luce dei propri precedenti, snaturando l'esigenza di coerenza delle proprie decisioni ai principi generali contenuti nei Trattati ad uno *stare decisis* che non ha fondamento nell'ordinamento comunitario. Ciò avviene inoltre in modo non sempre lineare: nella sentenza *SeTCo*, ad esempio, la Corte trae la conclusione della possibilità del «*controllo analogo*» congiunto deducendolo dall'ammissibilità del «*controllo analogo*» individuale in presenza di partecipazione minima al capitale sociale².

Parallelamente al processo di revisione della precedente giurisprudenza della Cor-

(1) Si tratta, in ordine cronologico, di CGCE, sentenza 19.04.2007, causa C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales/Transformación Agraria SA (TRAGSA)*; CGCE, sentenza 18.12.2007, causa C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia/ Administración General del Estado (Correos)*; CGCE, sentenza 17.07.2008, causa C-371/05, *Commissione/Italia (ASI)*; CGCE, sentenza 13.11.2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle + Région de Bruxelles-Capitale (Coditel Brabant)*; CGCE, sentenza 10.09.2009, causa C-573/07, *Sea s.r.l./Comune Ponte di Nossa + Servizi Tecnologici Comuni – SeTCo S.p.a (SeTCo)*. Non vengono approfondite le seguenti decisioni, che pure richiamano la fattispecie, per le ragioni appresso esposte: 1. CGCE 08.04.2008, causa C-337/05, *Commissione/Italia (Italia elicotteri)*, perché affronta la fattispecie solo superficialmente nell'ambito di un più vasto argomentare – la decisione sarà comunque richiamata in analisi alla sentenza ASI; 2. CGCE, ordinanza 10.04.2008, causa C-323/07, *Termoraggi S.p.A./Comune di Monza (Termoraggi)*, perché senza argomentare rinvia alle proprie precedenti decisioni; essa sarà comunque affrontata nel § 4, unitamente alla sentenza *Correos*, con riguardo al requisito funzionale della relazione *in house*.

(2) CGCE, sent. *SeTCo*, cit., §§61-63.

te, il diritto comunitario si avvicina nuovamente al sistema delle società miste. Con la Comunicazione del 12.04.2008 sui partenariati pubblico-privato istituzionalizzati (PPPI)³ la Commissione CE ammette definitivamente la legittimità dell'affidamento diretto a società a capitale misto pubblico-privato, purché il socio privato venga scelto nel rispetto dei principi posti dagli artt. 43 e 49 TCE: tramite una gara trasparente e non discriminatoria, avente ad oggetto sia la prestazione da appaltare o da concedere sia il «contributo operativo» del partner privato (c.d. gara a doppio oggetto)⁴. Selezionato il socio, viene costituito il PPPI o gli viene affidata in appalto o in concessione l'esecuzione di una o più prestazioni, che altrimenti avrebbero dovuto essere oggetto di gara ai sensi delle direttive comunitarie in materia di appalti⁵. Questa distensione delle relazioni tra diritto comunitario e società a capitale misto pubblico-privato illumina riguardo l'atteggiamento comunitario rispetto a autodeterminazione e discrezionalità delle P.A. di agire per il perseguimento dei propri fini. Essa dovrebbe incidere anche sull'*in house providing*: le Amministrazioni potrebbero scegliere se affidare l'esecuzione di una prestazione a soggetti terzi, se eseguirla direttamente collaborando con un imprenditore o affidandola ad una propria struttura decentrata o infine ad un proprio ufficio. All'aumento delle possibilità concesse dovrebbe corrispondere un irrigidimento degli istituti, in modo da poterli distinguere quanto a funzione e struttura economica e giu-

(3) Commissione CE, Comunicazione interpretativa COM (412) def. *sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*, in G.U.C.E. 12.04.2008 C 91/4 e ss.

(4) Commissione, *Comunicazione PPPI*, cit., §2.2, p. C 91/6. In Italia, questa possibilità era stata prevista precedentemente da Consiglio di Stato, Sez. II, parere 18.04.2007, n. 458.

(5) Si tratta pertanto di prestazioni che avrebbero altrimenti fatto l'oggetto di procedure di gara, caratterizzate dalla determinatezza dell'oggetto e della loro durata: v. al proposito l'All. VIII A, Direttiva *Appalti*, contenuto del Bando di Gara. Sembra pertanto criticabile l'art. 15, d.l. 135/2009, di modifica dell'art. 23-*bis* d.l. 112/08, conv. con modifiche in l. 133/08, che, introducendo una lett. *B* nel comma 2 della disposizione, si limita a statuire la legittimità dell'affidamento diretto a società a capitale misto pubblico-privato, il cui socio privato sia scelto tramite procedure competitive «*le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio*», senza però prevedere alcuna determinazione temporale di detti compiti operativi né rinviando – come invece avviene in sede comunitaria – al diritto degli appalti.

ridica. È successo invece il contrario⁶.

Contenutisticamente, infine, questa fase si caratterizza per l'attenzione dedicata all'ipotesi del «*controllo analogo*» plurisoggettivo: su cinque sentenze rilevanti, tre si occupano dell'argomento⁷.

Questo capitolo si divide pertanto in due sezioni: la prima esamina il cambiamento dell'orientamento giurisprudenziale; la seconda lo approfondisce, con attenzione al fenomeno del c.d. «*controllo analogo*» plurisoggettivo.

Sezione I

Mutamento dell'orientamento giurisprudenziale

2. La sentenza *TRAGSA*: questioni irrisolte ed elementi di discontinuità

Come già accennato, la sentenza *TRAGSA*⁸ fa da spartiacque alle due fasi. Essa ha ad oggetto lo statuto legale della *Transformación Agraria SA* (*TRAGSA*), una società spagnola a partecipazione pubblica totalitaria, esempio del modello degli strumenti tecnici e «*medios propios*» amministrativi diffuso nell'ordinamento spagnolo.

(6) In questa direzione v. anche V. DE FALCO, *Affidamenti in house, requisito del controllo analogo e cessione del capitale sociale: la Corte apre ai privati, ma rischia di destabilizzare il sistema interno*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, pp. 2020-2021

(7) CGCE, sent. *Coditel Brabant*, cit.; CGCE, sent. *SeTCo*, cit.; entrambe individuano in CGCE, sent. *TRAGSA*, cit., il proprio antecedente sistematico, anche se essa non si occupa del tema strettamente inteso, come sarà chiaro nella sezione II.

(8) CGCE, sent. *TRAGSA*, cit.

Si sintetizzano i punti essenziali della pronuncia della Corte di Giustizia, già esposti nel precedente capitolo: il «*controllo analogo*» ricorre nell'ipotesi di una società di diritto speciale a partecipazione pubblica totalitaria i cui organi amministrativi hanno margini di trattativa molto stretti, se non nulli, a fronte di un «*orden de servicio*» impartito dalla P.A., ma godono altresì di un margine di irresponsabilità nei confronti della società per l'esecuzione di detti «*ordenes*»; detta società, nominata nell'ordinamento spagnolo «*medio propio*», deve eseguire gli incarichi ad un prezzo prefissato, in base ad un tariffario già concordato con l'Amministrazione ed orientato al costo;

La posizione della Corte di Giustizia lascia aperte alcune questioni.

Primo, un problema di soggetti: è la legge – che determina lo statuto legale della società – ad individuare in via generale i soggetti titolari che possono imporre delle prestazioni alla società *in house*? Residua uno spazio alla prospettiva strutturale di matrice societaria?

La sentenza *TRAGSA* rimane sul punto piuttosto ambigua, ma sembra propendere per una risposta di tipo affermativo: la Corte afferma che la TRAGSA «*non possa essere considerata come un terzo rispetto alla comunità autonome che detengono una parte del suo capitale sociale*»⁹. La frase, in sé, non esclude che gli Enti locali non soci possano affidare alla TRAGSA l'esecuzione di lavori, servizi o forniture, senza fare appello alla concorrenza, conformemente alla legge spagnola che sancisce una facoltà per le Regioni a partecipare al capitale della TRAGSA, non un obbligo, ma che al tempo stesso qualifica la TRAGSA «*strumento proprio*» e «*servizio tecnico*» di tutti gli Enti locali. Tuttavia, proprio la contrapposizione con il testo della legge spagnola porta a ritenere che, per essere qualificata «*controllante*», l'Amministrazione aggiudicatrice

(9) CGCE, sentenza *TRAGSA*, *cit.*, §61. Analoga frase nelle versioni francese, tedesca e inglese. La versione ufficiale, in lingua spagnola, recita la formula equivalente «*Tragsa no puede tener la consideración de tercero con respecto a las Comunidades Autónomas que poseen una parte de su capital*».

deve essere presente nella compagine sociale, anche se in proporzione minima¹⁰. Nota in contrario un Autore che gli Enti locali che partecipano in piccola misura al capitale sociale non hanno nessun potere di imporre la propria volontà alla TRAGSA, potendo al più aderire ad un sistema contrattuale predeterminato *aliunde*, e che pertanto essi non possono essere considerati «*controllanti*»¹¹. Ma nella giurisprudenza *Teckal* non è in questione libertà dell'Ente pubblico di scegliere un contraente o di adottare autonomamente una certa disciplina contrattuale (prospettive invece proprie del diritto interno): l'Amministrazione aggiudicatrice potrebbe anche essere obbligata da norme imperative alla scelta di un contraente predeterminato, senza per ciò negare alla relazione che ne scaturisce la natura di «*contratto*» ai sensi del diritto comunitario degli appalti¹². L'attenzione è focalizzata invece sulla capacità della relazione P.A./contraente di impedire la realizzazione di un mercato unico degli appalti, frammentando geograficamente il mercato e attribuendo ad un'impresa una posizione di privilegio non conquistata in competizione con altri contraenti: è centrale l'autonomia dell'affidatario, non dell'affidante. In questa prospettiva, se un Ente locale socio incarica la TRAGSA come strumento proprio, essa non può rifiutarsi di eseguire l'ordine tanto quanto se l'incarico fosse affidato dallo Stato che detiene la quasi totalità del capitale.

Piuttosto ciò sembra in contrasto con quanto stabilito dalla CGCE in tema di *gol-*

(10) Sul punto, cfr. anche JAVIER FUERTES, *Contratación Administrativa y Entes Instrumentales: Sentencia del TJCE en el Caso TRAGSA*, nella rivista on-line *Actualidad Jurídica Aranzadi*, alla pagina web <http://www.aranzadi.es/>, consultata da ultimo in data 06.07.2007: l'A. interpreta la decisione della Corte assimilando la titolarità del controllo analogo alla comproprietà, e quindi risolvendo la questione nel senso della necessità della presenza dell'Amministrazione nella compagine sociale. Nello stesso senso, implicitamente, BROUSSY, DONNAT, LAMBERT, *La Cour de justice précise la notion du marché* in house, in *AJDA*, 2007, 11 juin, 1125-1126.

(11) A. SONCINI, *Gli affidamenti in house: rassegna della giurisprudenza comunitaria sino alla sentenza TRAGSA II del 2007*, in *Dir. Com. Sc. Int.*, 2007, pp. 311-312.

(12) Su questo punto, v. specificamente CGCE, sentenza 12.07.2001, causa C-399/98, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e di Lodi et al/Comune di Milano – Pirelli S.p.A. et al*, §§70-72, e le considerazioni già svolte *supra*, Capitolo 2. Anche il sistema delle centrali di acquisto in parte depone in questo senso: l'incarico attribuito direttamente alla centrale è legittimo anche se imposto dalla legge, purché la centrale lo attui applicando a sua volta la disciplina contenuta nella Direttiva *Appalti*.

den share: il potere di controllo che il socio pubblico può esercitare sulla società dovrebbe essere proporzionale al capitale investito¹³. La contraddizione può essere forse risolta considerando che la TRAGSA è una società strutturalmente chiusa¹⁴ – perché possono esserne soci solo soggetti pubblici – e che il divieto della Corte tutela la libertà di circolazione dei capitali¹⁵: il problema di compatibilità sarebbe dunque attenuato. La sentenze *Coditel Brabant* e *SeTCo* confermano la persistente rilevanza strutturale degli schemi societari.

Secondo, un problema di procedura. La TRAGSA deve rispettare i principi di trasparenza, non discriminazione e uguaglianza, se vuole ricorrere alla collaborazione di imprese terze. Non è però chiara l'estensione di questo obbligo: l'ordinamento spagnolo prevede espressamente che la disciplina degli strumenti propri si applica a TRAGSA e alle imprese da questa controllate, ma la sentenza della Corte si pronuncia solo sulla capogruppo.

Il problema sembra intimamente legato alla questione precedente, perché mette in causa il ruolo residuale da assegnare alla prospettiva societaria. La soluzione non sembra tuttavia agevole. Da una parte, la sentenza *Carbotermo* ha escluso che si possa configurare il «*controllo analogo*» di un Ente pubblico nei confronti di una società controllata per il tramite di una *holding*. D'altro canto, la Corte ha riconosciuto nella sentenza *TRAGSA* il requisito basandosi sull'elemento extrasocietario dell'assenza di autodeterminazione, rispetto agli incarichi imposti dall'Amministrazione.

(13) CGCE, sentenza *AEM, cit.*, §§22-25; la Corte argomenta che il potere attribuito al soggetto pubblico, più che proporzionale all'ammontare del suo investimento, scoraggia l'investimento di altri soci privati (§29), non è giustificato dalle ragioni di cui all'art. 58 del Trattato o da motivi imperativi di interesse generale (§§39-40) e, quindi, costituisce restrizione della libertà di circolazione dei capitali contraria al Trattato.

(14) Cfr. art. 2¹ Real Decreto 371/1999, che rende la TRAGSA espressione del tipo *sociedad estatal* a capitale integralmente pubblico ex art. 166² LPAP.

(15) CGCE, sentenza *AEM, cit.*, §§21-23; l'art. 2449 c.c. è difatti dichiarato incompatibile con l'art. 56 del Trattato.

Si deve probabilmente concludere nel senso che la sentenza, pur rivolgendosi espressamente alla sola TRAGSA, riconosca la medesima qualità in capo a tutte le società da questa direttamente controllate. Questo in base non tanto alle considerazioni appena svolte, ma perché, altrimenti, la Corte avrebbe replicato le centrali di committenza disciplinate dall'art. 11, Dir. 2004/18/CE: la TRAGSA sarebbe un mero intermediario, non un diretto esecutore, anche se per il tramite delle proprie società figlie, degli incarichi assegnatili¹⁶.

L'impianto argomentativo della CGCE ricalca, in definitiva, la motivazione del *Tribunal de Defensa de la Competencia* spagnolo: l'affidamento diretto di incarichi alla TRAGSA è legittimo, perché ammesso da una legge eccezionale, che limita sia l'azione della TRAGSA, sia la responsabilità in base alla quale la TRAGSA è limitata nel suo agire e i conflitti di *agency* caratteristici di ogni società. Il che dovrebbe condurre a considerare il ricorso alla TRAGSA un'eccezione, non la regola¹⁷. Tuttavia la pratica sembra indicare l'opposto¹⁸, a detrimento dei principi di trasparenza, non discriminazione e uguaglianza, nonché di una concorrenza piena ed effettiva nel settore degli appalti pubblici spagnoli. Le considerazioni appena svolte circa l'estensione della qualità di soggetto *in house* alle società controllate da TRAGSA accentuano il problema¹⁹.

L'inizio del cambiamento di rotta da parte della Corte è in questo punto²⁰. Con la sentenza *Stadt Halle*, escludendo la compatibilità tra interessi imprenditoriali e interes-

(16) REBOLLO PUIG, *op. cit.*, p. 390, si basa invece sulla qualità di diretto esecutore delle società «*medios propios*» della Pubblica Amministrazione, precisando che «*si el encargo se basa precisamente en que la Administración tiene medios propios suficientes, no será lícito confiar la actividad a un ente institucional que no los tenga que haya de realizarla en su mayor parte o en su totalidad contratando con terceros*»

(17) AMOEDO SOUTO, *op. cit.*, p. 98

(18) Cfr. in particolare AMOEDO SOUTO, *op. cit.*, p. 96, che, riportando e rielaborando il pensiero di TOMÁS DE LA QUADRA SALCEDO indica tre giustificazioni della decisione dell'Amministrazione di ricorrere all'esecuzione diretta, tramite strumenti propri: la specializzazione del soggetto incaricato, la maggior rapidità nell'esecuzione dell'incarico e... «*otros criterios de oportunidad*».

(19) Per questo AMOEDO SOUTO, (nt. 2), pp. 223-224 propone alle Corti spagnole di considerare la TRAGSA un'Amministrazione pubblica a tutti gli effetti, in modo da poter applicare la disciplina di pubblicità del procedimento e degli atti amministrativi anche alle decisioni di TRAGSA.

si pubblici istituzionali e, quindi, l'inconfigurabilità dell'elemento strutturale dell'*in house providing*²¹ in presenza dei primi, il diritto comunitario andava ad incidere doppiamente sulla discrezionalità politica interna degli Stati Membri: *in primis*, escludeva la legittimità della formula delle c.d. società miste, come sopra accennato; *in secundis*, l'accento posto in primo luogo²² sull'interesse di cui è portatore il privato sembrava escludere che gli Stati Membri potessero liberamente attribuire incarichi ad un ente che avesse interessi assimilabili a quelli di un'impresa privata²³. La sentenza *TRAGSA*, invece, legittima l'affidamento diretto ad un soggetto che è portatore di interessi sostanzialmente imprenditoriali, anche se limitati dalla legge (attraverso in particolare la limitazione della responsabilità degli organi amministrativi che accompagna l'obbligatorietà dell'esecuzione degli incarichi affidati), apice di un gruppo di società attivo a livello locale, nazionale e internazionale, in base ad una previsione legislativa formale.

La CGCE non sembra inoltre considerare la grande diffusione locale, in Spagna, del modello *TRAGSA*: basta che un Ente locale crei una società che lo ricalchi, con atto imperativo e nei limiti delle proprie competenze, a chiudere un intero mercato. Il che è sorprendente, ricordando che l'eccezione *Teckal* è stata pronunciata «*nell'ottica di un'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile,*

(20) Per altri rilievi critici, segnatamente riguardo alla scarsa attenzione della Corte agli elementi di fatto sottolineati dall'Avvocato generale, v. G. F. FERRARI, *Un raro esempio di controllo analogo*, in *Riv. Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2007, p. 1376. Va comunque sottolineato che la dottrina si è concentrata soprattutto sugli elementi di continuità e conferma delle precedenti statuizioni: v. ad es. R. CARANTA, *Dodo, Rondine o Fenice: Quale futuro per l'in house?*, in *Urb. e App.*, 2007, pp. 1479 e ss.; SONCINI, *Gli affidamenti*, cit.

(21) CGCE, sentenza *Stadt Halle*, cit., §50.

(22) La CGCE, sentenza *Stadt Halle*, cit., §51, fa riferimento anche all'attribuzione di un vantaggio rispetto ai concorrenti all'impresa-socio, ma sembra ammettere la possibilità che il vantaggio venga giustificato da una procedura pubblica di scelta del socio privato.

(23) In questo senso, v. in particolare FATÔME, MÉNÉMÉNIS, *Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques: éléments d'analyse*, in *AJDA*, 2006, 16 janv., pp. 71-72 : «*si un opérateur externe est « dédié », il peut être regardé comme un opérateur hors du jeu concurrentiel, c'est-à-dire assimilé à un opérateur non économique pour ses relations avec le pouvoir adjudicateur*».

quale voluta dalle norme comunitarie»²⁴.

Il che porta ad un secondo aspetto problematico, in punto di sistema. La tradizionale indifferenza del diritto comunitario per la politica interna degli Stati membri in materia di imprese pubbliche trova un limite nelle disposizioni sulla concorrenza e sulla creazione del mercato interno del Trattato. La precedente giurisprudenza *Teckal* esprime questo principio, come già sottolineato: la disciplina in materia di appalti, posta anche a tutela di una concorrenza non falsata nel mercato interno, può non essere applicata in ipotesi veramente eccezionali, quali il totale allineamento del soggetto affidatario alla volontà e agli interessi dell'Amministrazione aggiudicatrice.

L'incedere della sentenza *TRAGSA*, invece, ha una duplice conseguenza: la Corte legittima l'affidamento senza gara sulla base della qualificazione di diritto interno, senza considerare l'effettività economica del soggetto diretto affidatario. Inoltre, muta la prospettiva di intervento comunitario negli Stati membri, ai quali sembra concessa la possibilità di chiudere dei mercati in base ad una unilaterale operazione di qualificazione.

3. La sentenza *ASI*: stabilità dei requisiti e partecipazione pubblica totalitaria

3.1. I fatti di causa e la decisione della Corte di Giustizia CE

La sentenza *ASI* approfondisce le criticità già emerse nella sentenza *TRAGSA*. La Corte conclude con questa decisione una procedura di infrazione promossa dalla Commissione contro l'Italia, rispetto ad un appalto per la gestione del servizio informatico comunale affidato dal Comune di Mantova direttamente alla *ASI S.p.A.*, società a

(24) CGCE, sentenza *Stadt Halle*, *cit.*, §47.

prevalente capitale pubblico²⁵. Il servizio fu affidato con rinvio alla disciplina contenuta in una convenzione proposta dal Comune all'ASI, effettivamente stipulata il 2 dicembre 1997²⁶.

Tale convenzione sembra essere il compromesso tra due opposte tendenze: la preminenza dell'interesse del Comune di Mantova nell'esecuzione degli incarichi affidati all'ASI, concretizzata in particolare nella nomina da parte del Comune di «*un dirigente che avrà compiti di collaborazione di stimolo e di controllo circa l'operato di ASI SPA*» (art. 8, § 1), comunicando «*il nominativo del dirigente e dei funzionari che questi dovesse chiamare a collaborare con lui*» (art. 8, § 3)²⁷; l'interesse dell'ASI ad operare quale impresa sul mercato, «*in piena libertà, anche per produrre utili, qualora ne sia capace*» (§ 5 delle Premesse)²⁸.

(25) Delibera n. 98 del Consiglio Comunale di Mantova del 27.06.1997,. Prot. Gen. n.10777/97, affissa all'Albo Pretorio comunale dal 18.07.1997.

(26) Rep. 22452 del Comune di Mantova, Prot. Gen. 1077/97. Il testo della Convenzione non è direttamente disponibile; si ringrazia al riguardo l'Avvocato Giuseppe Fiengo, dell'Avvocatura dello Stato, per la cortesia dimostrata nel rendere accessibile detta documentazione a chi scrive. Nel testo saranno riportate alcune tra le clausole e le premesse che sembrano più significative, anche perché direttamente citate dalla Corte di Giustizia a supporto della decisione che qui si commenta.

(27) Inoltre

- l'affidamento è configurato come un «*atto unilaterale regolato dall'Amministrazione stessa*» (§ 3 delle premesse); il concetto è ribadito al successivo § 5 e si concretizzerebbe – nelle intenzioni degli stipulanti – nella conclusione del contratto con semplice sottoscrizione per adesione da parte del legale rappresentante dell'ASI;
- il Comune collabora con l'ASI concordando piani biennali di attuazione del servizio e richiedendo verifiche annuali e semestrali di detti piani (art. 6 e 7);
- il Comune copre i costi di gestione del servizio trimestralmente, con rimesse anche in conto capitale (art. 12), anche sulla base di un budget annuale redatto dalla ASI S.p.A. (art. 13);
- la «*revoca*» dell'affidamento da parte del Comune è possibile in caso di esito non soddisfacente della verifica trimestrale (art. 9); il «*recesso*» da parte dell'ASI. è invece ammissibile solo in caso di «*prolungata insolvenza da parte del Comune*» (art. 16).

(28) In tal senso

- è presupposta «*la possibilità di ASI SPA di fruire della più ampia libertà organizzativa e di proposta al Comune, essendo questa libertà la fonte essenziale per il soddisfacimento delle obbligazioni*» derivanti dalla Convenzione (art. 1, § 4);
- i costi a carico del Comune sono individuati dalla ASI S.p.A., sulla base del programma di revisione annuale determinato in collaborazione con il Comune (art. 6, § 5), ma limitatamente ad alcune voci del passivo specificate all'art. 11 della Convenzione. Detti costi sono scritturati in contabilità separata (art. 11, § 3) e coperti dal Comune su base di un rendiconto trimestrale, entro sessanta giorni massimi dall'emissione della fattura (art. 12). Al Comune è al riguardo attribuita la facoltà di «*procedere in ogni momento a controlli [...] al fine di verificare la piena applicazione delle norme di correttezza contabile e delle norme di tutela previste nel presente atto*» (art. 11§4).

La Commissione CE, qualificata tale convenzione quale appalto ai sensi del diritto comunitario, rilevò l'assenza di una procedura di gara ed avviò una procedura di infrazione nei confronti della Repubblica italiana²⁹ sostenendo che il socio pubblico eserciterebbe solo i poteri del socio di maggioranza e, quindi, l'affidamento non sarebbe qualificabile *in house*³⁰. Non avendo ottenuto adeguata risposta, la Commissione contestò di fronte alla CGCE la violazione degli obblighi di cui alla Direttiva 92/50/CEE, sottolineando il difetto dei presupposti che avrebbero potuto giustificare l'applicazione della richiamata giurisprudenza *Teckal*³¹. Posizione questa ribadita negli atti processuali³², dove *ad abundantiam* la Commissione rilevò altresì come già la semplice presenza di capitale privato escludesse la configurabilità del «*controllo analogo*»; che la partecipazione di soci privati era espressamente prevista sin dalla costituzione dell'ASI; che il Comune di Mantova uscì dal capitale dell'ASI senza aver tuttavia posto fine alla convenzione; che, infine, la ASI non svolgeva la totalità della propria attività con il Comune di Mantova³³.

La Repubblica italiana contestò come al momento della conclusione della convenzione la compagine sociale della ASI constasse di soli soci pubblici³⁴ e che «nessun

(29) La procedura di infrazione aveva inizialmente assunto il numero di protocollo 2000/4926. Rimanendo insoddisfatta delle risposte della Repubblica italiana alla lettera del 20.06.2001 e al parere del 27.06.2002, la Commissione avviò la procedura di infrazione con decisione della Commissione del 18.12.2003, IP/03/1763, la cui notizia stampa è reperibile all'indirizzo <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/1763&format=DOC&aged=1&language=IT&guiLanguage=en>.

(30) Così Commissione CE, notizia stampa IP/03/1763, cit., parafrasando CGCE, sentenza 07.12.2000, causa C-94/99, *ARGE Gewässerschutz/Bundesministerium für Land- und Fortwirtschaft*, §40.

(31) Cfr. G.U.C.E. 14.01.2006 C 10/8.

(32) Cfr. J. MAKARCZYK, Relazione d'udienza ai sensi dell'art. 20, §4 dello Statuto della Corte di Giustizia CE, causa C-371/05, reperibile tramite domanda di accesso agli atti rivolta agli uffici della Corte di Giustizia, §§17 e ss.; CGCE, sentenza del 17.07.2008, causa C-371/05, *Commissione/Italia* (ASI), §§ 14-16.

(33) MAKARCZYK, *op. ult. cit.*, §§14-20; CGCE, sent. ASI, cit., non riporta nelle motivazioni questa constatazione.

(34) MAKARCZYK, *op. ult. cit.*, §21; CGCE, sent. ASI, cit., §17.

operatore privato si sarebbe avvalso della convenzione»³⁵: la convenzione non avrebbe dunque «*interferito sul mercato»³⁶*; che i due soci privati presenti nella compagine sociale erano società a partecipazione pubblica totalitaria; come il Comune di Mantova fosse uscito dalla società nel 2004, e come la ASI avesse cessato di compiere le attività rientranti di cui alla convenzione nel 2006. La Repubblica italiana propose inoltre una lettura della giurisprudenza della Corte per la quale non sarebbe necessaria la partecipazione pubblica totalitaria, per la configurazione del «*controllo analogo*» di cui alla sentenza *Teckal*. Infine, sottolineò la prevalenza dell'interesse del Comune rispetto a quello dell'ASI nella convenzione.

La Corte di Giustizia attribuì rilevanza sia alla partecipazione di maggioranza del Comune di Mantova nella ASI S.p.A. (§ 25, prima parte), sia agli elementi della convenzione che sembrerebbero concedere al Comune di Mantova una posizione preminente, nella dinamica contrattuale (§ 25, seconda parte): la nomina del funzionario *ad hoc*, le delibere sulle spese, il controllo contabile. Per la Corte la combinazione di elementi contrattuali e strutturali attribuirebbe al comune «*la facoltà di incedere in modo determinante tanto sugli obiettivi strategici quanto sulle decisioni importanti dell'ASI*», soddisfacendo il primo dei requisiti richiesti dalla c.d. eccezione *Teckal* (§ 26). Quanto al requisito funzionale, per il quale il soggetto controllato deve destinare la parte più importante della propria attività all'«*ente che [o] detiene*» (§ 31), la Corte stabilì che, nel caso di diretto affidatario il cui capitale sia detenuto da più Amministrazioni aggiudicatrici, deve essere considerata l'attività «*realizzata da detta impresa con tutti questi enti*». Il ricorso della Commissione venne dunque respinto.

(35) MAKARCZYK, *loc. ult. cit.* Questa impostazione non è ripresa direttamente da CGCE, sent. ASI, cit., §29, sul quale v. più diffusamente *infra*.

(36) Così in MAKARCZYK, *op. ult. cit.*, §21.

3.2. Il requisito strutturale

Rispetto al requisito c.d. funzionale la Corte conferma la propria giurisprudenza precedente: esso va valutato tenendo conto dell'attività che l'affidatario svolge nei confronti di tutti gli enti che «*lo detengono*» (§22). In via critica – e con riserva di approfondire ulteriormente *infra* – si sottolinea che questa espressione permette ad una struttura che dovrebbe essere “interna” di svolgere anche gran parte della propria attività nei confronti di enti che non la controllano, ma che semplicemente partecipano al suo capitale³⁷. Tuttavia si tratta di un passaggio non decisivo ai fini della argomentazione della CGCE.

È con riguardo al requisito del «*controllo analogo*» che la Corte manifesta maggiore spinta innovativa. Tre elementi sembrano centrali: l'oggetto del controllo analogo, gli strumenti per attuarlo e la sua stabilità.

La sentenza *Parking Brixen* è chiara: il controllo analogo consiste nella «*possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti*»³⁸ dell'organismo controllato. Il controllo deve avere ad oggetto lo svolgimento dei cardini dell'attività del controllato nella sua interezza, in modo da impedire ogni deviazione dagli obiettivi che l'ente pubblico si prefigge³⁹. La possibilità deve essere valutata tenendo conto di tutte le circostanze concrete del caso, ponendo centrale attenzione al reale

(37) In questo senso v. anche le critiche di C. VOLPE, In house providing, *Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, in *Urb. e App.*, 2008, p. 1408. Si precisa che la sentenza *ASI* non è l'unica a riportare questa formulazione del requisito funzionale: essa si rinviene in tutte le sentenze di questa fase. V. CGCE, sentenza 19.04.2007, causa C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)/Transformación Agraria SA + Administración del Estado (TRAGSA)*, §55; CGCE, sentenza 18.12.2007, causa C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia/Administración General del Estado (Correos)*, §§58 e 86; CGCE, sentenza 13.11.2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle et al.*, (*Coditel Brabant*), §§26 e 44; CGCE, sentenza 10.09.2009, causa C-573/07, *Sea srl/Comune Ponte di Nossa + Servizi Tecnologici Comunali – SeTCo S.p.A. (SeTCo)*, ad es. §36.

(38) CGCE, sentenza 13.10.2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH/Gemeinde Brixen Stadtwereck Brixen GmbH (Parking Brixen)*, § 65.

(39) Questo il principio che sembra poter essere desunto da CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., §§50-51.

centro dei poteri decisionali nell'equilibrio tra gli organi sociali, desumibile non solo dallo statuto formale, ma anche dall'analisi dell'effettivo dispiegarsi della vita sociale⁴⁰.

Citando il passaggio (§ 24), per la CGCE il Comune di Mantova esercita sulla ASI un controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici per l'accumularsi dei diritti di socio di maggioranza con il potere di direttiva concesso al Comune dalla Convenzione (§ 25). Ricostruito come da sentenza, il «*controllo analogo*» si concretizzerebbe in alcuni poteri da esercitare in momenti logicamente distinti: *ex ante*, nel potere di indirizzare e determinare l'attività del diretto affidatario tramite l'esercizio dei diritti del socio di maggioranza, la possibilità di nominare (e, soprattutto, revocare) la totalità dei membri dell'organo amministrativo e il potere di direttiva attribuito dalla convenzione. Durante lo svolgimento dell'attività, nuovamente nel potere di impartire direttive esecutive all'organo amministrativo. *Ex post*, nel potere di verifica dei risultati raggiunti, della non deviazione dalle direttive impartite e del corretto impiego delle risorse concesse sia tramite gli strumenti sociali (su base annuale), sia tramite un funzionario nominato *ad hoc* in forza dell'art. 8§1 della Convenzione (in ogni momento e, comunque, su base

(40) In questo senso l'analisi piuttosto penetrante che CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §§67-68; cfr. in particolare GOISIS, *I giudici comunitari negano la «neutralità» della società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 1927-1928 dove, una volta esclusa la compatibilità tra il modello codicistico italiano di società per azioni e quanto richiesto dalla Corte di Giustizia in tema di relazione *in house*, la ammette rispetto ad una struttura sociale concretamente anomala. Tuttavia nelle successive pronunce la Corte ha fatto applicazione di questo principio, ma apparentemente degradando verso una valutazione degli atti formali (statuto e disciplina legale): CGCE, sentenza 06.04.2006, causa C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)/Comune di Bari + AMTAB*, in *Racc.*, 2006, I-03303; in *Foro It.*, 2006, col 510, con nota di URSI, §§ 27 e ss., analizza la decisione del Comune di Bari di aprire il capitale dell'AMTAB, società diretta affidataria del servizio di trasporto, al capitale privato; CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., §§38-39 analizza lo statuto del diretto affidatario e considera la partecipazione indiretta (per il tramite di una *holding*) dell'Amministrazione aggiudicatrice; infine, CGCE, sent. *TRAGSA*, cit., opera una valutazione solo formalistica del dato normativo spagnolo e dello statuto legale della TRAGSA, diretta affidataria, senza addentrarsi nella concreta vita del gruppo TRAGSA. La sentenza in commento sembra concretizzare un'inversione di rotta, perché la Corte richiama più volte le clausole del contratto, dimostrando così di essersi addentrata in un'analisi concreta stringente; tuttavia, una lettura più approfondita dimostra chiaramente come la Corte si sia attenuta esclusivamente alle prospettazioni delle parti, senza analizzare il contratto né l'effettivo equilibrio dei poteri interni alla ASI; v. al riguardo *infra*.

annuale).

Il «*controllo analogo*» si avvicina dunque notevolmente ad un totale assoggettamento del diretto affidatario all'Amministrazione aggiudicatrice. In questa prospettiva, la sentenza ha l'indubbio merito di aver ribadito che oggetto del controllo deve essere la totalità dell'azione del diretto affidatario, e che l'esame deve essere condotto in concreto.

Tuttavia proprio quest'ultimo punto sembra il più debole. Analizzando il contratto si nota immediatamente che i poteri attribuiti in forza della convenzione non hanno ad oggetto l'intera attività dell'ASI, ma solo l'esecuzione della prestazione dell'ASI, oggetto del contratto stesso. Circostanza che contraddice il principio altrimenti correttamente formulato.

La Corte di Giustizia individua gli strumenti di esercizio del «*controllo analogo*» nel cumularsi dei poteri del socio unico e dei poteri speciali attribuiti al Comune dalla convenzione. Non sembra il caso di soffermarsi sulla congiunzione tra i due. La Corte non innova sul punto: il controllo economico non sarebbe sufficiente a configurare il controllo analogo⁴¹, e la partecipazione totalitaria potrebbe essere al più indizio, ma non prova, di esso⁴².

Tre punti meritano maggiore attenzione: il problema dell'immedesimazione tra società a partecipazione pubblica totalitaria e unico socio pubblico; la duplice rilevanza dell'autonomia dell'organo amministrativo; lo strumento di esercizio dei poteri extrasocietari da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice.

Se la partecipazione pubblica totalitaria al capitale non è sufficiente ai fini del «*controllo analogo*», sembra che garantisca comunque un *minimum* di immedesima-

(41) La Corte ha già chiarito, difatti, che l'eventuale controllo economico non sarebbe da solo sufficiente a configurare il «*controllo analogo*», essendone al più indizio; cfr. in particolare CGCE, *Parking Brixen*, cit., e il Capitolo precedente.

(42) Cfr. nuovamente CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit.

zione tra Amministrazione-socio e società. In un passaggio la Corte, preso atto della contestazione della Commissione che sottolineava l'esistenza di società per azioni nel capitale sociale dell'ASI, la ha considerata inconsistente, perché tali società erano a «a loro volta imprese comunali» (§28). Affermazione ambigua, perché, a ben vedere, fu la tensione imprenditoriale dell'investimento privato al capitale che, in passato, portò la Corte ad escludere la configurabilità del «controllo analogo»⁴³. La contraddizione potrebbe però essere ricomposta considerando che, quando nella *vicenda Carbotermo* la Corte si è trovata ad analizzare la ricorrenza del «controllo analogo» con riferimento ad una società controllata al 99,98% da altra società totalmente partecipata dall'Amministrazione aggiudicatrice, ne ha escluso la presenza non in ragione della struttura societaria, bensì in ragione della diluzione che i poteri dell'Amministrazione aggiudicatrice subivano a causa del doppio passaggio societario⁴⁴. Tale doppio passaggio non sussisterebbe in questo caso, perché il Comune di Mantova eserciterebbe il controllo direttamente sulla società partecipata anche dai due soggetti a partecipazione pubblica totalitaria, e non attraverso di essi.

Un altro passaggio della sentenza si pone in contrasto più marcato con la giurisprudenza precedente: la Corte, con clausola apparentemente di stile, sottolinea la forma societaria dell'ASI (§ 29), desumendone *a contrario* la sussistenza del controllo analogo. Il ragionamento appare contorto, perché l'ASI è una società per azioni, caratterizzata statutariamente (all'epoca dei fatti, prima della riforma del 2003) dall'attribuzione di piena autonomia all'organo amministrativo⁴⁵. Formula che la Corte ha in pas-

(43) CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., § 50; CGCE, sent. *Modling*, cit., § 47.

(44) Cfr. CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §39.

(45) Cfr. l'art. 14, §1 dello Statuto dell'ASI: «l'organo amministrativo [...], è investito di ogni e più ampio potere circa gli atti di amministrazione ordinaria e straordinaria della società, essendo ad esso deferito tutto ciò che per legge o da presente statuto non sia inderogabilmente riservato all'assemblea».

sato usato per escludere la ricorrenza di un «*controllo analogo*»⁴⁶: la Corte la usa in questa sede per escludere non il potere dell'Amministrazione aggiudicatrice, bensì le turbative che allo stesso possano derivare dalla presenza di altri soggetti nel capitale sociale.

La Corte prende atto della molteplicità di poteri asseritamente attribuiti al Comune dalla convenzione, distinguendoli in due categorie: verifica dell'attività tramite «*la nomina di un funzionario comunale incaricato di collaborare, stimolare e controllare l'operato dell'ASI*»; e «*controllo sulla contabilità [...] al fine di assicurare la piena applicazione delle norme di correttezza contabile e delle norme di tutela previste dalla convenzione*» (§25). Tra tutti, viene attribuita rilevanza decisiva alla facoltà di nomina di un «*funzionario comunale incaricato di orientare e controllare l'operato*» dell'ASI (§26; art. 8, §1 della convenzione tra il Comune e l'ASI).

L'esecuzione del contratto di appalto pubblico è gestita principalmente da due figure: una di vigilanza giuridica e l'altra di direzione concreta, cariche eventualmente cumulabili in uno stesso soggetto⁴⁷, entrambe già previste – ma con riferimento al solo appalto di lavori – dalla l. 2248/1865, all. F, e successivamente regolamentate dal R.D. 350/1895. La dottrina ha chiarito che a questi soggetti compete essenzialmente l'esercizio dei diritti-poteri del committente di cui agli artt. 1659 e seguenti del Codice civile⁴⁸. Tracciando brevemente l'evoluzione legislativa in materia, si ricorda solo come le due

(46) Cfr. CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., § 67 lett. e); CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §38, prima parte.

(47) Cfr. già art. 7, c. 4 D.P.R. 554/1999. Cfr. ora artt. 27 e 119, d. lgs. 163/2006.

(48) Questa la posizione in particolare di MANGINI, BRICOLA, *Il contratto di appalto. Il contratto di somministrazione*, UTET 1972, nella collana di W. BIGIAMI (diretta da), *Giurisprudenza civile e commerciale*, p. 140. Nella stessa direzione IUDICA, RUBINO, *Dell'appalto. Art. 1655-1677*, in Commentario Galgano, 189, dove chiarisce che il direttore dei lavori preposto dal committente (obbligatoriamente, nel caso di appalti pubblici) è titolare di tutti i diritti del committente inerenti l'esecuzione dei lavori, salva l'espresa sottrazione di alcuni di essi.

cariche siano state rinnovate con l. 109/94 e il D.P.R. 554/1999⁴⁹ ed infine generalizzate dal d. lgs. 163/2006, che le ha estese anche agli appalti pubblici di forniture e di servizi⁵⁰. Per ciò che qui interessa, il responsabile vigila sulla corretta esecuzione dei contratti (art. 10, c. 1, d.lgs. 163/2006) ed in particolare sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo (art. 7, c. 3, D.P.R. 554/1999; art. 10, c. 3, lett. b, d. lgs 163/2006), nonché di vigilanza sull'appaltatore (art. 8, c. 1, D.P.R. 554/1999); alla figura dirigenziale compete in particolare «*il coordinamento, la direzione ed il controllo tecnico-contabile dell'esecuzione*» (art. 123, c. 1, D.P.R. 554/1999), interloquendo «*in via esclusiva con l'appaltatore in merito agli aspetti tecnici ed economici del contratto*» (art. 124, c. 2, D.P.R. 554/1999) e verificando la regolarità dell'esecuzione delle prestazioni nel rispetto delle clausole contrattuali (art. 125, c. 1, D.P.R. 554/1999). Senza soffermarsi sul problema dell'applicabilità della disciplina del direttore dei lavori e del responsabile del procedimento di appalto di opere pubbliche a contratti diversi stipulati prima dell'intervento del d.lgs. 163/2006, va comunque sottolineato come le due figure fossero note e disciplinate nell'ordinamento come strumenti per l'esercizio dei poteri di cui agli artt. 1659 e ss. c.c. Si deve verificare la sovrapponibilità tra le funzioni di queste figure e quelle attribuite al «*funzionario comunale incaricato di orientare e controllare l'operato*» dell'ASL.

Non sembra esservi alcun dubbio che la Corte si riferisca a poteri e figure diversi da quelli previsti dalla legge italiana in tema di responsabile del procedimento e di direzione dell'appalto. Oggetto e limite dell'attività di questi ultimi è il contratto che li fonda:

(49) Sui quali v. *inter alios* CIANFLONE, GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*⁹, Giuffrè, Milano 2003, 669; DONADEO, PIACENTINI, *L'appalto pubblico di lavori*, UTET, Torino 2004, 27 e 162; BERNARDINI, *La nuova Legge-quadro sugli appalti pubblici*, in *Corr. Giur.*, 1994, 698; Id., *L'applicazione della legge-quadro sui lavori pubblici*, in *Corr. Giur.*, 1995, 1007s.

(50) V. in particolare GAGLIOTI, *Il responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione*, in SAITTA (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, CEDAM, Padova 2008, pp. 105 e ss.; BOTTIGLIERI, *La direzione dell'esecuzione del contratto*, in R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano 2008, 3478; D'AMELIO, *La direzione dei lavori*, in R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (diretto da), *op. ult. cit.*, 3487.

essi non possono estendere le proprie prerogative al di là di questi confini. La Corte è chiara invece nel ribadire che il funzionario dovrebbe avere la possibilità di intervenire attivamente su tutta l'attività dell'impresa diretta affidataria, per essere adeguato per di esercizio del «*controllo analogo*».

Sotto il profilo astratto questa parte della sentenza sembra prestare il fianco a critiche solo per una mancata specificazione. Il funzionario *de quo* si troverebbe a gestire un conflitto potenziale tra Amministrazione aggiudicatrice e altri portatori di interessi (altri eventuali soci, creditori, amministratori): sarebbe stato forse opportuno specificare la necessità che il funzionario preposto all'esercizio dei poteri di controllo avesse dei caratteri di indipendenza rispetto al controllato e a terzi *stakeholders*⁵¹.

In concreto la decisione suscita maggiori perplessità. A meno di non voler attribuire all'art. 8, § 1 della convenzione tra il Comune e l'ASI una portata onnicomprensiva e oltre il suo oggetto, si deve senz'altro ritenere che l'«*operato*» stimolato e controllato dal funzionario comunale sia ciò che la ASI realizza in esecuzione dell'affidamento e, quindi, essenzialmente la prestazione oggetto del contratto. L'«*ufficiale preposto*» altro non sarebbe se non un responsabile dell'esecuzione *ante litteram*. Il che è confermato dalla qualifica di «*dirigente*» che nella clausola 8§3 della convenzione identifica detto funzionario.

Su un piano più generale ciò, unitamente alla considerazione che i poteri già riconosciuti dalla Corte come strumenti adeguati per l'esercizio del «*controllo analogo*» in merito ai «*medios propios*» spagnoli e lo statuto delle aziende speciali sono contenuti in precise disposizioni di legge, porta a ritenere forse inadeguato lo strumento contrattuale per identificare e disciplinare i poteri di un organo preposto al loro esercizio. Sa-

(51) In questo senso anche G. BASSI, *Le determinanti del controllo analogo "in forma collettiva" nell'istituto dell'in house providing*, in *Riv. Trim. App.*, 2009, pp. 431-432, e F. GOISIS, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e suoi confini*, in *Dir. Amm.*, 2008, p. 590.

rebbe forse più opportuno un intervento di tipo imperativo, a livello nazionale e, nel rispetto delle prerogative di auto-organizzazione dei pubblici uffici e della ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni, a livello locale. Ma la CGCE non fornisce indicazioni sul punto.

3.3. Momento valutativo e stabilità del requisito strutturale

Come si è accennato, la giurisprudenza comunitaria sembra ritenere necessario che la partecipazione pubblica totalitaria sia stabile nel tempo, per tutta la durata dell'incarico affidato⁵².

Per la sentenza *ASI*, invece, «*la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria, in considerazione in particolare della forma societaria di quest'ultima, non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula di una convenzione come quella di cui trattasi [...] per concludere che la prima condizione, relativa al controllo dell'autorità pubblica, non sia soddisfatta*» (§ 29, prima parte). La Corte prosegue: devono essere valutate esclusivamente le condizioni esistenti al momento dell'affidamento diretto, per ragioni di certezza del diritto (§ 29, seconda parte); le eventuali «*circostanze particolari*» che potrebbero giustificare la valutazione di fatti accaduti dopo l'assegnazione, quando «*l'apertura del capitale dell'ente interessato a soci privati era prevista sin dall'assegnazione del suddetto appalto pubblico*» (§ 30), avrebbero dovuto essere dimostrate dalla Commissione, il che non sarebbe accaduto.

Con questo passaggio la CGCE rompe in maniera decisa rispetto alla giurisprudenza precedente, che aveva reso il carattere della stabilità elemento intrinseco del requisito strutturale. Tre aspetti sembrano degni di nota: il principio della certezza del di-

(52) V. *supra*, Capitolo 4, §6.2.

ritto che fonda tutta l'argomentazione, la funzione delle «*circostanze particolari*» e il relativo onere della prova, le modalità di acquisizione di detta partecipazione.

Anzitutto la Corte struttura la propria argomentazione sul principio della certezza del diritto. Se esso ha l'indubbia funzione di salvaguardare il traffico economico-giuridico, è anche vero che, a margine, rischia di scontrarsi con il principio funzionalista dell'«*effetto utile*» delle Direttive che ha sostenuto l'argomentazione della Corte nelle sue precedenti pronunce. L'effetto che le Direttive mirano a conseguire è, nelle parole della Corte, la realizzazione della «*libera circolazione dei servizi e l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri*»⁵³. Ciò sarebbe irrealizzabile se fosse permesso alle Amministrazioni aggiudicatrici di eludere i principi comunitari subito dopo l'affidamento diretto dell'esecuzione di una prestazione ad una società interamente partecipata dall'Amministrazione stessa aprendone il capitale agli investimenti privati e quindi attribuendo ai privati-soci una posizione di privilegio per ragioni extraeconomiche⁵⁴. Il principio della certezza del diritto, concretizzato nella valutazione delle circostanze rilevanti al momento dell'affidamento, trovava dunque un suo limite -o, forse, una sua specificazione- nella necessità di assicurare nel tempo l'effetto utile delle direttive. Questo sistema è compromesso dalla pronuncia in commento, che all'opposto afferma la necessità di valutare esclusivamente le circostanze al momento dell'affidamento, salvo che non siano provate «*circostanze particolari*».

Il che permette di arrivare al secondo aspetto. Nella causa *Mödling* la Corte esclude il «*controllo analogo*» per il solo fatto dell'apertura al capitale privato successivamente all'affidamento. Nella vicenda *ANAV* esclude la rilevanza dell'intenzione dichia-

(53) CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., § 44; cfr. anche CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §58; CGCE, sent. *Mödling*, cit., §41.

(54) CGCE, sent. *Mödling*, cit., §42: «*La realizzazione dell'obiettivo perseguito [...], sarebbe compromessa se le autorità aggiudicatrici potessero ricorrere a manovre dirette a celare l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi a società. ad economia mista*». Similmente, CGCE, sent. *ANAV*, cit., §30.

rata, richiedendo l'effettivo ingresso del privato nel capitale sociale. Nella sentenza *Parking Brixen* l'apertura al capitale privato programmata ma non ancora realizzata, ancorché imposta dalla legge, non è ritenuta decisiva ma viene considerata insieme ad altri indizi⁵⁵. La decisione in commento dimentica questi precedenti: l'intenzione di aprire al capitale privato già esistente al momento dell'affidamento, e poi realizzata, non inficia la legittimità dell'affidamento stesso, salvo che chi denuncia l'illegittimità dell'affidamento non provi «*circostanze particolari*». Non viene chiarito quali siano dette circostanze. Inoltre, l'onere della prova va a gravare su chi intende provare l'illegittimità dell'affidamento: in passato l'onere di dimostrare la ricorrenza delle «*circostanze particolari*» giustificanti la deroga all'applicazione delle Direttive, segnatamente la ricorrenza dei due requisiti strutturale e funzionale, gravava su chi intendesse avvalersene⁵⁶. Un diametrico capovolgimento – giustificato forse dal tipo di procedimento in cui il principio è pronunciato⁵⁷ – il cui significato va ben oltre la disciplina processuale: dalla ricerca di un equilibrio tra principio di auto-organizzazione della Pubblica amministrazione e necessità di tutela degli operatori presenti sul mercato, tramite l'imposizione di un obbligo di procedere a gara ogni qual volta la P.A. non riesca a provare che intende affidare l'esecuzione di una prestazione ad una struttura sostanzialmente interna; verso un sistema in cui l'Amministrazione è in principio libera, e spetterebbe a chi ne contesti le modalità di azione di provare l'esistenza di «*circostanze particolari*» che la limitino⁵⁸.

L'equilibrio tra principio di auto-organizzazione e principio di apertura alla concor-

(55) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §67.

(56) Cfr. CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., §46: il passaggio, in realtà, si riferisce alle eccezioni espressamente previste nelle Direttive; tuttavia le successive CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §63, e CGCE, sent. *ANAV*, cit., §26, lo interpretarono nel senso del testo.

(57) La sentenza *ASI* conclude un procedimento di infrazione. Tuttavia CGCE, sent. *Modling*, cit., anch'essa a conclusione di un procedimento di infrazione, menzionando le «*circostanze particolari*» non individua il soggetto gravato dell'onere della prova (§§38-42).

(58) Nello stesso senso VOLPE, *Convergenze parallele?*, cit., p. 1408, per il quale la questione processuale della mancata prova delle «*circostanze particolari*», pur in presenza di un capitale sociale integralmente in mano privata, è il punto più delicato dell'intera sentenza.

renza viene ristabilito, ma con contorni poco chiari.

Ciò sembra confermato dal silenzio tenuto dalla CGCE in merito alle modalità con cui il privato acquisirebbe la sua partecipazione. Non viene richiesta una gara per la scelta del socio privato, né l'adozione di procedure comunque trasparenti o non discriminatorie. Né che il privato accetti una sorta di vincolo di intenti, in rispetto di quanto determinato nella sentenza *Stadt Halle*.

Forzando il dato testuale, si potrebbe integrare la sentenza con quanto stabilito dalla Commissione nella sua Comunicazione sui *PPPI*⁵⁹. Nel documento viene isolata l'ipotesi della «*partecipazione di un partner privato a un'impresa pubblica già esistente che esegue appalti pubblici o concessioni ottenuti in passato nell'ambito di una relazione "interna"*» (§2.2, secondo alinea): sarebbe legittima la continuazione di un rapporto affidato direttamente ad un organismo legato all'Amministrazione aggiudicatrice da una relazione *in house* poi aperto al capitale privato se e soltanto se il socio privato fosse scelto nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione e delle libertà del Trattato, secondo quanto stabilito nella Comunicazione. Quest'ipotesi, rispettosa dei principi del Trattato nell'interpretazione che ne fa la Commissione, sembra coerente con quanto chiarisce la Corte in merito alle «*circostanze particolari*»: solo accadimenti o elementi in fatto eccezionali potrebbero giustificare il venir meno di un affidamento diretto ad una società che avesse già in programma di aprirsi al capitale privato secondo gli schemi dettati dalla Commissione. La prevalenza del principio di certezza del diritto sul raggiungimento degli scopi della Direttiva si spiegherebbe allora in funzione di tutela del programma di affidamento diretto e successiva apertura alle imprese private. Tuttavia, come premesso, questa soluzione forza il dato testuale: la sentenza non menziona alcun obbligo procedurale per la scelta del *partner* privato, né rinvia alla Co-

(59) Commissione CE, Comunicazione *PPPI 2008*, cit.

municazione⁶⁰.

Senza forzare il dato testuale della sentenza, si potrebbe ritenere che la partecipazione privata cui la CGCE si è voluta riferire consista nel «*semplice conferimento di fondi da parte di un investitore privato ad un'impresa pubblica [che] non costituisce un PPPI*»⁶¹, fattispecie espressamente esclusa dall'ambito di applicazione della Comunicazione e non rapportabile, per le sue caratteristiche, ad un PPP contrattuale. Una sorta di partecipazione a scopo di finanziamento senza interesse per la gestione giorno per giorno dell'impresa sociale. Quest'ultima ipotesi permetterebbe di dare rilievo all'anomalia sopra evidenziata, riguardante la forma societaria e l'autonomia dell'organo amministrativo rispetto alla compagine sociale: l'indipendenza dell'organo amministrativo i cui componenti siano comunque tutti nominati dall'ente pubblico e che nelle proprie azioni sia determinato specialmente dall'influenza di un ufficiale pubblico nominato *ad hoc* si riflette nei rapporti con i soci non pubblici, che non potrebbero influire sul suo operato. Una simile possibilità sarebbe ammissibile nel nostro ordinamento nei limiti previsti dall'art. 2351, c. 2, c.c.: prevedendo nello statuto una categoria di azioni con voto limitato o prive del diritto di voto, pari al massimo alla metà del capitale sociale, da offrire agli investitori privati. La preminenza del principio di certezza del diritto sul principio dell'«*effetto utile*» delle Direttive potrebbe essere spiegata sia considerando in funzione di tutela degli interessi degli investitori a non veder vanificato le condizioni che hanno motivato l'investimento con la sopravvenuta illegittimità dell'affidamento diretto; sia perché non viene attribuita alcuna posizione di privilegio alle imprese-soci, che al contrario soffrono il rischio di impresa senza avere una reale possibilità di intervenire nella gestione dell'impresa sociale, e quindi non sarebbe pregiudicato l'«*effetto utile*» delle Direttive. Se anche questo fosse il modello astratto di riferimento, il caso

(60) V. anche DE FALCO, *Affidamenti in house*, cit.

(61) Commissione CE, Comunicazione *PPPI 2008*, cit., §1, terzo a capo.

concreto non sembra perfettamente congruente; infatti il Comune di Mantova dismise alla fine del 2004 la propria partecipazione (v. § 19), lasciando dunque l'intero capitale ai soci privati: la riduzione di ogni categoria di socio al livello di mero finanziatore, per di più esposto al rischio di impresa, non apparirebbe in linea con i principi del diritto societario italiano e comunitario.

Va però nuovamente sottolineato che la vaghezza del testo non permette di propendere né per questa, né per le altre opzioni interpretative.

4. La sentenza *Correos*

Le decisioni *TRAGSA* e *ASI* individuano una tendenza della CGCE all'erosione e contraddizione dei risultati precedentemente elaborati in materia di «*controllo analogo*». La sentenza *Correos* rafforza questa tendenza, intervenendo ulteriormente anche sull'elemento funzionale della fattispecie.

La decisione conclude un procedimento sollevato di fronte alla Corte dall'*Audiencia Nacional* spagnola a seguito del rifiuto, da parte del *Ministerio de Educaciòn, Cultura y Deporte*, di annullare la concessione senza gara di alcuni servizi postali liberalizzati alla *Sociedad Estatal Correos y Telegrafos SA (Correos)*, prestatore del servizio postale universale in Spagna), per il tramite di un accordo concluso 06.06.2002⁶². La domanda di annullamento fu proposta innanzi all'*Audiencia Nacional* dalla *Asociaciòn Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, associazione rappresentativa dei concorrenti di *Correos*; il giudice del rinvio chiese alla Corte di Giustizia di valutare se la concessione senza gara disposta dal Ministero fosse contrario agli artt. 43 e 49 TCE, in combinato disposto con l'art. 86 TCE, nel contesto della libe-

(62) CGCE, sent. *Correos*, cit., §§23 e ss.

ralizzazione postale di cui alle Direttive 96/67/CE e 2002/39/CE⁶³.

La Corte di Giustizia accolse le pretese della Asociación. L'accordo tra Correos e *Ministerio* non è sostanzialmente atto unilaterale del *Ministerio*, ma un contratto vero e proprio. Pertanto la prestazione avrebbe dovuto essere concessa a seguito di procedimento di valutazione comparativa non lesivo degli artt. 43 e 49 TCE, perché il servizio concesso non è riconducibile al servizio postale universale né si può ritenere che la Correos sia sostanzialmente parte dell'organizzazione interna del *Ministerio*, essendo essa impresa attiva sul mercato postale, svolgendo la parte principale della propria attività nei confronti degli utenti del servizio postale (e non nei confronti dello Stato).

4.1. La nozione di «accordo» nella sentenza *Correos*

La Corte inizia il proprio ragionamento facendo riferimento alla nozione di «*accordo*» rilevante per il diritto comunitario del mercato interno. Rinviando alla sentenza *Teckal*, ricorda che si ha accordo per il diritto comunitario solo se la controparte della P.A. gode di un margine di autonomia in merito al se contrattare ed al prezzo (§51). Tuttavia, nota il giudice comunitario, la stessa situazione si verifica anche con riguardo ai comuni clienti privati della Correos: il prestatore del servizio postale universale deve infatti offrire i propri servizi a tariffe fisse o, in ogni caso, trasparenti, a chiunque ne faccia richiesta (nei limiti della sostenibilità economica).

Elemento discriminante tra la fattispecie «*contratto*» ed «*atto/incarico unilaterale*» per la sentenza *Correos* è invece il gravare di obblighi su entrambe le parti: si ha infatti atto amministrativo unilaterale nel caso in cui l'atto di incarico stabilisca obblighi esclu-

(63) Direttiva 97/67/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15.12.1997 *concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio*, in G.U.C.E. 21.05.1998, L 15, pp. 14 e ss.; Direttiva 2002/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10.06.2002, *che modifica la direttiva 97/67/CE per quanto riguarda l'ulteriore apertura alla concorrenza dei servizi postali della Comunità*.

sivamente a carico del destinatario che si discostino sensibilmente dalle «*condizioni normali dell'offerta commerciale*» dello stesso incaricato⁶⁴. Nonostante il silenzio, dal contesto sembra si possa ritenere che le condizioni dell'incarico debbano essere peggiori rispetto a quelle normalmente praticate dal diretto affidatario. Il riferimento indiretto ed implicito sembra al tariffario predeterminato orientato al costo di cui è menzione nella sentenza *TRAGSA*⁶⁵: la controprestazione dovuta dalla P.A. consisterebbe in una mera erogazione a copertura delle spese sostenute dall'affidatario.

Va sottolineato che l'onerosità del contratto per la P.A. è un elemento che nelle Direttive concorre a definire la stessa fattispecie di «*contratto di appalto*»⁶⁶; la Corte e il legislatore comunitario lo hanno utilizzato in particolare per distinguere il contratto di appalto dal contratto di concessione, nel quale il corrispettivo dovuto al concessionario consisterebbe non in un prezzo pagato dalla P.A., bensì nel diritto di gestire l'opera o il servizio concesso, eventualmente accompagnato da un prezzo⁶⁷. Questa distinzione non sottrae comunque le concessioni pubbliche di lavori o servizi alla soggezione ai principi generali del Trattato, né dall'applicazione di alcune disposizioni contenute nelle Direttive del 2004⁶⁸.

Non sembra tuttavia essere questa la nozione di onerosità cui la CGCE fa riferimento nella sentenza *Correos*: ai fini della distinzione tra appalto e concessione l'ac-

(64) CGCE, sent. *Correos*, cit., §54. Il testo spagnolo (facente fede) riporta l'espressione coincidente «*acto administrativo unilateral que impusiera obligaciones exclusivamente a cargo de Correos, acto que se apartaría sensiblemente de las condiciones normales de la oferta comercial de dicha sociedad*».

(65) V. CGCE, sent. *TRAGSA*, §6, che riporta l'art. 4, *Regio decreto* 371/99; v. più diffusamente *supra*, in questo stesso capitolo, §2.

(66) V. ora art. 1, §2, lett. a), Direttiva 2004/18/CE e art. 1, §2, lett. a), Dir. 2004/17/CE; in precedenza v. art. 1, §1, lett. a), Dir. 92/50/CEE; art. 1, §1, lett. a), Dir. 1993/36/CEE; art. 1, §1, lett. a), Dir. 1993/37/CEE; art. 1, §1, n. 4, Dir. 1993/38/CEE.

(67) Questa la definizione in art. 1, §§3-4, Dir. 2004/18/CE, e art. 1, §3, lett. a) e b), Dir. 2004/17/CEE. In giurisprudenza, v. CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §40.

(68) V. a mero titolo d'esempio il Tit. III, Dir. 2004/18/CE per le concessioni di lavori pubblici; art. 18, Dir. 2004/17/CE.

cordo delineato dalla Corte, in cui la controprestazione dovuta all'affidatario si discosti notevolmente dalla offerta commerciale di questi, sarebbe qualificabile appalto, avendo la struttura di una relazione a prestazioni corrispettive in cui la P.A. comunque paga un prezzo ancorché significativamente più basso di quello che sarebbe dovuto in condizioni normali.

Il requisito così delineato ha una triplice rilevanza.

Anzitutto individua un parametro oggettivo al quale misurare le tariffe per la controprestazione dell'Amministrazione al *provider*. L'utilità del parametro risiede nella considerazione dell'effettiva organizzazione interna dell'affidatario e della sua capacità di produrre reddito. D'altronde il riferimento al prezzo praticato dall'offerente, e non a quelli normalmente praticati sul mercato per servizi consimili o che sarebbe economicamente sostenibile, rende il parametro forse troppo elastico. Ciò soprattutto nell'ipotesi in cui il diritto affidatario fosse un monopolista, se il prezzo da esso praticato non fosse allineato al suo costo marginale, ma incorporasse il plusprofitto graficamente rappresentabile nel c.d. triangolo del monopolista.

In secondo luogo, per questo requisito il diretto affidatario strutturalmente dovrebbe agire sul mercato. La frase, difatti, non avrebbe senso se lo stesso organismo non fosse presente sul mercato, in modo tendenzialmente stabile, praticando normalmente prezzi in grado di poter assurgere a parametri sufficientemente certi di confronto per la verifica se un atto sia contratto o atto unilaterale ai sensi del diritto comunitario degli appalti.

In terzo luogo, l'accento sulla controprestazione economica sembra rinviare alla giurisprudenza elaborata in materia di nozione di «*impresa*» ai sensi del diritto *antitrust*: alcuni provvedimenti comunitari, è noto, ravvisano il discrimine tra impresa e, in particolare, P.A. nelle modalità di remunerazione dell'organismo.

Tali caratteri sembrano quasi disegnare una fattispecie diversa ed ulteriore rispetto a quella di *in house providing*: la non applicabilità del *corpus* comunitario in materia di appalti pubblici deriverebbe da caratteri intrinseci dell'atto di affidamento, e non dalla relazione tra Amministrazione aggiudicatrice ed incaricato⁶⁹.

Il tenore della sentenza legittima questa lettura: la Corte analizza inizialmente la sussistenza di un atto unilaterale o di un contratto, nel qual primo caso non sarebbe applicabile la Dir. 92/50/CEE. Successivamente passa in rassegna «*gli altri argomenti adottati [...] per dimostrare che un accordo di collaborazione [...] si sottrae alle norme applicabili in materia di appalti pubblici*»⁷⁰, segnatamente la ricorrenza dei requisiti *Teckal*⁷¹.

Va sottolineato che l'onerosità del contratto per la P.A. è un elemento che concorre a definire la stessa fattispecie del contratto di appalto⁷²; la Corte e il legislatore comunitario lo hanno utilizzato in particolare per distinguere il contratto di appalto dal contratto di concessione, nel quale il corrispettivo dovuto al concessionario consisterebbe non in un prezzo pagato dalla P.A., bensì nel diritto di gestire l'opera o il servizio concesso, eventualmente accompagnato da un prezzo⁷³. Questa distinzione non sottrae comunque le concessioni pubbliche di lavori o servizi alla soggezione ai principi generali del Trattato, né dall'applicazione di alcune disposizioni contenute nelle Direttive del 2004⁷⁴.

Rimane tuttavia significativo l'atteggiamento della Corte, teso a rendere maggior-

(69) Sia permesso il rinvio a D. PIAZZONI, *Teckal contre Correos: émergence d'une nouvelle exception jurisprudentielle à la discipline communautaire des marchés publics?*, in *Revue Lamy de la Concurrency*, 2008, 15, avr.-juin, pp. 60 e ss.

(70) CGCE, sent. *Correos*, §56.

(71) CGCE, sent. *Correos*, §§ 57 e ss.

(72) V. ora art. 1, §2, lett. a), Direttiva 2004/18/CE e art. 1, §2, lett. a), Dir. 2004/17/CE; in precedenza v. art. 1, §1, lett. a), Dir. 92/50/CEE; art. 1, §1, lett. a), Dir. 1993/36/CEE; art. 1, §1, lett. a), Dir. 1993/37/CEE; art. 1, §1, n. 4, Dir. 1993/38/CEE.

(73) Questa la definizione in art. 1, §§3-4, Dir. 2004/18/CE, e art. 1, §3, lett. a) e b), Dir. 2004/17/CEE. In giurisprudenza, v. CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §40.

(74) V. a mero titolo d'esempio il Tit. III, Dir. 2004/18/CE per le concessioni di lavori pubblici; art. 18, Dir. 2004/17/CE.

mente flessibile l'impianto delle Direttive in materia di appalti, nato (e reso dalla successiva interpretazione giurisprudenziale) particolarmente rigido.

4.2. Il problema del requisito funzionale e sussistenza di un diritto esclusivo ex art. 86, §2, TCE (ora 106, §2, TFUE)

Dopo aver rinviato al giudice nazionale per la verifica se le condizioni contrattuali dell'accordo tra Correos e *Ministerio* fossero soddisfatte, la Corte procede all'analisi della relazione tra società e Ministero stesso, per verificare se i requisiti *Teckal* siano soddisfatti. Soprassiede esplicitamente sulla questione se il requisito strutturale sia soddisfatto, constatando invece immediatamente che la Correos non destina la parte più importante della propria attività alla P.A., ma ai clienti del servizio postale (§59). La funzione del secondo requisito *Teckal* è di garantire che la disciplina comunitaria degli appalti sia applicabile nel caso in cui un'impresa, pur se controllata strettamente dalla P.A., sia attiva comunque sul mercato (§62).

L'affermazione si esaurisce nella considerazione della Correos come impresa attiva sul mercato. In astratto determina un problema di compatibilità tra prestazioni effettuate per conto dell'Amministrazione e *in house providing*. Queste ultime strutturalmente si rivolgono ad un insieme indeterminato di soggetti-clienti. Per la Corte, quindi, qualora un soggetto offra le proprie prestazioni per conto della P.A. a terzi clienti – anche se nel contesto di una relazione di diritto pubblico quale quella che lega l'Amministrazione centrale ed il prestatore del servizio postale universale –, ciò impedisce di ravvisare nella relazione tra questo e la P.A. l'elemento funzionale della relazione di *in house providing* tra P.A. e prestatore.

Questa affermazione comporta l'astratta impossibilità di configurare una concessione quale relazione *in house*: la concessione comporta strutturalmente il diritto del

concessionario di sfruttare economicamente il bene o il servizio concessi nei confronti di terzi. La stessa affermazione inoltre rischia di far crollare l'impalcatura dell'art. 113, c. 5., lett. c, d. lgs. 267/2000 italiano, il quale si riferisce espressamente a servizi che gli Enti locali offrono alle proprie collettività.

Il governo spagnolo argomentò che la Correos sarebbe titolare di un diritto esclusivo ai sensi dell'allora art. 86, §2, TCE, per sua natura rapporto esclusivo con la P.A. che concretizzerebbe una relazione più stretta del requisito funzionale della fattispecie *Teckal*, che in esso sarebbe contenuta (§60). La Corte rigettò anche questo argomento, nuovamente chiarendo l'incompatibilità tra l'offerta al pubblico ed il secondo requisito della fattispecie *Teckal* (§62).

La Corte prosegue l'analisi verificando se comunque i servizi affidati dal *Ministerio* alla Correos potessero rientrare nella eccezione di cui all'art. 6, Dir. 92/50/CEE quale attività accessoria ai sensi dell'art. 86, §2, TCE, non contraria al Trattato. Conclude negativamente argomentando unicamente sulla base dello scopo della Direttiva 97/67/CE, di liberalizzazione del settore postale (§§67-68), il quale impedisce che gli Stati amplino a loro piacimento le prestazioni che rientrano nel servizio postale universale⁷⁵. Questo incedere argomentativo, a ben vedere, non esclude però che in altri settori economici, non oggetto di liberalizzazione, in cui si trovi ad operare un'impresa titolare di un diritto esclusivo accordi del tipo di quelli tra Correos e *Ministerio* possano essere considerati leciti ai sensi dell'attuale art. 106, §2, TUE e 25, Dir. 2004/18/CE, purché siano finalizzati a sostenere gli obblighi imposti all'impresa in forza dell'esclusiva stessa.

(75) Sul punto cfr. G. F. FERRARI, *In tema di concorrenza e riserve statali nei servizi postali*, in *Riv. Dir. Comp. Eur.*, 2008, pp. 881 e ss.: la Corte, secondo l'A., ridurrebbe l'autonomia degli Stati e chiuderebbe ed irrigidirebbe la dialettica Stato-mercato che invece l'art. 86, §2, TCE (ora 106, §2, TFUE) aveva lasciato aperto ed elastico. V. *infra*, Capitolo 7.

4.3. Conclusioni sulla sentenza *Correos*

La sentenza *Correos* è particolarmente asistemica rispetto alle precedenti. Per alcuni aspetti, sembra avere un atteggiamento rigido tipico della giurisprudenza comunitaria in materia di *in house providing* prima della sentenza *TRAGSA*, addirittura portando all'esclusione dalla fattispecie di *in house providing* i rapporti di concessione.

Per altri, invece, alimenta la percezione di un diritto comunitario elastico rispetto alle pretese della P.A. Infatti la nozione di «*accordo*» adottata porta ad escludere dall'ambito di applicazione delle direttive tutti i contratti tra P.A. e organismi attivo sul mercato, conclusi a condizioni che si discostino dalla normale offerta commerciale dell'impresa affidataria. Inoltre l'Amministrazione sembra poter profittare della concessione di diritti esclusivi per riservare all'impresa concessionaria spazi privilegiati di operatività con la P.A., nominalmente finalizzati alla tutela dell'esclusiva stessa. Infine, si sottolinea come la illegittimità dell'accordo tra *Correos* e Ministero sia dovuta al non essere la prima qualificabile *in house provider*, *a contrario*, se ne deduce l'ammissibilità per la CGCE dell'ampliamento dell'incarico inizialmente affidato al *provider*, qualora ricorrano i due requisiti.

In sintesi conclusiva sul punto e sulla sezione, da questa sentenza, ma anche da quelle precedentemente analizzate, sembra potersi inferire che la Corte ha abbandonato gradualmente i principi che sorreggevano le pronunce precedenti. Questa sensazione è confermato dalle pronunce in tema di affidamento diretto a società partecipate da più Enti pubblici.

Sezione II

In “condominium” providing

5. Impostazione del problema

Come accennato questa fase della giurisprudenza *Teckal* si caratterizza per l'affrontare il tema del se e come sia configurabile un organismo controllato da più Enti pubblici come se fosse un ufficio proprio di ciascuno di essi: continuando la metafora, la fattispecie come di *in “condominium” providing*. Il problema non era stato affrontato prima dalla Corte di Giustizia, anche forse a causa del tipo di questioni pregiudiziali rivolte.

Il fenomeno si presenta eterogeneo nelle strutture economica e giuridica. Il *provider* comune presenta alcuni caratteri dell'impresa comune concentrativa⁷⁶: la sua esistenza è giustificata dalla dismissione delle attività affidategli dagli Enti locali, per gestirle con un certo grado di autonomia decisionale e strategico al fine di realizzare economie operative e finanziarie. Il problema, dunque, è come un organismo che dovreb-

(76) L'opzione interpretativa di ispirarsi all'elaborazione in tema di antitrust per analizzare le strutture comuni degli Enti pubblici (locali) sembra essere resa lecita dalla constatazione che le Amministrazioni (locali) sono in effetti in reciproca competizione tra loro quanto all'offerta di servizi pubblici anche essenziali: si tratta di uno degli aspetti della c.d. competizione tra ordinamenti. Ricordando brevemente la distinzione tra impresa comune cooperativa e concentrativa: la prima strumento di coordinamento delle attività degli enti che vi partecipano, caratterizzata tradizionalmente dal non essere pienamente operativa e dalla dipendenza dai competitori che tramite essa colludono; la seconda, al contrario, è risultato del coordinamento tra attori economici, che dismettono in parte o totalmente la propria attività in favore dell'impresa concentrativa, la quale opera *full-function* ed in autonomia rispetto agli organismi che vi partecipano.

be essere tendenzialmente indipendente dai propri creatori possa invece essere considerato interno alla loro struttura.

Inoltre, la struttura dell'*in condominium provider* muta secondo il tipo di interessi affidati. Tralasciando il caso della gestione di interessi diversi per P.A. diverse, l'organismo potrebbe offrire lo stesso servizio parcellizzato, ovvero vendere gli stessi beni o costruire opere simili a più Enti pubblici, ottenendo esso stesso i benefici correlati alla dimensione, eventualmente offrendo poi la prestazione ad un prezzo inferiore agli Enti pubblici. L'architettura giuridica che riflette questo tipo di struttura economica sembra quella di un Ente il cui organo decisionale sia relativamente indipendente dalla compagine di coloro i quali ricevono gli effetti positivi dell'attività stessa, e che proprio in ragione di tale distanza hanno preferito far gestire, invece di controllare direttamente, l'attività affidata. Si può dubitare che detta ipotesi rientri – anche in astratto – nella fattispecie degli affidamenti *in house*⁷⁷.

(77) Si tratta dell'ipotesi delle centrali di committenza.

La stessa fattispecie è ravvisabile anche nella vicenda *Risk Management Partners v. Brent LBC* (l'unica a conoscenza di chi scrive in cui l'ordinamento britannico ha affrontato la fattispecie *Tec-kal*): il Consiglio municipale di Brent (così come quello di Harrow), nella periferia londinese, bandì una gara per l'aggiudicazione di servizi assicurativi; la *Risk Management Partners* (RMP) presentò un'offerta, ma il Consiglio decise di affidare il servizio direttamente alla *London Authorities Mutual Ltd* (LAML), assicuratore a capitale pubblico totalitario che offriva servizi di assicurazione con i propri associati, contestualmente all'acquisto di una partecipazione nel capitale della società da parte del Municipio. Gli interessi dei singoli associati avrebbero potuto essere gestiti separatamente da diversi assicuratori senza alcuno svantaggio per alcuno di essi: il plusvalore ottenuto tramite affidamento all'organizzazione comune si riflette sul piano finanziario, non su quello della organizzazione del servizio, garantendo agli Enti-soci un prezzo più basso e un ritorno dal punto di vista degli utili: V. M. DAVIES, *Establishment of the London Authorities Mutual Limited. A Case Study*, London 2006, alla pagina web <http://www.londoncouncils.gov.uk/London%20Councils/Capital%20Ambition/etho070809LAMLRepor.pdf>, visitata da ultimo il 07.12.2009, chiarisce che l'intera operazione della LAML è volta a ridurre i costi assicurativi per gli Enti locali. La LAML si trova così a fruire di un più ampio portafoglio di Enti pubblici assicurati con rischi omogenei, con ciò potendo gestire in modo più efficiente (per sé) i rischi, potendo concedere eventualmente polizze a prezzi inferiori ai propri associati; di fatto, la LAML espande la propria sfera operativa semplicemente ampliando la propria compagine sociale. High Court, Queen's Bench Div., sentenza 22.04.2008, causa CO/4667/2007, *Risk Management Partners Ltd v. The Council of the London Borough of Brent* (LJ Stanley Burnton), §§ 77-79, dichiarò che la decisione di associarsi alla LAML era da considerare «*ultra vires*», perché comportava di fatto l'assunzione di rischi tipici dell'assicuratore in capo al Municipio di Brent. In altro separato giudizio (High Court, Queen's Bench Div., sentenza 16.05.2008, cause riunite C1/2008/1091 e C1/2008/1082, *Risk Management Partners Ltd v. The Council of the London Borough of Brent*), LJ Burnton analizzò la giurisprudenza comunitaria pertinente al fine di individuare il contenuto dei caratteri della fattispecie (§§ 14-42),

In altra ipotesi, il diretto affidatario gestisce interessi che il singolo Ente potrebbe perseguire in modo individuale, ma che se gestiti insieme ad altri consimili generano economie positive e plusvalore correlato alla dimensione per l'Ente affidatario⁷⁸. La frammentabilità degli interessi coinvolti permette che la singola P.A. possa manifestare interesse maggiore alla gestione di quanto di propria competenza, e minore a quanto di competenza altrui.

L'operazione può essere giuridicamente architettata ad esempio con schemi consortili, garantendo a ciascun consorziato l'uso dell'infrastruttura del consorzio con poteri di tipo dominicale, per quanto di ragione⁷⁹. Lo schema societario *tout court*, non corretto da schemi di gestione parcellizzata degli interessi, comporta la *reductio ad unum* degli interessi sociali che si contrappongono in assemblea e negli organi amministrativi: esso sembra inadeguato fintantoché non esista un'espressa opzione delle P.A. che vi partecipano a rendere collettivo l'interesse gestito, rinunciando ad una sua gestione

soffermandosi anche sul problema della configurabilità della «*controllo analogo*» plurisoggettivo – necessario per determinare se la LAML potesse o meno essere considerato *in house provider* dei consorziati Municipio di Brent e Municipio di Harrow – ma rinviando alla futura decisione della CGCE *Coditel Brabant* senza prendere posizione definitiva (§§ 40-42); verificato che la giurisprudenza *Teckal* è parte del diritto inglese (§§ 44-65) e che il caso *de quo* consistesse nella verifica del ricorrere degli elementi enucleati dalla CGCE (§§ 66-68), a *High Court* nega la sussistenza del requisito strutturale in ragione della natura schiettamente imprenditoriale della LAML e del grado di indipendenza di questa rispetto agli associati (§ 78). Entrambe le decisioni furono confermate in appello: Court of Appeal, *Brent LBC v. Risk Management Partners Ltd*, 09.06.2009 (op. LJ. Pill) [2009] EWCA Civ 490. Su di essa, v. l'analisi critica di S. TAYLOR, *Court of Appeal and ECJ beg to differ on legality of shared service arrangements: Brent LBC v Risk Management Partners (the LAML case) and Commission v Germany*, 16.06.2009, www.wragge.com, dove compara la maggiore flessibilità garantita dalla CGCE, sent. *Sächsishe Landkreise*, cit., alla rigidità della Court of Appeal nell'ammettere l'associazionismo intercomunale. A seguito della decisione, essendo venuta meno la legalità delle partecipazioni degli Enti locali, la LAML è stata posta in liquidazione.

(78) V. ad es. Cons. Stato, sentenza 09.03.09, n. 1365, sull'affidamento diretto alla Penisola Verde S.p.A. del servizio raccolta rifiuti solidi urbani da parte del Comune di Meta, socio di minoranza; in precedenza, v. sulla stessa fattispecie TAR Campania, sent. *Penisola verde*, ult. cit.: la ricorrenza del «*controllo analogo*» è esclusa in presenza di un mero potere di veto esercitato all'interno di un patto parasociale dai Comuni di minoranza, che non si traduca in un meccanismo che «*possa consentire anche ai Comuni di minoranza di poter efficacemente gestire il servizio e ciò sia attraverso un'attività di vero e proprio controllo – intesa come verifica periodica della gestione – sia mediante la previsione di efficaci poteri decisionali tesi ad assicurare il regolare svolgimento del servizio pubblico locale di cui i predetti enti proprietari restano sempre i titolari e come tali responsabili*».

(79) M. COMBA, *L'affidamento ad organismo in house in caso di pluralità di soci: i vantaggi dell'ipotesi consortile per il controllo analogo*, in *Urb. e App.*, 2008, pp. 549 e ss.

semplicemente comune.

Infine, l'organismo potrebbe gestire interessi omogenei degli Enti che ne fanno parte, i quali non potrebbero essere perseguiti se non in modo sintetico ed aggregato. In generale, l'ipotesi è quella delle infrastrutture fisiche comuni (di rete e non) o dei servizi che non possono essere gestiti separatamente per gli effetti negativi che la gestione parcellizzata comporta; in alcuni casi, al di là della predisposizione di meccanismi associativi obbligatori, gli ordinamenti prevedono una disciplina imperativa analitica per il coordinamento disaggregato di chi vanta interessi di rilievo. Ad esempio: la gestione del servizio idrico integrato⁸⁰ o di rete di distribuzione elettriche o di gas; la costruzione e gestione di una centrale di smaltimento rifiuti.

La struttura degli interessi in gioco sembra rendere fruibile sia lo schema consortile, sia quello societario.

6. In condominium providing nelle direttive comunitarie e nella precedente giurisprudenza *Teckal*

Le direttive comunitarie in materia di appalti conoscono sin dalle proprie origini il fenomeno del coordinamento tra Amministrazioni aggiudicatrici: prevedono altresì che l'istituzionalizzazione del fenomeno fosse assoggettata alla disciplina degli appalti pubblici in quanto «*associazione*», qualificata a sua volta «*Amministrazione aggiudicatrice*»⁸¹. Non chiariscono, però come debba essere disciplinato il conferimento di poteri e

(80) V. per l'Italia ad es. Cons. Stato, sentenza n. 5082/2009.

(81) V. inizialmente art. 1, lett. B), e All. I, Dir. 1971/305/CEE, per i lavori pubblici, e art. 1, lett. B), e All. I, Dir. 1977/62/CEE, per le forniture pubbliche, che qualificano tali solo le «*associazioni di diritto pubblico costituite dagli Enti pubblici territoriali come le associazioni di comuni, i consorzi intercomunali, i Gemeindeverbaende*». Successivamente, l'art. 1, §1, lett. a), Dir. 1990/531/CEE, poi trasposto nell'art. 1, §1, lett. b), Dir. 1993/38/CEE e nell'art. 2, §1, lett. a), Dir. 2004/18/CE, per i c.d. settori esclusi, assoggetta alle proprie disposizioni tutte le «*associazioni costituite da uno o più di tali enti territoriali o enti di diritto pubblico*»; l'espressione viene codificata negli art. 1, lett. b), Dir. 1992/50/CEE, art. 1, lett. b), Dir. 1993/36/CEE, che qualificano Amministrazioni aggiudicatrici «*le associazioni costi-*

responsabilità dagli Enti associati all'associazione, se esso debba essere considerato fatto meramente organizzativo o atto esecutivo. Dalla qualificazione deriva l'assoggettabilità o meno dell'atto alle direttive comunitarie in materia di appalti.

La giurisprudenza comunitaria si è inconsapevolmente interrogata sul punto. Nella sentenza *Teleaustria* la Corte di Giustizia ha chiarito che anche agli accordi tra Enti pubblici, se ne ricorrono i presupposti, debbono essere assoggettati alla disciplina posta dalle direttive⁸²; la Commissione iniziò pertanto ad interessarsi alla cooperazione tra Enti locali, chiedendo con parere motivato spiegazioni alla Francia in merito alla possibilità, per gli Enti locali francesi, di mettere i propri servizi a disposizione delle strutture di cui sono membri senza previa procedura di gara⁸³.

Nella sentenza *Sächsische Landkreise*⁸⁴ la CGCE ha esaminato l'accordo con il quale quattro Comuni della Bassa Sassonia hanno concordato direttamente con il servizio della nettezza urbana di Amburgo che questo, dietro pagamento di un prezzo, riservasse loro la capacità di 120.000 tonnellate in un costruendo termovalorizzatore a fronte del pagamento di un prezzo e di altri obblighi di assistenza accessori. La Corte ha chiarito che tale accordo non viola il diritto comunitario degli appalti, perché da ascrivere alla categoria della semplice cooperazione intercomunale (§38), incoraggiata nello specifico settore della gestione dei rifiuti solidi urbani dallo stesso diritto comuni-

tuite da detti enti od organismi di diritto pubblico»; l'art. 1, lett. b), Dir. 1993/37/CEE, però, restringe l'ambito della categoria alle «associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o di tali organismi di diritto pubblico». Quest'ultima nozione (che esclude dal proprio ambito le associazioni tra Enti pubblici non territoriali e, forse, tra Enti pubblici territoriali e Enti pubblici non territoriali – salvo poi ricomprenderle nell'elastica nozione di «organismo di diritto pubblico», ma con tutt'altro onere probatorio) è stata ricodificata nell'art. 1, §9, Dir. 2004/18/CE, a mente del quale «si considerano «amministrazioni aggiudicatrici» [...] ,e associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico»

(82) CGCE, sentenza 07.12.2000, causa C-324/98, *Teleaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH/ Telekom Austria AG*.

(83) V. V. R. NOGUELLOU, *Intercommunalité, délégation de maîtrise d'ouvrage publique et droit communautaire*, alerte n. 27 in *Dr. Adm.*, 2007, alerte n. 27 in *Dr. Adm.*, 2007.

(84) CGCE, sentenza 09.06.2009, causa C-480/06, *Commissione/Germania (Sächsische Landkreise)*.

tario (§39): l'accordo non concerne né la costruzione né la gestione dell'impianto di termovalorizzazione, che dovrà essere oggetto di altri e diversi contratti di appalto, ma solo il quadro giuridico complessivo di diritto pubblico all'interno del quale gestione e costruzione di porranno (§44).

La dottrina in atto dominante, soprattutto di lingua francese, sembra interpretare la sentenza nel senso di permettere *tout court* la cooperazione tra Enti pubblici (locali), in forza del loro particolare oggetto⁸⁵. Questa posizione si fonda sul frequente richiamo nella motivazione al perseguimento di interessi generali e di servizio pubblico, che si manifesta in tali contratti.

Si può però notare che, vertendo il procedimento in materia di prestazione di servizi tra i *Landkreise* (quale la reciproca assistenza nello smaltimento di rifiuti), se fulcro argomentativo fosse stato l'oggetto del contratto la Corte avrebbe probabilmente richiamato l'art. 6, Dir. 92/50/CEE, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie, che esclude in via eccezionale dall'obbligo di gara gli appalti di servizi volti al perseguimento di interessi di carattere economico generale conclusi tra Amministrazioni aggiudicatrici; va al riguardo sottolineato che la Germania invocò l'art. 86, §2, TCE (di cui l'art. 6, Dir. 92/50/CEE costituisce un'applicazione)⁸⁶: la CGCE non ha motivato né argomentato sul punto. Inoltre, nella sentenza è richiamato il perseguimento di interessi generali non per giustificare il non assoggettamento degli accordi interamministrativi al diritto delle direttive, ma solo per chiarire la libertà di scelta delle P.A. quanto agli strumenti con cui attuare le proprie funzioni.

(85) Così F. LICHÈRE, *Note à CJCE, 9 juin 2009, aff. C-480/06*, e F. LINDITCH, *La Cour de justice des Communautés accepte les prestations inter-collectivités dès lors qu'elles traduisent une véritable démarche de coopération*, in *Sem. Jur. - Adm. Coll. Terr.*, 44, 26.10.2009, pp. 2248 e ss. R. NOGUELLU, *La coopération entre collectivités publiques et le droit communautaire*, in *Dr. Adm.*, 7, Juillet 2009, alerte n° 26; Ph. PROOT, *Coopération et mutualisation de services*, in *Sem. Jur. - Adm. Coll. Terr.*, 27, 29.06.2009, pp. 2158 e ss.

(86) V. al riguardo soprattutto CGCE, sent. *Correos*, cit., §§64 e ss.

La decisione sembra invece porre la distinzione tra atti di organizzazione e atti dell'organizzazione: l'accordo con il quale le P.A. fissano il quadro all'interno del quale si svolgeranno successive attività, coordinandosi reciprocamente senza individuare le successive modalità esecutive, sfugge alle maglie della disciplina comunitaria degli appalti pubblici. Quest'ultima si occupa esclusivamente degli atti di gestione, regolandoli in modo che non ostino alla creazione di un mercato unico in cui la concorrenza non sia distorta. Questo criterio è reso esplicito dalla Corte stessa⁸⁷; uno dei commentatori sopra citati lo richiama, indicando come nell'ordinamento francese il Conseil d'Etat andasse orientandosi distinguendo tra atti di mera organizzazione del servizio pubblico ed atti di esecuzione, ma non lo approfondisce⁸⁸. Il criterio è inoltre concretizzazione dello stesso principio di cui la giurisprudenza *Teckal* costituisce altra applicazione: l'attività di auto-organizzazione della Pubblica Amministrazione non rileva per il diritto comunitario.

Questo criterio sembra criticabile. Gli atti degli Enti pubblici hanno una forte connotazione finalistica (al di là del rilievo se essa rientri o meno nella disciplina dell'atto, o rimanga invece sul piano dei motivi): porre una distinzione tra atti di organizzazione e atti di gestione in un contesto in cui i primi sono finalizzati e giustificati alla luce dei secondi potrebbe condurre a risultati abnormi. La difficoltà potrebbe essere superata applicando il principio funzionalista comunitario: deve essere valutata non solo la finalità dell'atto, ma anche i suoi effetti. Il criterio può dunque essere riformulato nel senso che sfuggono alle maglie del diritto comunitario degli appalti (ed ai principi sottesi) quegli atti che hanno per oggetto e per effetto la sola organizzazione del contesto (giuridico, economico, materiale) all'interno del quale saranno gestiti futuri appalti o concessioni,

(87) CGCE, sent. *Sächsische Landkreise*, cit., §§24 e 44 e ss.

(88) LINDITCH, *La Cour de Justice*, cit. L'A. Precisa che un orientamento simile è presente anche nella giurisprudenza amministrativa francese: Conseil d'Etat (France), parere 23.10.2003, *Jean Moulin*; TA Pau, 06.01.2009, n° 081005, in *AJDA*, 2009, p. 929.

senza provvedere direttamente all'esecuzione delle future prestazioni o pregiudicare alcuna modalità per il loro svolgimento.

Applicandolo il criterio al caso che qui interessa, si può trarre la seguente conclusione: per il diritto comunitario non rileva la creazione di una struttura corporativa da parte di più Amministrazioni pubbliche, o l'atto con il quale un Ente pubblico si associa alla corporazione, se questo non comporta altresì l'affidamento di compiti esecutivi. Quest'ultimo ricade nell'ambito delle direttive, salvo che non ricorrano i requisiti *Teckal* i quali, come si è accennato, riporterebbero logicamente l'atto nella sfera dell'auto-organizzazione.

L'ipotesi di un *provider* comune a più Enti è nota alla Corte di Giustizia fin dall'inizio dell'elaborazione in materia di *in house providing*. La sentenza *Teckal* aveva ad oggetto la relazione tra il Comune di Viano ed un'azienda consortile multicomunale, l'AGAC⁸⁹; nella vicenda *CoNaMe* si discusse della legittimità dell'affidamento diretto alla Padania Acque S.p.A. del servizio di manutenzione, conduzione e sorveglianza della rete di gas metano nel territorio del Comune di Cingia de' Botti, all'indomani dell'acquisto da parte di questo di una partecipazione pari allo 0,97% nel capitale sociale⁹⁰; la TRAGSA è partecipata da più Enti locali, oltre che dallo Stato.

Il problema della ricorrenza della fattispecie *Teckal* con riguardo ad entità compartecipate da più P.A. si è posto esclusivamente con riguardo al requisito strutturale: l'elemento della «*destinazione prevalente*» è facilmente riferibile, sin dalla sua prima formulazione testuale, ad uno o più Enti.

La possibilità di configurare un «*controllo analogo*» plurisoggettivo è lasciata aper-

(89) V. CGCE, sentenza 18.11.1999, causa C-108/98, *Teckal s.r.l./Comune di Viano + AGAC*. V. anche le considerazioni dell'Avvocato generale G. COSMAS, Conclusioni rassegnate nella causa C-107/98, *Teckal S.r.l./Comune di Viano + AGAC*, pres. Il 01.07.1999, §61.

(90) CGCE, sentenza 21.07.2005, causa C-231/03, *Consorzio Nazionale Aziende Metano (Coname)/Comune Cingia de' Botti + Padania Acque S.p.A.*

ta dalla sentenza *Parking Brixen*, la quale ammette che il potere esercitato dall'Amministrazione aggiudicatrice sul diretto affidatario – purché effettivo, e cioè in grado di impedire concretamente le deviazioni – possa essere anche mediato o discontinuo⁹¹. Il carattere della potenzialità ha la funzione di coordinare le prerogative delle Amministrazioni nei confronti del controllato: il potere dell'una diventerebbe recessivo nel momento di esercizio concreto del potere dell'altra, nell'ipotesi in cui l'*in house provider* fosse istituzionalmente deputato a perseguire interessi omogenei disaggregati di più Enti pubblici; oppure si attualizzerebbe solo insieme al potere dell'altra, nell'ipotesi di gestione di interessi omogenei aggregati; o, infine, si concretizzerebbe solo nella sintesi con il potere dell'altra, in ipotesi di gestione di interessi collettivi.

La disciplina del passaggio da potenzialità a esercizio attuale del potere, disgiuntamente o congiuntamente, sembra dunque collocarsi a livello di rapporto tra Amministrazioni⁹², più che tra Amministrazioni e *in house provider*. Ma la Corte di Giustizia non sembra aver considerato questo aspetto.

Le sentenze sopra citate hanno discusso della relazione tra un socio e l'entità (com)partecipata da questo: se il diretto affidatario compartecipato da più Amministrazioni aggiudicatrici possa essere considerato interno ad una sola tra esse, dedicato al perseguimento dell'interesse di questa o anche di altre Amministrazioni, ma in modo frazionato e disgiunto. Nella sentenza *TRAGSA*, in particolare, viene espressamente riconosciuto il potere delle quattro *Comunidàdes autonòmas* di disporre della TRAGSA

(91) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., richiede difatti la «possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti» dell'affidatario (§65), non l'effettiva costante influenza. Come chiarito nel precedente capitolo, la formulazione permette sia di tracciare il significato di «*analogia*» rispetto al potere esercitato dall'Amministrazione sui propri uffici, che è cogente e persistente, sia di chiarire che al *provider* è comunque concesso un margine di autonomia nelle proprie gestione ed organizzazione. V. anche F. BOTTEON, *Il "controllo analogo" a maggioranza: controllo sempre meno "analogo"*, in *Contr. St. Enti pubbl.*, 2009, p. 41: rileva l'A. che né la CGCE, né i giudici nazionali richiedano mai un *dovere* di interferenza nelle decisioni del *provider*, ma solo un *potere*.

(92) In dottrina l'argomento è stato solo accennato, da quel che risulta, da M. COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. Comm.*, 2008, I, p. 653.

come «*medio proprio*» di ciascuna⁹³. La fattispecie è riportabile alla prima delle ipotesi sopra individuate: gestione di interessi omogenei disaggregati di più Enti pubblici. La peculiarità della fattispecie è rinvenibile nel meccanismo escogitato dall'ordinamento spagnolo, che permette la configurabilità di un meccanismo esclusivo contemporaneamente in capo a più soggetti.

Fino alla sentenza *Coditel Brabant*, invece, non è affrontata espressamente l'ipotesi del diretto affidatario che sia strumento di più Amministrazioni aggiudicatrici congiuntamente, dedicato al perseguimento di un interesse comune o di un loro interesse collettivo o, infine, di un interesse individuale, che però trova miglior soddisfazione se coordinato con altre esigenze consimili di altri soggetti.

7. La sentenza *Coditel Brabant*

7.1. Fatti di causa e decisione di rinvio

Nella sentenza *Coditel Brabant*⁹⁴ era in contestazione la decisione del Comune belga di Uccle di affidare alla *Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé)* il servizio di teledistribuzione comunale. L'affidamento intervenne all'esito di un percorso abbastanza lungo: il Comune di Uccle, divenuto proprietario della propria rete di distribuzione del segnale televisivo nel proprio territorio⁹⁵, decise prima di concederla in sfruttamento tramite gara (al cui bando risposero quattro società); ri-

(93) CGCE, sent. *TRAGSA*, cit., §§ 60-61.

(94) CGCE, sent. *Coditel Brabant*, cit.; si precisa che si tratta dell'unica fattispecie emersa giudizialmente nell'ordinamento belga in merito all'*in house providing*.

(95) Si legge in Conseil d'Etat (Belgique), sentenza 02.07.2007, n° 173.079, reperibile all'indirizzo <<http://www.raadvst-consetat.be/Arrets/173000/000/173079.pdf#xml=http://www.raadvst-consetat.be/apps/dtsearch/getpdf.asp?DocId=10111&Index=c%3a%5csoftware%5cdtsearch%5cindex%5carrets%5ffr%5c&HitCount=1&hits=15a4+&012174120091513>>, di sollevazione della questione pregiudiziale di fronte alla Corte di Giustizia CE, che la rete fu venduta al Comune dalla Coditel Brabant SA, cui era stata affidata in concessione la costruzione e lo sfruttamento dal 1969. L'acquisto intervenne in data 28.10.1999, con effetto a far data dal 01.01.2000, ad un prezzo determinato di comune accordo tra le parti.

nunciata la concessione⁹⁶, decise di venderla invitando a presentare offerte; cinque società manifestarono interesse all'acquisto.

La associazione intercomunale Brutélé, invece, propose al Comune di Uccle di associarsi: la rete sarebbe rimasta in proprietà del Comune, ma integrata nella più vasta infrastruttura già gestita dalla Brutélé ed appartenente agli altri Enti locali associati (con ciò aumentando sensibilmente il valore della proprietà comunale, in caso di vendita); la Brutélé avrebbe offerto una serie di servizi particolarmente vantaggiosi al Comune, sia in termini di gestione, sia con riguardo al potenziamento della rete con investimenti volti a sfruttare la (allora) emergente convergenza tecnologica dei mezzi di comunicazione; in particolare, la Brutélé avrebbe predisposto un sistema separato di amministrazione di detti servizi secondo una logica multidivisionale, in cui l'Ente locale avrebbe avuto un ruolo determinante, distribuito al Comune parte dei proventi derivanti dallo sfruttamento della rete in sua proprietà⁹⁷, e garantito al Comune la possibilità di recesso unilaterale *ad nutum*. Venne preferita quest'ultima soluzione: il 23.11.2000 il Consiglio municipale decise di rinunciare alla gara⁹⁸ e di associarsi alla Brutélé⁹⁹.

La Coditel Brabant SA, precedente proprietario della rete che aveva presentato of-

(96) La rinuncia, si evince da Conseil d'Etat (Belgique), sent. 173.079/07, cit., §§9-10 intervenne nel mese di maggio, dopo aver sollecitato e ricevuto offerte "esplorative" di acquisto dalla quattro società che presentarono offerte al bando per la concessione.

(97) La Brutélé offrì in particolare 1. una rendita fissa pari al 10% degli abbonamenti – su base di 31.000 abbonati a 3.400 BEF annuali l'uno; 2. pagamento pari al 5% del volume di affari da parte di Canal + e Bouquet (altro operatore televisivo a pagamento) sulla rete di Uccle; 3. ristorno dell'integralità delle attività collegate ai servizi complementari.

(98) La motivazione che si legge nella delibera consiliare è di carattere squisitamente economico: su cinque offerte presentate, l'unica valida era della Coditel Brabant, che offriva però un prezzo sensibilmente inferiore all'offerta di acquisto che la stessa società aveva effettuato il 02.05.2000 (da 1.525.000.000 BEF a 750.000.000 BEF); v. Conseil d'Etat (Belgique), sent. 173.079/07, cit., §§9-10.

(99) La decisione consiliare si basa su un triplice ordine di motivi: economico-contabile (dominante e ribadito all'inizio e alla fine), considerando che, nel lungo periodo, l'offerta Brutélé avrebbe garantito un ritorno molto più alto della vendita o di altre ipotesi, e che in ogni caso la gestione da parte della Brutélé avrebbe fatto salva e anzi potenziato (sia per l'integrazione in rete più vasta, sia per gli investimenti promessi) la possibilità per il Comune di cedere a titolo oneroso la rete; gestionale, per i particolari poteri amministrativi garantiti all'Ente locale; di servizio pubblico, sempre in forza dei poteri amministrativi particolarmente penetranti garantiti.

ferte ad entrambi i bandi, contestò la decisione di fronte al Consiglio di Stato belga¹⁰⁰. Il giudice nazionale qualificò come concessione la decisione di associazione: ancorché rispondente al miglior interesse del Comune, avrebbe dovuto essere oggetto di valutazione comparativa tramite gara¹⁰¹, salva l'applicazione della fattispecie *Teckal*¹⁰². Pur essendo propensa ad accogliere il ricorso della Coditel Brabant, il Consiglio rimise tre questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia, non ritenendo chiaro il contenuto dei requisiti *Teckal* con riguardo al caso di specie¹⁰³: 1. se un Comune potesse, senza procedura di gara, associarsi ad una associazione intercomunale in vista del trasferimento a questa della gestione della propria rete di telecomunicazione, considerando che l'associazione svolge la parte essenziale della propria attività nei confronti degli Enti pubblici associati, e che le decisioni strategiche vengono prese dall'organo amministrativo, composto però da delegati degli Enti-associati; 2. se il potere esercitato per il tramite degli organi statutari potesse configurare il «*controllo analogo*» richiesto dalla giurisprudenza comunitaria; 3. se il potere dovesse essere esercitato individualmente dal singolo associato, o anche insieme ad altri associati, eventualmente a maggioranza¹⁰⁴.

7.2. La decisione della Corte di Giustizia CE

Tre elementi sono determinanti per verificare la ricorrenza del «*controllo analogo*»

(100) La Coditel Brabant SA impugnò, per la precisione, la decisione del Consiglio comunale di rinunciare alla gara, la delibera di associarsi alla Brutélé, la delibera di non opposizione all'associazione da parte degli Enti già associati e, infine, il nulla-osta del *Ministre-Président de la Région de Bruxelles-Capitale*; il Consiglio di Stato considerò ricevibili esclusivamente le impugnazioni delle prime due delibere: v. Conseil d'Etat (Belgique), sent. 173.079/07, cit., §§10 e ss. (in fatto) e capitolo "in diritto", sull'ammissibilità dell'impugnazione, pp. 10-11.

(101) Conseil d'Etat (Belgique), sent. 173.079/07, pp. 12-13.

(102) Conseil d'Etat (Belgique), sent. 173.079/07, p. 13.

(103) Conseil d'Etat (Belgique), sent. 173.079/07, p. 15, ult. cpv. dell'argomentazione in diritto.

(104) Conseil d'Etat (Belgique), sent. 173.079/07, art. 3; G.U.C.E., 08.09.2007, C 211/27-28. Per una critica delle domande pregiudiziali sollevate, v. W. ZIMMER, "In house" et intercommunalité, in *Contrats et Marchés Publics*, 2, Fév. 2009, comm. 34: né il giudice *a quo*, né la Corte colgono e analizzano il fatto che la procedura principale ha ad oggetto la vendita, non l'acquisto di una rete, perdendo così l'occasione di chiarire come il diritto comunitario qualifichi tali operazioni.

nel caso di specie, in linea con la precedente giurisprudenza: la titolarità del capitale del controllato, la composizione dei suoi organi decisionali ed il potere riconosciuto all'organo di amministrazione¹⁰⁵. Assume rilievo decisivo la circostanza che la Brutélé fosse assoggettata ad una disciplina speciale, posta dalla *Loi relative aux intercommunales* belga¹⁰⁶: l'assemblea e l'organo amministrativo sono entrambi composti di delegati di ciascun Ente locale associato, che esercita dunque un potere diretto sulle decisioni di detti organi; la Brutélé, in forza di legge e di statuto, non si prefiggerebbe il perseguimento di interessi diversi da quelli degli Enti associati¹⁰⁷; inoltre grazie alla struttura divisionale ogni singolo Ente pubblico perviene a gestire quasi direttamente il servizio che lo interessa¹⁰⁸. Infine la Corte di Giustizia chiarisce che i Comuni, per il perseguimento delle proprie missioni di servizio pubblico, possono associarsi e creare una struttura comune¹⁰⁹; in tal caso il «*controllo analogo*» può essere esercitato congiuntamente, anche con decisioni assunte a maggioranza¹¹⁰ negli organi statutari plenari e tramite di essi congiuntamente con altri Enti pubblici, e/o eventualmente negli organi speciali ed afferenti ad una singola divisione¹¹¹.

La sentenza riconosce esplicitamente, per la prima volta, la possibilità di configurare un «*controllo analogo*» plurisoggettivo congiunto. I commentatori hanno colto nella sentenza principalmente questo aspetto, approvando l'apertura anche “politica” della CGCE all'associazionismo intercomunale¹¹² (per la verità mai osteggiato dal diritto co-

(105) CGCE, sent. *Coditel Brabant*, cit., §29.

(106) *Loi relative aux intercommunales*, 22.12.2006, *Moniteur belge* 26.06.1987 pp. 9909 e ss.

(107) CGCE, sent. *Coditel Brabant*, cit., §38.

(108) CGCE, sent. *Coditel Brabant*, cit., §§ 14 e 40.

(109) CGCE, sent. *Coditel Brabant*, cit., §49.

(110) CGCE, sent. *Coditel Brabant*, cit., §54.

(111) CGCE, sent. *Coditel Brabant*, §41.

(112) Così BASSI, *Le determinanti*, cit., pp. 435-437; R. CARANTA, *Commentaire*, in *Droit Adm.*, 2, Fév. 2009, comm. 22; G. F. FERRARI, *Affidamento di servizi pubblici locali: la Corte apre la strada al consorzio tra Comuni*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2009, I, pp. 354 e ss.; A. SÉE, *Les contrats passés entre les personnes publiques et les structures de coopération intercommunales peuvent bénéficier de l'exception in house*, in *Contrats Concurrence Consommation*, 2009, Fév., n°2, chron. 1;

munitario), sottolineando qualcuno altresì che la Corte ha ammesso il diritto di ripensamento dell'Ente locale quanto alla gestione dei propri servizi pubblici¹¹³. Altri più correttamente ha rilevato come la cooperazione intercomunale non sia assoggettata all'obbligo di evidenza pubblica solo se risponda ai requisiti *Teckal*¹¹⁴. Qualcuno ha infine sottolineato come la decisione ponga in primo piano il problema del contenuto del «*controllo analogo*»¹¹⁵.

La Corte di Giustizia attribuisce rilievo alla circostanza della specialità strutturale del tipo «*association intercommunale*» belga: sono decisive 1) l'insuscettibilità formale della Brutélé di perseguire interessi (imprenditoriali) propri; e 2) la capacità del singolo Ente di poter influenzare direttamente le decisioni dell'associazione Brutélé in assemblea, in Consiglio di Amministrazione e in seno alla singola divisione di pertinenza, in forza di poteri non collegati alla partecipazione al capitale e non riconducibili alla semplice cura di interessi economici. In questa prospettiva rileva l'interesse del singolo associato, capace in qualche modo di prevalere sugli altri: la struttura è del controllo congiunto, non collettivo; la logica sembra quella della sentenza *TRAGSA*. Tuttavia architrave della fattispecie è la capacità di tale interesse di divenire recessivo, quando esercitato in seno ad organi che decidono con il meccanismo della maggioranza.

Complice forse la specialità del tipo e la ricorrente affermazione che la Brutélé non avrebbe alcuna vocazione di mercato¹¹⁶, il «*controllo analogo*» viene ravvisato nel solo particolare atteggiarsi della struttura associativa: non interviene alcun elemento esterno, come invece nelle sentenze *TRAGSA* e *ASI* e come poteva inferirsi dalla pronunce

(113) ZIMMER, *Intercommunalité*, cit.

(114) Così esplicitamente F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, *Le "in house" au secours de l'intercommunalité*, in *Contrats et Marchés publics*, 1, Janv. 2009, rep. 1.

(115) LEGGIADRO, *Affidamento in house*, cit., p. 299; BOTTEON, *Controllo sempre meno "analogo"*, cit.

(116) L'espressione utilizzata nel testo in lingua francese è «*vocation de marché*» (§36), o «*caractère commercial*» (§37), tradotte entrambe in italiano con l'aggettivo «*commerciale*», per alcuni versi fuorviante, stante il differente significato che l'aggettivo assume nei due ordinamenti.

precedenti, a rafforzare tali caratteri. Per la prima volta si ammette non solo il «*controllo analogo*» plurisoggettivo, ma anche e soprattutto la sua capacità di essere espresso in strutture squisitamente organizzative¹¹⁷.

La non-vocazione di mercato della Brutélé sembra fondarsi su dati prettamente formali: il non essere una società di capitali, l'essere la composizione degli organi dettata da ragioni di democrazia non capitalistica e l'averne gli associati il poteri di intervenire direttamente sulle decisioni degli organi, tramite propri delegati. Insomma l'appiattirsi della associazione agli interessi degli Enti-associati. La CGCE esalta la distinzione associazione/società (commerciale), attribuendo alla prima l'incapacità di svolgere attività di impresa in forza del dato formale del tipo – che però ha rilevanza quanto alla struttura interna dell'organizzazione, non con riguardo all'attività esterna –. Ma il giudice comunitario sottovaluta la capacità degli Enti pubblici di condurre attività imprenditoriali anche nel perseguimento di interessi generali¹¹⁸: il riferimento continuo da cui è tratta la vocazione non commerciale della Brutélé è infatti all'interesse degli Enti associati, non agli interessi pubblici o generali che essi perseguono.

Infine, limitandosi ad acquisire il dato dello svolgimento dell'attività nei confronti delle sole Amministrazioni aggiudicatrici associate, la Corte di Giustizia non considera la combinazione tra i due elementi funzionale e strutturale: un operatore economico che si espande sul mercato tramite la semplice affiliazione di Amministrazioni aggiudicatrici, che concedono alla Brutélé in regime di monopolio settori di attività senza alcun confronto con altri operatori. Il che si pone in netto contrasto con le esigenze di crea-

(117) *Contra* LEGGIADRO, loc. ult. cit.: ritiene l'A. che la Corte affermi la natura pienamente pubblica del controllo da esercitare sull'*in house provider*.

(118) Arriva a conclusioni simili anche BOTTEON, *Controllo sempre meno analogo*, cit., p. 42: la potenzialità delle prerogative dell'Amministrazione sull'*in house provider* – soprattutto se collettivo – non impedisce al diretto affidatario lo svolgimento di attività di impresa. In senso critico si sottolinea che l'A. non considera nella sua ricostruzione il secondo requisito, della destinazione prevalente dell'attività agli Enti che controllano il diretto affidatario, è volto ad impedire appunto questo fenomeno.

zione di un mercato interno unico e con gli interessi tutelati dalla disciplina della concorrenza.

8. La sentenza *SeTCo*

8.1. Lo statuto della *SeTCo S.p.A.* e la decisione della CGCE

Con la sentenza *SeTCo* questi aspetti ricevono conferma. La Corte giudica dell'affidamento del Comune di Ponte di Nossola direttamente alla *SeTCo S.p.A.* del servizio di raccolta e smaltimento rifiuti sul proprio territorio.

La *SeTCo S.p.A.* è società a partecipazione pubblica totalitaria che ha ad oggetto la sola gestione dei servizi pubblici locali comunali e sovracomunali degli Enti-soci; può svolgere tuttavia attività nei confronti di privati «*quando ciò non contrasti con gli obiettivi sociali ovvero sia funzionale al miglior conseguimento degli stessi*» (art. 3 dello statuto)¹¹⁹. Lo statuto, modificato espressamente per adeguarsi alla giurisprudenza comunitaria e all'art. 113, c. 5, lett. C, d. lgs. 267/2000¹²⁰, prevede gli organi interni di *governance* del sistema amministrativo c.d. tradizionale (assemblea, consiglio di amministrazione, collegio sindacale) ed alcuni meccanismi che distanziano la società rispetto al tipo legale:

- i soci, individualmente o congiuntamente, esercitano poteri di direzione, coordinamento e supervisione degli organi societari (art. 8-bis):
 - possono convocarli per assumere informazioni e chiarimenti sulla gestione dei servizi affidati alla società;
 - hanno diritto di ottenere relazioni semestrali sull'andamento della gestione dei servizi;

(119) Le clausole statutarie sono riportate in CGCE, sent. *SeTCo*, §§11 e ss.

(120) Così in CGCE, sent. *SeTCo*, cit., §23.

- esercitano prerogative e controllo sulla gestione *«con le modalità stabilite dai regolamenti interni delle Amministrazioni affidanti»*;
- esprimono il proprio consenso preventivo vincolante per le modifiche statutarie inerenti la gestione dei servizi pubblici locali;
- la società, organizzata secondo una logica multidivisionale, prevede alcuni organi aggiuntivi composti da un rappresentante per ciascun Ente-socio; detti organi deliberano a maggioranza, ma solo i rappresentanti degli Enti che hanno affidato un incarico alla società hanno diritto di voto; si tratta di
 - un Comitato unitario di controllo ed indirizzo politico-amministrativo, che ai sensi dell'art. 8-ter dello statuto esercita sugli organi sociali le stesse prerogative riconosciute al Sindaco, alla Giunta ed al Consiglio comunali relativamente al controllo sui propri uffici; il Comitato unitario, inoltre, può emanare pareri vincolanti per il Consiglio di amministrazione (art. 14, c. 8);
 - un Comitato tecnico per ogni divisione, che *«esercita nei confronti degli organi e degli organismi della società le competenze e le prerogative riconosciute agli organi tecnici dell'Amministrazione sui propri uffici»* (art. 8-quater);
- l'Assemblea ordinaria sfrutta il meccanismo previsto dall'art. 2364, c. 1, n. 5, c.c., autorizzando preventivamente (e su conforme parere favorevole del Comitato unitario) piani programmatici, la costituzione di società per lo svolgimento di compiti connessi o strumentali, l'attivazione o la dismissione di servizi, l'acquisto o l'alienazione di immobili, le linee guida per formulazione di tariffe e prezzi per i servizi erogati (art. 14, c. 3); l'Assemblea può autorizzare subordinatamente al rispetto di determinate prescrizioni o condizioni (art. 14, c. 6) che, se non rispettate, legittimano soci che rappresentino almeno un ventesimo del capitale so-

ziale alla convocazione dell'Assemblea per l'adozione dei provvedimenti più opportuni;

- il Consiglio di amministrazione vanta poteri di amministrazione ordinaria e straordinaria, salvo che per quegli atti riservati all'Assemblea o sottoposti alla sua preventiva autorizzazione, o riservati al Comitato unitario o al Comitato tecnico (art. 16).

Il Comune di Ponte di Nossola acquistò in data 16.12.2006 una partecipazione minoritaria nella SeTCo; il 30.12.2006 incaricò la società direttamente del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani nel territorio comunale a partire dall'inizio del 2007. La Sea s.r.l., precedente società appaltatrice per lo stesso servizio, adì il TAR Lombardia lamentando che la delibera violasse l'art. 113, c. 5, TUEL e gli artt. 43, 49 e 86 TCE¹²¹.

Il Tribunale sollevò questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, chiedendo se la delibera del Comune di Ponte di Nossola violasse gli artt. 12, 43, 45, 46, 49 e 86 TCE¹²². I problemi che la CGCE era chiamata a sciogliere concernevano la necessità che la struttura organizzativa del *provider in house* o, come si è detto, *in "condominium"*, fosse prevista da una disciplina speciale (come nei casi *Coditel Brabant* e *TRAGSA*), o viceversa la possibilità che essa fosse liberamente elaborata dalle parti; e se il potere degli Enti-soci sul *provider* si potesse manifestare per il tramite degli organi sociali collegiali. La questione ha suscitato interesse a livello comunitario, come testimonia il numero di interventi di altri Stati membri¹²³.

(121) Ricorso presso il TAR Lombardia, Sez. Brescia, R.G.n. 113/07; CGCE, sent. *SeTCo*, cit., §§ 20-26.

(122) TAR Brescia, ordinanza 11.10.2007, R.G.n. 113/07, disp. in G.U.C.E. 08.03.2008, C 64/27-28. Il testo integrale dell'ordinanza è reperibile *on line* all'indirizzo http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Brescia/Sezione%201/2007/200700113/Provvedimenti/200700148_08.XML, consultato da ultimo il 06.01.2010

(123) Oltre alla Sea s.r.l., al Comune di Ponte di Nossola, alla SeTCo e al governo italiano, sono intervenuti in causa i governi ceco, austriaco, polacco e dei Paesi Bassi; è intervenuta anche la Commis-

La Corte, dopo aver ribadito la necessità che il capitale sia stabilmente integralmente in mano pubblica quale elemento minimo per la configurazione dell'*in house providing*¹²⁴, ha sancito l'ammissibilità del controllo collettivo (§§54-71). Ha poi analizzato congiuntamente la ricorrenza dei requisiti *Teckal*, riconoscendo che la SeTCo non avrebbe vocazione commerciale (§§73-80) e che l'architettura degli organi predisposta dallo statuto, sopra riportata, ferma la verifica della sua effettività da parte del giudice del rinvio, è idonea a permettere agli Enti-soci di esercitare sulla società un «*controllo analogo*» a quello esercitato sui propri servizi (§§81-89). La Corte dichiara in conclusione che una simile fattispecie, salve le opportune verifiche da parte del giudice del rinvio, non viola gli artt. 43 e 49 TCE e i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza; non si pronuncia né argomenta né motiva sulla parte della questione in merito all'art. 86 TCE (ora art. 106 TFUE).

8.2. Il «controllo analogo» plurisoggettivo nella sentenza SeTCo

La CGCE, in linea con la sentenza *Coditel Brabant*, ribadisce la possibilità che un organismo possa essere considerato interno alla struttura di più Enti pubblici contemporaneamente. La collaborazione interistituzionale, sottolinea la Corte, è necessaria per permettere il miglior adempimento delle missioni di servizio pubblico proprie di ciascuna Amministrazione aggiudicatrice (§§56-59). Viene così ribadito¹²⁵ un carattere finalistico dell'associazionismo interamministrativo che non ha riscontro nelle decisioni

sione.

(124) CGCE, sent. *SeTCo*, cit., §§40-53; il passaggio è dovuto al fatto che l'art. 6 dello statuto SeTCo prevede la possibilità di emettere azioni privilegiate al fine di incentivare l'azionariato dei dipendenti e dei cittadini degli Enti-soci; il Comune di Ponte di Nossa sostenne che esso doveva ritenersi abrogato in seguito alle modifiche adottate per adeguare lo statuto all'art. 113, c. 5, lett. C, TUEL e al diritto comunitario; la Corte concluse sul punto rinviando al giudice nazionale per la verifica dell'effettiva abrogazione della disposizione. In merito alla necessità della stabilità della partecipazione pubblica totalitaria, si rinvia comunque al precedente Capitolo 4, §6.

(125) Il riferimento alla missione di servizio pubblico, come accennato, è presente anche in CGCE, sent. *Coditel Brabant*, cit., §§49-50; la Corte cita

in materia di *in house providing* individuale.

a) Gli strumenti di espressione del «controllo analogo»

Vengono considerati esclusivamente i Comitati di cui agli artt. 8-ter e 8-quater dello statuto della SeTCo. Si tratta di organi che rifiutano la logica capitalistica del tipo azionario: sono composti da un rappresentante per ogni Ente socio, con uguale diritto di intervento; il diritto di voto è slegato dalla quota di partecipazione al capitale, e spetta in modo uguale ad ogni rappresentante di ciascun Comune che abbia affidato un servizio alla SeTCo. I Comitati esercitano per statuto nei confronti degli organi sociali le prerogative di tipo pubblicistico che il superiore gerarchico vanta nei confronti del subordinato, segnatamente i poteri che gli organi politici e dirigenziali dei Comuni esercitano nei confronti degli organi ed uffici tecnici comunali.

Contenuto e oggetto delle clausole statutarie che disciplinano i comitati hanno portato il giudice *a quo* ad interrogarsi se esse non configurassero un patto parasociale per l'esercizio del diritto di voto o di influenza dominante sugli organi sociali ex art. 2341-bis c.c.¹²⁶. Dalla qualificazione deriva come noto l'efficacia meramente obbligatoria tra paciscenti, con il risultato di vincolare gli organi sociali solo indirettamente e mediamente.

I dubbi del Tribunale amministrativo possono essere condivisi. L'architettura disegnata dagli artt. 8-ter e 8-quater dello statuto SeTCo sembra essere troppo distante dal tipo azionario codicistico: le clausole sopra evocate tendono a disegnare un modello di governo societario ulteriore e diverso rispetto ai tre previsti ed ammessi dal codice civile prevedendo organi sovraordinati a quelli corporativi tipici del sistema amministrativo tradizionale. I comitati sembrano insomma organi di patti parasociali più che organi sociali.

(126) TAR Brescia, ord. 11.10.07, cit., §11.

La CGCE non entra nel merito della qualificazione: si tratta di un problema di diritto interno che spetta al giudice nazionale di risolvere¹²⁷. Lascia però intendere che le conclusioni sarebbero diverse: se le clausole avessero efficacia reale, e quindi i Comitati unitario e tecnici potessero imporre le proprie determinazioni sugli organi sociali, il potere che loro tramite anche con il meccanismo della maggioranza i soci esprimono sarebbe assimilabile a quello che ogni Amministrazione esercita nei confronti dei propri uffici¹²⁸.

Per il giudice comunitario non è quindi necessario che gli strumenti di esercizio del potere delle Amministrazioni aggiudicatrici sul diretto affidatario siano previsti da leggi speciali: le P.A.-soci possono predisporli fruendo dell'autonomia che l'ordinamento del singolo Stato membro attribuisce loro. È essenziale, però, che detti strumenti permettano un potere immediato e diretto sugli organi sociali che gestiscono l'attività sociale, non ridotto a meri incentivi di carattere obbligatorio ma incidente sulla validità delle determinazioni degli organi sociali. Con il che la Corte conferma *pro parte* quanto richiesto nella sentenza *Carbotermo*, richiamata nella sentenza: l'influenza che le Amministrazioni aggiudicatrici esercitano deve essere «*determinante*»¹²⁹.

Questo principio è confermato dal silenzio della Corte in merito alle prerogative assembleari ex art. 16, c. 3 e 5 dello statuto: essi rientrano nel potere autorizzatorio ex art. 2364, c. 1, n. 5 c.c. La violazione dell'autorizzazione o delle direttive assembleari legittima al più la convocazione dell'assemblea per deliberare in merito alla revoca o eventualmente alla responsabilità degli amministratori, non l'invalidità dell'atto dell'organo amministrativo¹³⁰, ancorché lo statuto qualifichi autorizzazione e direttive “vincolanti” e “condizioni di legittimità”.

(127) CGCE, sent. *SeTCo*, §§87-88.

(128) CGCE, sent. *SeTCo*, §89.

(129) CGCE, sent. *SeTCo*, §65; CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §36.

(130) V. *supra*, Capitolo 5, §3.1.

b) le modalità di espressione del «controllo analogo» plurisoggettivo

La CGCE chiarisce che l'influenza può essere esercitata dalla collettività dei soci. Non chiarisce se essa debba essere espressa a maggioranza, o all'unanimità: si limita a ripetere con la sentenza *Coditel Brabant* che, essendo gli organi tramite i quali si esprime il «controllo analogo» di carattere collegiale, «la procedura utilizzata per adottare la decisione, segnatamente il ricorso alla maggioranza, non incide»¹³¹.

Non è chiara la portata di questa affermazione. L'incedere argomentativo della Corte difatti fa riferimento sia a servizi pubblici sovracomunali, gestiti congiuntamente dai Comuni-soci tramite la SeTCo, sia a servizi pubblici comunali, affidati comunque alla stessa società.

Ammettere per questi ultimi la gestione con il ricorso al meccanismo della maggioranza, e quindi la possibilità che l'Amministrazione aggiudicatrice unica interessata ad una delibera si veda imporre una decisione rispetto alla quale è dissenziente, sembra contrario alla stessa nozione di «controllo analogo». La Corte, a questo proposito, non fa menzione dell'art. 8-bis dello statuto della SeTCo. Al comma 3 esso attribuisce a tutti gli Enti in quanto soci alcuni diritti individuali: di informazione rispetto all'andamento dell'attività generale e da svolgere sul proprio territorio; di controllo e gestione rispetto ai servizi affidati, da esercitare con le modalità stabilite dai regolamenti interni di ciascun Ente; di parere vincolante rispetto alla modifica dell'oggetto sociale. Al comma 5 chiarisce che i soci affidanti uno o più servizi alla società, gestiti da una o più delle divisioni in cui è articolata la società, esercitano i propri poteri anche sulla singola divisione di riferimento. In quanto attributivo di diritti relativi all'appartenenza ad una collettività di impresa¹³², la violazione di questa disposizione da parte del Consiglio di Ammini-

(131) CGCE, sent. *SeTCo*, §60, che rinvia a CGCE, sent, *Coditel Brabant*, cit., §51.

(132) Individua espressamente il limite dell'art. 2388, c. 4, c.c. nella tutela dei diritti dei soci in quanto soci A. PISANI MASSAMORMILE, *Invalidità delle delibere consiliari*, in P. ABBADESSA, G. B. PORTALE, *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, UTET, Torino 2006, pp. 562 e ss.

strazione si può ritenere rientri nell'ipotesi prevista dall'art. 2388, c. 4, seconda frase c.c., giustificando l'impugnazione della delibera consiliare¹³³.

L'art. 8-bis dello statuto sembra dunque configurare uno strumento di controllo diretto ed immediato sull'organo amministrativo e sugli organi gestori (le divisioni) di tipo individuale, diversi dai Comitati. Peraltro lo stesso statuto distingue tra strumenti per il «*controllo analogo, congiunto o differenziato*»¹³⁴.

La mancata menzione della clausola nell'intero incedere argomentativo della Corte porta a ritenere che la CGCE avesse in mente i soli servizi pubblici sovracomunali, che perseguono interessi collettivi degli Enti pubblici coinvolti sintetizzabili nelle decisioni assunte a maggioranza.

8.3. “Vocazione commerciale” ed elemento funzionale nella sentenza SeTCo

Nella sentenza *SeTCo* per la prima volta la CGCE tratta gli elementi della fattispecie *Teckal* in modo congiunto ed indifferenziato; rilevanza centrale è attribuita all'elemento strutturale, alla cui configurazione l'elemento della «*destinazione prevalente*» assume funzione servente.

La Corte procede dalla verifica se la *SeTCo* abbia una vocazione commerciale, che potrebbe rendere precario il controllo degli Enti-soci (§§73-81), per poi confermare che il «*controllo analogo*» può essere esercitato per il tramite degli strumenti già ana-

(133) Tale tutela – vale la pena di notare – si aggiunge agli strumenti già predisposti dal sistema in favore dell'Ente in quanto terzo-controparte della società, primo ed originario responsabile – in modo inderogabile (v. Consiglio di Stato, sent. 5072/2009) – dei servizi resi alla propria collettività di riferimento, a fronte dell'atto o dell'attività sociali lesivi di tale sua posizione.

(134) V. art. 8-bis, c. 4: «*le divisioni determinano l'applicazione di meccanismi di controllo analogo, congiunto e differenziato [...]*»; art. 14, c. 1: «*L'Assemblea ordinaria, salve le prerogative degli organismi di controllo analogo, congiunto e differenziato, di cui ai precedenti articoli 8 bis, 8 ter e 8 quater [...]*»

lizzati sopra.

La sentenza esclude la “vocazione commerciale” della SeTCo considerando la «*portata geografica e materiale*» delle attività svolte¹³⁵: la società può svolgere attività solo nel territorio dei Comuni-soci ed ha per scopo la gestione di loro servizi pubblici¹³⁶.

Va anzitutto sottolineato come la nozione di «*non commercialità*» adottata dalla Corte diverga da quella elaborata dalla precedente giurisprudenza: in questa sentenza essa fa riferimento esclusivamente all'attività della società, mentre in precedenza aveva valore relazionale, identificando l'adesione del *provider* agli interessi dell'Ente o degli enti controllanti¹³⁷.

In secondo luogo è criticabile l'assimilazione tra la «*portata materiale*» dell'attività svolta e lo scopo che la società si prefigge. Se la prima ha una valenza concreta verificabile solo con l'analisi dell'effettività dell'attività sociale, il secondo ha un valore meramente astratto e formale.

In terzo luogo, la «*non commercialità*» del *provider* si confonde con l'elemento funzionale della fattispecie *Teckal*. La CGCE analizza la possibilità, prevista nell'art. 3, c. 3, dello statuto, che la SeTCo eserciti attività nei confronti di soggetti privati¹³⁸. Accogliendo quanto sostenuto dalla società¹³⁹, ammette che il diretto affidatario possa esercitare delle attività accessorie alla principale, senza che ciò impedisca che l'obiettivo principale della società rimanga la gestione di servizi pubblici¹⁴⁰. Rafforza la propria conclusione ricordando che la seconda condizione posta dalla sentenza *Teckal* richiede che l'affidatario svolga prevalentemente, non esclusivamente, attività nei confronti dell'Ente che lo controlla: diversamente interpretando la «*non commercialità*», il requi-

(135) CGCE, sent. *SeTCo*, cit., §73.

(136) CGCE, sent. *SeTCo*, cit., §76.

(137) *V. supra*, Capitolo 5, §5.

(138) CGCE, sent. *SeTCo*, cit., §§77 e ss.

(139) CGCE, sent. *SeTCo*, cit., §78.

(140) CGCE, sent. *SeTCo*, cit., §79.

sito funzionale sarebbe «*priv[o] di oggetto*»¹⁴¹.

Il passaggio sembra poter essere interpretato nel senso che la «*non commercialità*» del diretto affidatario, elemento astratto di stabilità del requisito strutturale della fattispecie di *in house providing*, deve essere verificato usando come parametro concreto il secondo requisito: se l'attività astrattamente accessoria rispetto alla principale (affidata direttamente dalla P.A.) assume i caratteri della prevalenza, allora il diretto affidatario, pur non avendo in astratto vocazione commerciale, avrebbe assunto di fatto una vocazione commerciale; ciò escluderebbe la legittimità dell'affidamento di un incarico senza gara pubblica.

Sul piano sistematico il requisito funzionale, già complementare ma comunque autonomo rispetto all'elemento del «*controllo analogo*», diviene quindi elemento servente il requisito strutturale, con funzione di verifica in fatto di uno dei suoi caratteri, la «*non commercialità*», arricchita nel suo contenuto della necessaria accessorietà di ogni attività diversa da quella principale.

In punto di fatto, infine, la Corte commette una duplice omissione. Non considera l'ampiezza delle attività comprese nell'oggetto sociale della SeTCo: la vaghezza della nozione di «*servizi pubblici locali*» e di «*servizi pubblici locali sovracomunali*», unita all'elenco parziale delle divisioni contenuto nell'art. 8-quater, c. 1 dello statuto, con attività che vanno dalla gestione dei rifiuti all'organizzazione del turismo¹⁴², degrada il significato di “accessorio” verso la sua indeterminatezza. E nuovamente omette qualsivoglia considerazione sulla possibilità che la SeTCo ha di espandersi geograficamente, senza alcuna pressione competitiva, semplicemente tramite l'ammissione di nuovi soci nella propria compagine.

(141) CGCE, sent. SeTCo, cit., §80.

(142) L'art. 8-quater, c. 1, recita: «è istituito un Comitato tecnico [...] per ciascuna delle seguenti divisioni: Divisione n. 1: Rifiuti; Divisione n. 2: Acqua; Divisione n. 3: Gas; Divisione n. 4: Turismo; Divisione n. 5: Energia; Divisione n. 6: Servizi di utilità generale».

9. Conclusioni

Questa fase della giurisprudenza comunitaria vede una Corte di Giustizia più elastica rispetto al passato: l'analisi in fatto delle fattispecie è meno approfondita, l'approccio è più formale, viene data maggiore attenzione alle esigenze della P.A. a scapito di altre, relegate sullo sfondo. In particolare, nelle ultime sentenze scompare dall'argomentazione della CGCE ogni riferimento ad istanze di tutela o di promozione della concorrenza¹⁴³.

Il focalizzare l'attenzione sul dato formale del «*controllo analogo*» rendendo l'elemento funzionale ambiguo, come nel caso della sentenza *Correos*, o ancillare, come avviene nella sentenza *SeTCo*, conduce a sottovalutare la capacità concreta del *provider* di agire quale impresa. Con l'apertura a quello che si è definito *in "condominium" providing* questo atteggiamento porta a non valutare la circostanza che il diretto affidatario è capace di espandersi sul mercato senza entrare in competizione con imprese private, semplicemente ampliando la propria compagine sociale.

Il contenuto della giurisprudenza comunitaria in materia di *in house providing* è dunque cambiato. Non è chiaro, però, se la Corte di Giustizia – inconsapevolmente, considerato che le pronunce pongono se stesse in chiave di continuità – abbia inteso allontanarsi dal sistema precedente, in un contesto di valori invariato. O se, invece, siano mutati i principi di riferimento, e il giudice comunitario – di nuovo si ribadisce: inconsapevolmente – stia dando atto del cambiamento di sistema.

(143) Così CGCE, sent. *SeTCo*, cit., l'esplicito riferimento alla «*libera concorrenza*» e la richiesta di esame della fattispecie alla luce dell'art. 86 TCE contenuto nella domanda pregiudiziale. In CGCE, sent. *ASI*, cit., la parola «*concorrenza*» non appare neanche. CGCE, sent. *Coditel Brabant*, cit., richiama solo *en passant* l'esigenza di aprire le concessioni alla concorrenza (§26).

Capitolo 6

Caratteri minimi persistenti dei requisiti della relazione di *in house providing*

SOMMARIO: 1. *Introduzione* – 2. *Il «controllo»* - 3. *I «propri servizi»* - 4. *«Controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi»* - 4.1. *Relazione di analogia* – 4.2. *Oggetto del «controllo analogo»* - 4.3. *Contenuto del «controllo analogo»* - 5. *Controllo analogo e delegazione interorganica* - 6. *Controllo analogo e partecipazione pubblica totalitaria al capitale sociale* – 6.1. *Necessità della partecipazione pubblica totalitaria* – 6.2. *Stabilità della partecipazione pubblica totalitaria* – 7. *La destinazione della parte più importante dell'attività del provider all'Amministrazione aggiudicatrice* – 8. *Contenuto e ruolo del requisito funzionale* – 8.1. *«Attività non prevalente»* - 8.2. *Pressione competitiva* – 8.3. *Clausola di non compromissione dello sviluppo del mercato* – 9. *Conclusioni*.

1. Introduzione

La sentenza *Teckal* chiarisce che l'obbligo di gara imposto dalle Direttive in materia di appalti può essere evitato dall'Amministrazione aggiudicatrice solo quando venga affidato un incarico o ad un ufficio interno, o ad un organismo esterno che, seppur formalmente distinto, appartenga sostanzialmente all'apparato dell'Amministrazione aggiudicatrice. La “*sostanziale appartenenza*” è individuata con riferimento a due requisiti: strutturale, e cioè che l'Amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'affidatario «*un*

controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi» (requisito del «*controllo analogo*»); funzionale: che il diretto affidatario «*realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano*» (requisito dell'«*attività prevalente*»).

Nonostante i rivolgimenti interpretativi della Corte di Giustizia, la giurisprudenza comunitaria, la Commissione e gli interpreti nazionali richiamano sempre questi due requisiti nella loro formulazione testuale. Prima di procedere all'esame del loro contenuto sembra necessario indagare se, alla luce dell'intera evoluzione giurisprudenziale, siano rinvenibili dei caratteri minimi persistenti che detta giustificino la continuità testuale.

2. Il «controllo»

Il lemma «*controllo*» etimologicamente identifica l'attività di verifica comparativa di alcuni dati rispetto ad uno schema prefissato¹. In inglese esso ha successivamente assunto il significato di potere di indirizzo². In italiano ha entrambi i significati: di «*esame accurato, verifica*», prevalente, e di «*potere, padronanza, dominio*», recessivo³. L'ambiguità semantica si traduce in vaghezza giuridica: «*controllo*» giuridicamente individua il potere del controllore sia di determinare l'azione del controllato (controllo-indirizzo), sia di valutare l'attività del controllato (controllo-vigilanza), ed in quest'ultimo caso può essere normalmente corredato dal potere di sanzionare.

Il controllo-indirizzo si estrinseca in una serie di attività materiali tramite le quali il ti-

(1) G. DEVOTO, *Dizionario etimologico*, Lemonnier, Firenze 1968, *ad vocem*, fa risalire il termine dal francese antico *contrerole*, "controruolo" o "doppioregistro". D. HARPER, autore dell'*Online Etymology Dictionary*, , fa risalire questo significato al 1310 ca d.C.

(2) Per HARPER la parola «*control*» avrebbe assunto il significato «*dominate, direct*» intorno al 1450 d.C.

(3) N ZINGARELLI, *Vocabolario della lingua italiana*, XII ed., Zanichelli, Bologna 2007, *ad vocem*.

tolare del potere individua e dichiara le linee di azione che il controllato deve percorrere. Si tratta di una categoria della realtà⁴: la sua rilevanza giuridica varia secondo l'obiettivo che la singola disciplina che prende in considerazione il fenomeno persegue. In dottrina è stata tentata l'operazione di ricostruire tipologicamente il «controllo»⁵, ma con il risultato di individuare una nozione eccessivamente astratta e a tratti tautologica⁶. È sembrato quindi più opportuno procedere ad una ricostruzione giuridica del fenomeno materiale che tenesse conto delle differenze e degli scopi della singola disciplina⁷. Fermo il tratto comune dell'esercizio di un'influenza (dominante o determinante) da parte del controllore sul controllato, di valenza solo descrittiva, sono state enucleate delle nozioni differenti, in relazione reciproca e a volte parzialmente in sovrapposizio-

(4) Così in particolare T. ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 268, nt 23

(5) M. LAMANDINI, *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, Giuffrè, Milano 1995.

(6) In questo senso anche G. DALLE VEDOVE, *Concentrazioni e gruppi nel diritto antitrust*, CEDAM, Padova 1999; M. S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. Soc.*, 1995, pp. 463 e ss.

(7) A mero fine esemplificativo, si ricorda che, con riferimento alla disciplina del capitale di s.p.a. per «controllo» si intende o l'influenza esercitata sull'assemblea dei soci tramite gli strumenti individuati all'art. 2359, c. 1, nn 1 e 2, c.c., o sull'organo amministrativo, in forza dello strumento contrattuale di cui all'art. 2359, c. 1, n 3, c.c.; cfr. al riguardo J. BERTANI, M. NOTARI, *Società controllate e società collegate*, in M. NOTARI (a cura di), *Azioni – Artt. 2346 – 2362 c.c.*, Egea, Milano 2008, in P. MARCHETTI (diretto da), *Commentario alla Riforma delle società*, vol. 1; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2 Le società*, Giappichelli, Torino 2002, p. 290. La nozione rileva, quale presunzione, anche nell'ambito della disciplina della responsabilità per attività di direzione e coordinamento ex artt. 2497 e ss. c.c. Nella disciplina delle concentrazioni generali, per «controllo» rileva l'«influenza determinante» sull'attività di impresa (art. 6, l. 287/90; art- 1, §3, Reg. 2004/139/CE) il cui passaggio permette ad altra impresa di determinare stabilmente l'azione dell'impresa concentrata, determinando una variazione strutturale (Regolamento 1989/4064/CEE, Considerando 23); la stessa nozione, comunque, si manifesta in maniera diversificata secondo il mercato in cui la concentrazione si realizza; cfr.. soprattutto la monografia di M. NOTARI, *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano 1996; v. anche M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. Soc.*, p. 466 e ss.; M. RICOLFI, *Antitrust*, in N. ABRIANI, G. COTTINO, M. RICOLFI, *Diritto industriale*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di Diritto commerciale*, Vol. II, CEDAM, Padova 2001, pp. 811 e ss.; A. JONES, B. SURFIN, *EC Competition Law*, 2nd Ed., Oxford University Press, Oxford 2004, spec. p. 867; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, UTET, Torino 2007, spec. pp. 580 e ss.; DALLE VEDOVE, *Concentrazioni e gruppi*, cit.; F. GHEZZI, *Le nozioni di concentrazione e di impresa comune negli orientamenti della Commissione CEE*, in *Riv. Soc.*, 1995, pp. 282 e ss.; F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *Il controllo nel pallone. Riflessioni sulle «nozioni» di controllo nella disciplina antitrust alla luce di due decisioni concernenti l'acquisizione di società calcistiche*, in *Riv. Soc.*, 2006, pp. 76 e ss.

ne⁸.

Il controllo-vigilanza si esplica invece in attività di tipo giuridico. La categoria sembra individuare due diverse ipotesi: la valutazione di conformità di un'attività a regole predeterminate, o controllo esterno o di legittimità; la valutazione di adeguatezza dell'attività rispetto ad un risultato, o controllo interno o di merito. Elemento comune sembra essere l'esercizio successivo rispetto all'attività. Il potere può derivare dal fatto della delega di prerogative proprie (ed in tal caso si coordina ed unisce con il controllo-indirizzo). O essere esercitato dal controllore non nel proprio interesse, ma a tutela di terzi o della collettività.

Si tratta ovviamente di esemplificazioni concettuali che non danno pienamente conto delle sfaccettature concrete e delle aree di sovrapposizione tra le diverse categorie. Come il potere determinativo ha come proprio complemento il potere di vigilare l'operato del controllato, per verificare che la sua azione corrisponda alla direttiva; così il potere di vigilanza può essere completato dall'attribuzione di un qualche potere di determinazione o intervento diretto, a fini (latamente) sanzionatori, in caso di difformità tra attività valutata e principi o direttive di riferimento. Tutti i poteri condividono una comune funzione direttiva, che si manifesta pienamente nel potere determinativo, e mediamente nel potere di vigilanza, come minaccia di una sanzione (giuridica o sociale). Infine, i poteri possono rientrare tutti nella competenza di uno stesso soggetto, ovvero essere esercitati da soggetti diversi; in quest'ultimo caso il potere di vigilanza ha un oggetto immediato, l'attività del controllato, ed un oggetto mediato, le indicazioni del determinatore.

(8) Cfr. a mero titolo d'esempio la fattispecie descritta dall'art. 2359 c.c., rilevante sia per la disciplina della responsabilità di attività da direzione e coordinamento ex artt. 2497 e ss. C.c., sia per la disciplina delle concentrazioni, ex art. 7 l. 287/90.

3. I «*propri servizi*»

Il «*servizio*» è un'attività prestata per la soddisfazione di un interesse altrui. Il «*servizio*» riferibile all'Amministrazione pubblica dovrebbe consistere in un'attività volta alla promozione dei valori e alla soddisfazione delle esigenze della collettività di riferimento⁹. Nell'ordinamento comunitario è «*servizio*» qualsiasi attività economica svolta dietro corrispettivo¹⁰ e volta ad assicurare al destinatario l'acquisizione di un'utilità. Nella relazione *in house* i «*servizi*» sono il *tertium comparationis* per verificare se il controllo esercitato dall'Amministrazione aggiudicatrice permette di qualificare il diretto affidatario quale elemento sostanzialmente interno dell'affidante.

Senonché il termine di paragone è inconferente con il tema oggetto di discussione: la sostanziale alterità o identità soggettiva ai fini delle Direttive in materia di appalti tra Amministrazione aggiudicatrice ed organismo formalmente separato dovrebbe essere esaminata alla luce delle attività con cui il singolo Ente pubblico realizza le proprie competenze.

La CGCE sembra “pensare in francese” e la formula usata ha un sapore duguitiano: l'Amministrazione pubblica si caratterizzerebbe per essere una confederazione di servizi pubblici organizzati¹¹. L'accento si sposterebbe sull'elemento organizzativo, più

(9) Questa la definizione che si ricava, *inter alios*, da V. CERULLI IRELLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino 2001, pp. 47 e 300. Così anche E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2007, p. 638; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in MAZZAROLLI *et al.*, *Diritto amministrativo – I*, 2° ed., Monduzzi editore, Bologna 1998, pp. 917 e ss., traccia dapprima l'evoluzione delle posizioni interpretative, ricordando la dottrina della nozione oggettiva e quindi la dottrina della nozione soggettiva di servizio pubblico; prosegue chiarendo essere il servizio pubblico «*attività che il soggetto pubblico, attraverso l'uso dei poteri di cui dispone, legislativi o amministrativi, assume e considera proprie*» (p. 925). Non ne esiste una definizione legislativa generale, ma solo alcune, particolari: cfr. a titolo d'esempio l'art. 112, c. 1, d. lgs. 267/2000 in merito ai servizi pubblici locali e l'art. 358 c.p.: entrambe considerano comunque il servizio pubblico una attività.

(10) Così l'art. 4, n. 1, Direttiva 2006/123/CE, del 12.12.2006, *relativa ai servizi nel mercato interno*, in G.U.C.E. 27.12.2006 L 376, pp. 36 e ss. Precedentemente in giurisprudenza v. CGCE, sentenza 27.09.1988, causa 263/86, *Belgio/Humbel e Edel*, in *Racc.*, pp. 5635 e ss., §§ 17-19; CGCE, sentenza del 22.05.2003, causa C-355/00, *Freskot*, in *Racc.*, pp. I-5263.

(11) Sui quali v. *supra*, Capitolo 1, §4.

che sull'attività; la nozione di riferimento sarebbe allora nel nostro ordinamento quella di «*ufficio*» o, forse con maggiore precisione, di «*organo*»¹².

Da questo punto di vista sembra fuorviante l'art. 113, c. 5, lett. c), d. lgs. 267/2000: riproducendo acriticamente esattamente l'espressione della Corte di Giustizia, la disposizione utilizza il termine «*servizi*». La previsione è inoltre inserita all'interno di un articolo inerente i servizi pubblici locali creando una certa ambiguità, perché la stessa parola viene utilizzata nell'ambito della stessa disposizione con significati diversi¹³. Viene inoltre legittimata l'idea che il controllo debba esplicarsi sull'attività, non sul soggetto che la esercita: è resa opaca la distinzione appaltatore comune ed *in house provider*: sia il primo sia il secondo sono difatti soggetti alle direttive del committente/affidante, con il risultato che il requisito del «*controllo analogo*» diverrebbe privo di capacità distintiva.

4. «Controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi»

4.1. Relazione di analogia

Il termine «*analogo*» esprime la prossimità del rapporto tra Amministrazione affidante ed organizzazione affidataria con la relazione, interna alla stessa Amministrazione, tra superiore gerarchico e organi subordinati, deputati allo svolgimento di una data attività. Va incidentalmente notato che il diritto comunitario lascia alla sensibilità giuridica degli Stati membri l'individuazione giuridica del contenuto del rapporto gerarchico amministrativo interno, alla luce del quale valutare la relazione di analogia.

(12) La traduzione inglese sembra al riguardo più chiara: usa il termine *department*; quella tedesca *Dienststelle*, "organismi di servizio". Simile a quella italiana, invece, la versione spagnola (*servicio*) e quella portoghese (*serviço*). Quella francese riporta il termine *service*, ma il riferimento è ad una categoria che non assume lo stesso significato giuridico.

(13) Per ulteriori sviluppi sull'inserimento della fattispecie all'interno dell'art. 113, c. 5, lett c) del TUEL e per una comparazione con altri sistemi, v. *infra*, in questo stesso Capitolo, Sezione III; e il Capitolo seguente.

La relazione di prossimità non si dovrebbe però risolvere in una relazione di “*identità mediata*”, tale da perforare la distinzione tra Amministrazione e organismo *in house* in tutti gli ambiti: l’alterità soggettiva formale non è mai stata messa in discussione dalla Corte di Giustizia né dai sistemi degli Stati membri. Al contrario, sia nella prassi sia nelle disposizioni che traspongono le regole dell’*in house providing* negli ordinamenti interni la distinzione soggettiva formale è elemento di identificazione della fattispecie.

Il potere dell’Amministrazione nei confronti dei propri uffici è di identificazione totale: l’Amministrazione ha piena disponibilità dell’organizzazione e dell’attività di tutti i fattori produttivi che compongono i suoi uffici.

Non sembra che lo stesso potere possa essere ravvisato nella relazione *in house*. Al contrario: la giurisprudenza c.d. *Teckal* fa riferimento allo strutturarsi per “agenzie” della P.A., suggerito dal «*new public management*». Il senso di questa struttura è nella ritenuta maggiore capacità delle unità distaccate (eventualmente formalmente private) di auto-organizzarsi secondo moduli più efficienti, rispetto alle amministrazioni classiche. Ciò sarebbe posto nel nulla se si dovesse ritenere che il «*controllo analogo*» richiesto dalla Corte di Giustizia si concretizzasse nell’assoluto potere di determinare organizzazione interna ed attività dell’*in house provider* da parte della P.A.

A conforto di questa soluzione interpretativa si sottolinea che la giurisprudenza *Teckal* non ha mai richiesto che la P.A. vanti il potere di intervenire direttamente nell’organizzazione interna dell’*in house provider*. Quando ha riconosciuto – anche implicitamente – la ricorrenza del requisito strutturale la potestà auto-organizzativa del controllato non è stata in alcun modo posta in dubbio. Il diretto affidatario assoggettato al «*controllo analogo*» gode di autonomia patrimoniale ed organizzativa rispetto al con-

trollore¹⁴, può decidere se agire direttamente o tramite società figlie¹⁵, o strutturarsi secondo logiche multidivisionali¹⁶. Non sembra dunque poter essere accolta la tesi per la quale all'Amministrazione dovrebbe spettare il potere di intervenire nell'organizzazione dei fattori di produzione del prestatore *in house*¹⁷.

L'attributo «*analogo*», dunque, limita la disponibilità che la pubblica Amministrazione ha del *provider*: è riconosciuto uno spazio di autonomia a (l'organo amministrativo di) quest'ultimo, segnatamente per organizzare il proprio apparato produttivo ed eseguire gli incarichi secondo criteri di efficienza ed economicità¹⁸.

4.2. Oggetto del «*controllo analogo*»

Il potere esercitato dall'Amministrazione aggiudicatrice sull'*in house provider*, utile a configurare l'elemento del «*controllo analogo*», consiste nella capacità della prima di incidere sull'azione del secondo al fine di appropriarsi dei risultati della sua attività.

(14) Questo il caso delle aziende speciali italiane, nella cui relazione con l'Ente locale di riferimento la CGCE ha riconosciuto la ricorrenza del «*controllo analogo*»: v. CGCE, sentenza 13.10.2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH/Gemeinde Brixen + Stadtwerke Brixen GmbH (Parking Brixen)*; CGCE, ordinanza 10.04.2008, causa C-323/07, *Termoraggi/Comune di Monza + AGAM (Termoraggi)*. Sulla capacità delle aziende speciali di auto-organizzare la propria struttura v. in particolare Cons. Stato, sent. n. 4850/2000, in *Amm.ne italiana*, 2001, pp. 866 e ss.; Cons. St., sent. n. 2605/2001, in *Corr. Giur.*, 2001, 863, con nota di L. CARBONE, *Servizio di riscaldamento fornito da consorzio intercomunale*; Cons. St., sent. 2835/2001; TAR Lombardia, sent. n. 100/1998. *Contra*, cfr. A. CLARIZIA, *La Corte suona il de profundis per l'in house*, in www.giustamm.it.

(15) Così la stessa legge prevede che la TRAGSA (il cui statuto è stato esaminato in CGCE, sentenza 19.04.2007, causa C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales ASEMFO/Transformación Agraria SA y Administración del Estado*) possa creare società figlie per l'esecuzione degli incarichi affidati dallo Stato (v. art. 88, c. 4, *Ley* 30.12.1997, n. 66).

(16) V. lo statuto della Brutélé, in CGCE, sentenza 13.11.2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle et al.*, non ancora pubblicata (*Coditel Brabant*).

(17) Così invece D. CASALINI, *Appalti pubblici e organizzazioni in house: un caso spagnolo*, in *Foro Amm.vo – CdS*, 2003, p. 3550. Più incerto TAR Campania, sent. 8055/2006, *Demetra Service s.r.l./Comune di Meta et al (Penisola Verde)*, che ravvisa l'assenza del requisito strutturale nell'incapacità per il Comune di Meta di intervenire direttamente nelle scelte di ordinaria amministrazione della Penisola Verde S.p.A., diretta affidataria della gestione dell'intero sistema dei servizi pubblici locali; in particolare, la sentenza ritiene insufficiente il patto parasociale, stipulato tra tutti gli Enti soci, che richiedeva l'assenso unanime per tutte le competenze dell'Assemblea. TAR Marche, sent. 500/2007, che

(18) V. anche *infra*, §3.1.

Questa prima sommaria definizione permette in primo luogo di eliminare dall'orizzonte valutativo tutte quelle fattispecie in cui l'Amministrazione controllante esercita un potere di indirizzo e coordinamento con riferimento all'esecuzione di una singola prestazione: il «*controllo analogo*» è esercitato sul soggetto e sulla globalità della sua attività.

Appare dunque in parte criticabile la sentenza *ASI*, che rimane sul punto un caso isolato. La Corte fu adita dalla Commissione a conclusione di una procedura di infrazione per violazione del diritto comunitario degli appalti nei confronti della Repubblica italiana¹⁹; era in contestazione la conclusione di una convenzione tra il Comune di Mantova e la ASI S.p.A. per la gestione di servizi informatici per gli uffici comunali²⁰. Per ciò che qui interessa, la CGCE individuò in astratto il potere dell'Amministrazione aggiudicatrice conformemente a quanto sopra specificato (§24). Fermandosi a tale valutazione astratta, ravvisò la ricorrenza del «*controllo analogo*» in presenza di poteri attribuiti dalla convenzione al Comune e, nella sostanza, congruenti con lo *ius variandi* proprio del committente nel contratto di appalto (§26)²¹.

4.3. Contenuto del «*controllo analogo*»

La Commissione CE ha chiarito che il requisito del «*controllo analogo*» si manifesta in un «*assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, e che riguarda l'insieme dei [suoi] più importanti atti di gestio-*

(19) La procedura di infrazione aveva inizialmente assunto il numero di protocollo 2000/4926. Rimando insoddisfatta delle risposte della Repubblica italiana alla lettera del 20.06.2001 e al parere del 27.06.2002, la Commissione avviò la procedura di infrazione con decisione della Commissione del 18.12.2003, IP/03/1763, la cui notizia stampa è reperibile all'indirizzo .

(20) CGCE, sentenza 17.07.2008, causa C-371/05, *Commissione/Repubblica Italiana (ASI)*, non ancora pubblicata, §§8-9.

(21) Si permetta il rinvio a D. PIAZZONI, *In house providing, partenariati pubblico-privato istituzionalizzati e a scopo di finanziamento*, in *Giur. Comm.*, in corso di pubblicazione.

ne»²². Questa impostazione è stata confermata dalla successiva giurisprudenza comunitaria e fatta propria dalla giurisprudenza nazionale. La fattispecie consta pertanto di tre poteri cumulativi, intitolati all'Amministrazione controllante: potere direttivo, potere coordinativo e potere di vigilanza²³.

a) potere direttivo

Anzitutto il «*controllo analogo*» si esprime nel potere di impartire direttive che il controllato considera determinanti. Questa componente, individuata inizialmente dagli Avvocati generali²⁴ e tratteggiata in alcune decisioni dalla Corte di Giustizia²⁵, è stata formalizzata nella sentenza *Parking Brixen*²⁶: il requisito strutturale si concretizzerebbe nella «*possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti*»²⁷ del controllato. L'adagio è stato ripetuto in alcune sentenze successive²⁸, e si può ritenere che si tratti di un principio sufficientemente consolidato.

b) potere coordinativo

Al potere direttivo si accompagna l'aderenza degli interessi del controllato agli inte-

(22) Commissione CE, Comunicazione 26.06.2002, C (2002) 2329, di messa in mora del Governo italiano, §33, disponibile al sito ; e in M. NODARI, G. GENTILE, *Servizi pubblici locali*, pubblicato dalla Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia, Udine 2007, p. 66, disponibile alla pagina *web*, visitata da ultimo il 19.10.2008.

(23) *Contra*, v. G. BASSI, *Le determinanti del controllo analogo "in forma collettiva" nell'istituto dell'in house providing*, in *Riv. Trim. App.*, 2009, pp. 413 e ss., che riunisce i poteri di direzione e coordinamento in un'unica endiadi, distinguendoli dai poteri propri della relazione gerarchica in senso stretto.

(24) S. ALBER, Conclusioni rassegnate nella causa C-108/98, *Ri.San. S.r.l./Comune di Ischia*, pres. il 18.03.1999, §49; Ph. LÉGER, Conclusioni rassegnate nella causa C-94/99, *ARGE Gewässerschutz/Bundesministerium für Land- und Fortwirtschaft*, pres. il 15.06.2000, §§59 e 66;

(25) CGCE, sentenza 07.12.2000, causa C-94/99, *ARGE Gewässerschutz/Bundesministerium für Land- und Fortwirtschaft*, in *Racc.* 2000, I-11037, §40;

(26) CGCE, sentenza 13.10.2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH/Gemeinde Brixen + Stadtwerke Brixen AG*, in *Racc.*, 2005, p. I-08612, e in *Foro It.*, 2006, IV, col 76, con nota di R. URSI, *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società in house*, in *Foro It.*, 2006, IV, col. 79 e ss. V. *supra*, Capitolo 4, §3.

(27) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §65.

(28) Cfr. CGCE, sentenza 11.05.2006, causa C-340/04, *Carbotermo s.p.a. e Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio*, §36, in *Racc.* 2006, p. I-04137; in *Foro It.*, 2006, IV, col. 510, con Nota di R. URSI, cit.; CGCE, sentenza 17.07.2007, causa C-371/05, *Commissione CE/Repubblica Italiana (ASI)*, §24.

ressi del controllore, che si esprime in un potere che si potrebbe definire “coordinativo”. Si potrebbe forse negare autonomia ad esso, ritenendolo assorbito nel primo. Va sottolineato però che il potere di impartire direttive vincolanti ad un soggetto implica, per quest’ultimo, un obbligo di esecuzione delle direttive e ad esse è limitato. Il potere coordinativo, invece, sembra avere contenuto più ampio allo stesso tempo meno specifico del potere direttivo, perché investe la totalità dell’attività del soggetto che vi soggiace e non si rivolge ad una precisa ed individuata attività.

Il principio si può desumere dalla sentenza *Stadt Halle*²⁹, nella quale la Corte stabilendo che ogni partecipazione privata al capitale di una società ha per conseguenza che l'organo amministrativo della società debba tenere in considerazione gli interessi del privato investitore, in conflitto con gli interessi del socio pubblico cui invece il *provi-der* dovrebbe aderire. La pronuncia sottolinea la necessità di un coordinamento tra controllore e controllato che si concretizza nell’annichilimento degli interessi del controllato divergenti da quelli del controllore. Per altro verso l’aderenza totale degli interessi del controllato a quelli del controllore, nell’ambito di un’operazione di ristrutturazione di gruppo societario e quindi in assenza di un conflitto sulla natura pubblica o privata degli stessi, sembra essere stata riconosciuta quale elemento che permette in qualche modo di perforare la distinta personalità giuridica formale, per ravvisare una

(29) CGCE, sentenza 11.01.2005, causa C-26/03, *Stadt Halle + RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, in *Racc.*, 2005, pp. I-001 e ss., sulla quale v. *supra*, Capitolo 4, §2.; in *Urb. e app.*, 2005, pp. 288 e ss., con nota di R. DE NICTOLIS, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata negli affidamenti in house e a società miste*, pp. 295 e ss.; in *Contrats et Marchés publics*, 2005, mars, pp. 22 e s., con nota di G. ECKERT, *Contrats «in house» et sociétés d'économie mixte locales*, pp. 23 e ss.; in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, 3-4, pp. 992 e ss., con nota di V. FERRARO, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di giustizia nella sentenza Stadt Halle*, pp. 1004 e ss.; in *Bulletin Juridique des contrats publics*, 2005, n° 40, pp. 180 e ss., con nota di CH. MAUGUE, *A propos de l'arrêt Stadt Halle de la Cour de Justice des Communautés européennes du 11 janvier 2005 aff. c-26/03, A) peut-il y avoir contrat "in house" entre un pouvoir adjudicateur et une société dans le capital de laquelle participe une entreprise privée? B) quelles sont les implications de la directive recours pour les décisions prises en dehors d'une procédure formelle de passation de marche?*; in *Foro It.*, 2005, IV, col 134 e ss., con nota di R. URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è «casa» per le società a capitale misto*, col 136 e ss.

sostanziale unicità soggettiva ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico³⁰.

Ad altri fini, sembra potersi trarre il più generale principio che, per il diritto comunitario degli appalti, l'identità soggettiva tanto dell'offerente quanto dell'Amministrazione aggiudicatrice non è un problema di distinzione formale ma il risultato del presentarsi quale operatore economico unico sul mercato, anche se strutturato in più centri di imputazione formali, purché siano univocamente coordinati.

c) potere di vigilanza o di supervisione

Infine, compendia i precedenti il potere dell'Amministrazione di valutare l'effettivo perseguimento dei propri interessi e direttive, per intervenire in funzione correttiva ed eventualmente sanzionatoria sull'azione del controllato.

Questo aspetto sembra essere stato affrontato in modo esplicito dalla Corte di Giustizia solo nella vicenda *ASI*: la CGCE ha considerato elemento decisivo la possibilità per il Comune di Mantova di verificare direttamente l'operato dell'*ASI*³¹. Va comunque notato che si tratta del naturale riflesso dei poteri determinativo forte e coordinativo che, se non accompagnati dall'effettiva possibilità di valutazione ed intervento, perderebbero gran parte del loro significato: l'autonomia dell'organo amministrativo del soggetto diretto affidatario rispetto alle direttive dell'Amministrazione pubblica – elemento escludente la ricorrenza del requisito del «*controllo analogo*» – rileva non solo nella

(30) CGCE, sentenza 19.06.2008, causa C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH/Republiken Österreich (Bund) et al. (Pressetext)*, non ancora pubblicata nella *Raccolta* e disponibile al portale, §54: la APA, agenzia di stampa austriaca, stipulò nel 1994 (prima dell'adesione dell'Austria alla CEE) una convenzione per la fornitura di alcuni servizi; nel 2000 la APA si riorganizzò, cedendo alla APA-OTS, sua controllata al 100%, detto contratto, ma nell'ambito di un piano di gruppo per il quale la APA impartiva direttive vincolanti alla APA-OTS e rimaneva responsabile in solido con quest'ultima per le obbligazioni assunte nei confronti del Governo, con cessione di tutti i profitti e di tutte le perdite dalla società figlia alla società madre. La Corte, chiamata a chiarire se tale cessione configuri nuova aggiudicazione, ha chiarito che questo tipo di cessione altro non è se non un fatto meramente interno alla APA (§45), che non modifica il termine essenziale del contratto di appalto e che, quindi, non configura nuova aggiudicazione. La Corte ha comunque precisato che elemento centrale è la responsabilità: se non muta la responsabilità per le obbligazioni assunte, non si ha «*aggiudicazione*» ai sensi del diritto comunitario.

(31) CGCE, sent. *ASI*, cit., §26.

sua dimensione gestoria, di insofferenza delle direttive eventualmente impartite dal socio pubblico³²; ma anche nell'insuscettibilità dell'organo amministrativo ad essere vigilato continuamente e pervasivamente dalla pubblica Amministrazione, al fine di intervenire e correggere le deviazioni rispetto alle direttive emanate.

In via di fatto la Corte ha riconosciuto la ricorrenza dell'elemento strutturale della relazione *in house* in ipotesi in cui alla riduzione di autonomia del controllato corrispondeva uno statuto di responsabilità agevolato dell'organo amministrativo, che trovava propri ragione e limite nell'esecuzione delle prestazioni affidate: la mancata o incorretta esecuzione, o il travalicamento dei limiti comportava la sanzione della perdita dello statuto agevolato di responsabilità³³.

Il cumularsi e combinarsi di questi tre elementi – potere direttivo, coordinamento e potere di supervisione – comporta un'incidenza stringente dell'Amministrazione sull'attività e sugli organi decisionali dell'organizzazione *in house*, che può essere considerata mero strumento di esecuzione degli incarichi affidati dalla prima³⁴.

5. «Controllo analogo» e delegazione interorganica

Facendo leva sui poteri che configurano il «*controllo analogo*» è stato ritenuto che l'affidamento *in house* sarebbe una forma di delegazione interorganica: l'Amministrazione consentirebbe unilateralmente con atto formale ad un altro organo di esercitare le proprie competenze, mantenendo poteri di direttiva, di vigilanza, di revisione e di

(32) V. soprattutto CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §§67 e ss.

(33) V. *infra*, in tema di strumenti societari per l'esercizio del «*controllo analogo*», §4.1.

(34) In senso analogo, v. in particolare S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, p. 295: l'*in house provider* sarebbe incapace di esprimere un'autonoma volontà imprenditoriale, attuando solo «*scelte ed indirizzi unilateralmente determinate dall'amministrazione*»; non sembrano però condivisibili le conclusioni dell'A., che soffre di una ricostruzione soggettivista della fattispecie: l'*in house providing* sarebbe una delegazione interorganica; su questo specifico aspetto, v. *infra*, §3.1.

avocazione³⁵. La posizione è fatta propria da alcuni Avvocati generali³⁶, da parte della dottrina³⁷ nonché dal Consiglio di Stato italiano³⁸. Secondo alcuni, però, essa sarebbe stata rifiutata dalla giurisprudenza³⁹.

Nella vicenda *Committenza delegata* la CGCE ha valutato la compatibilità con il diritto comunitario degli artt. 3-5, loi n° 85-704, che permettevano all'Amministrazione pubblica di delegare (con convenzione scritta) le attività di aggiudicazione degli appalti, in proprio nome e conto, e di svolgere assistenza tecnica in proprio favore ad altro soggetto – individuato in un elenco tassativo contenuto nell'art. 5. Il centro del dibattito riguardò la qualificazione del mandato come appalto di servizi, da assoggettare alle procedure di gara⁴⁰; o se esso, comportando il trasferimento di compiti di interesse ge-

(35) Cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 9° ed., Giuffrè, Milano 2007, pp. 152-153; F. G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in L. MAZZAROLLA *et al.*, *Diritto amministrativo – I*, 2° ed., Monduzzi editore, Bologna 1998, pp. 614 e ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 580 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino 2001, pp. 109 e ss.; F. S. SEVERI, *Delegazione amministrativa e utilizzazione degli uffici*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET, Torino 1989, *ad vocem*.

(36) Per A. LA PERGOLA, Conclusioni rassegnate nella causa C-360/96, *Gemeente Arnhem + Geemete Rheden/BFI Holding*, §38, il difetto di terzietà che impedisce l'applicazione delle Direttive in materia di appalti è quella ravvisabile in caso di delegazione interorganica; COSMAS, Conclusioni *Teckal*, cit., §59; il passo è riportato anche da M. POIARES MADURO, Conclusioni rassegnate nella causa C-264/03, *Commissione/Repubblica francese (Committenza delegata)*, pres. il 24.11.2004, nt 21.

(37) COLOMBARI, *Organismo*, cit.; Id., «*Delegazione interorganica*» ovvero «in house providing» nei servizi pubblici locali, in *Foro Amm.vo – CdS*, 2004, pp. 1136 e ss.; M. GALESÌ, In house providing: verso una concreta definizione del controllo analogo?, in *Urb. e App.*, 2004, p. 933; M. URSO, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, in *Urb. e App.*, 2006, p. 1422, ricostruisce la giurisprudenza italiana in questa direzione; F. LEGGIADRO, *Affidamento in house e concessione per la gestione di una rete di teledistribuzione: controllo analogo e controllo pubblico*, in *Urb. e App.*, 2009, p. 290, menziona invece il diverso istituto della delegazione interorganica.

(38) V. in particolare Cons. Stato, Ad. Plen., sentenza 1/2008, *ASL 19 di Asti/Medicasa Italia S.p.A.*, in *Foro Amm.vo – CdS*, 2008, pp. 741 e ss., con nota di C. ACOCELLA, F. LIGUORI, *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della plenaria*, pp. 256 e ss.; sulla stessa cfr. anche M. PELLINGRA CONTINO, *Una nuova pronuncia del Consiglio di Stato in materia di affidamenti a società miste: una lettura in senso restrittivo dell'istituto tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Rass. Amm. Reg. Sic.*, 2008, 2, pp. 619 e ss.

(39) CH. STIX-HACKL, Conclusioni rassegnate nella causa C-340/04, *Carbotermo S.p.A. + Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio + AGESP (Carbotermo)*, pres. il 12.01.2006, §53, chiarisce come la Corte non abbia mai accettato la ricostruzione della relazione *in house* secondo gli schemi della delegazione interorganica.

(40) Cfr. il ricorso della Commissione CE, in G.U.C.E. del 23.08.2003, C 200/15, 2003/C 200/27; CGCE, sent. *Committenza delegata*, cit., §§ 22-24; POIARES MADURO, Conclusioni *Committenza delegata*, cit.

nerale⁴¹ e, soprattutto, di alcuni poteri pubblici dal delegante al delegato, fosse sottratto alla disciplina sulla libera circolazione dei servizi ex artt. 45 e 49 TCE⁴². La Corte di Giustizia CE ha scisso la figura della committenza delegata da quella dell'approvvigionamento *in house*: né l'attribuzione di compiti di interesse generale né il trasferimento di pubblici poteri sono idonei *ex se* a configurare il requisito del «controllo analogo»⁴³.

Oltre alla decisione della Corte, l'avvicinamento del rapporto di delegazione interorganica al requisito del «controllo analogo» suscita perplessità sotto il duplice profilo funzionale e strutturale. Dal primo punto di vista, caratteristica precipua della delegazione interorganica sembra essere il trasferimento di poteri dal delegante al delegato, con modifica della ripartizione delle competenze: elemento non qualificante la fattispecie dell'affidamento *in house*. Dal punto di vista strutturale, invece, i poteri che il delegante può esercitare sul delegato consistono nell'impartire direttive che, se non seguite, legittimano l'avocazione o la revoca⁴⁴ della delega, o l'annullamento degli atti illegittimi⁴⁵. Si è più prossimi allo schema dei poteri sanzionatori che a quello dei poteri determinativi, laddove lo schema dell'*in house providing* è caratterizzato da uno spettro più ampio, ma anche meno penetrante, di poteri dell'affidante.

La differenza è chiara considerando le conseguenze che sembrano riconducibili alla violazioni delle direttive impartite dall'Ente delegante o affidante. Nel caso della delegazione interorganica, al delegante è possibile avocare la competenza delegata o sostituire l'organo delegato, con ciò esaurendo il proprio potere direttivo. Nel caso dell'*in house providing*, invece, tali strumenti non avrebbero senso, perché nessuna competenza è passata al *provider*; nonostante la questione non sia mai stata analizzata,

(41) CGCE, sent. *Committenza delegata*, cit., §25.

(42) CGCE, sent. *Committenza delegata*, cit., §§32-33.

(43) CGCE, sent. *Committenza delegata*, cit., §50.

(44) Così CASETTA, *Manuale*, cit., p. 153.

(45) Così CARINGELLA, *Manuale*, cit., p. 581.

né proposta all'attenzione della Corte, si può ritenere che gli strumenti siano 1) la sostituzione del soggetto-amministratore che ha violato le indicazioni dell'Amministrazione con altro soggetto; 2) il rafforzamento, eventualmente *iussu iudicis*, del potere direttivo; o 3) l'affidamento dell'esecuzione ad altra struttura, eventualmente individuata tramite procedura di gara, con ciò esauendo l'utilità del *provider*.

6. «Controllo analogo» e partecipazione pubblica totalitaria

6.1. Necessità della partecipazione pubblica totalitaria

Nella già menzionata sentenza *Stadt Halle* la Corte ha escluso che la relazione tra un'Amministrazione aggiudicatrice e un partenariato pubblico-privato istituzionalizzato di cui la stessa fosse parte possa essere qualificata *in house*.

Ciò per due ragioni.

Strutturale, per la compresenza di interessi in potenziale conflitto nella compagine sociale, tale da costringere l'organo amministrativo ad una mediazione tra gli stessi (§51). Nell'ordinamento italiano ciò trova preciso riscontro sia nella disciplina delle s.p.a., dove, oltre all'azione del socio di minoranza *ex art. 2393-bis* il singolo socio (indipendentemente dalla partecipazione azionaria) ha il potere di denunciare al collegio sindacale l'organo amministrativo *ex art. 2408 c.c.*⁴⁶; sia nella disciplina delle s.r.l., il ruolo dei cui soci, di attivo interessamento alla gestione dell'impresa sociale⁴⁷, riceve

(46) L'argomento non risulta essere stato esplorato in maniera significativa in dottrina, con riguardo all'ipotesi dell'*in house providing*. In generale, cfr. M. PERRINO, *Il controllo individuale del socio di società di capitali: fra funzione e diritto*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, in part. pp. 654-656 (INIZIA A P. 639).

(47) M. PERRINO, *La "rilevanza del socio" nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, pp. 810 e ss.; Id., *Il controllo individuale*, cit., p. 657; G. ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. Soc.*, 2003, pp. 58 e ss.; A. GABRIELLI, *Quale controllo per le società a responsabilità limitata?*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, pp. 95 e ss., argomenta in favore di Trib. Roma, decr. 01.12.2004, in *Giur. Comm.*, 2006, II, pp. 81 e ss., e C. App. Roma, decr. 07.04.2005, in *Giur. Comm.*, 2006, II, pp. 85 e ss., chiarendo che la mancata previsione dell'azione *ex art. 2409 c.c.* risponde alla nuova forma della s.r.l. che vede un ampliamento significativo dei poteri ispettivi e di vigilanza del socio; sugli stessi provvedimenti v. anche A. DONATO, *è applicabile l'art. 2409*

una collocazione negli artt. 2476 e 2479 c.c..⁴⁸

Il secondo motivo ha carattere funzionale, per il rischio di attribuire ad un'impresa una posizione di privilegio nei confronti dei suoi concorrenti, in base a considerazioni extraeconomiche (§52).

La Corte ha riaffermato espressamente il principio nella vicenda *SEDL*, portata alla sua attenzione dall'ordinamento francese: il Comune di Roanne aveva concluso con la *Société d'Équipement de la Loire* una convenzione per la riqualificazione di alcuni quartieri depressi⁴⁹. La Corte esclude la ricorrenza del «*controllo analogo*» in ragione della presenza di investimenti privati nel capitale della *SEDL* (§§63-64), ma ammette che l'affidamento diretto a società mista possa trovare altro fondamento nella disciplina comunitaria degli appalti (segnatamente nella disciplina della centrale di committenza, non applicabile al caso di specie *ratione temporis*)⁵⁰. Lo stesso nella sentenza *Italia elicotteri*, dove ha escluso la possibilità di ricorrere allo schema dell'*in house providing* per giustificare l'affidamento diretto a società partecipata da Enti pubblici e una società privata⁵¹.

Per la Comunicazione interpretativa della Commissione sui PPPI dell'aprile 2008 il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato costituirebbe un'ipotesi di affidamento a terzi di un'attività economica, mentre l'*in house providing* costituirebbe una fattispecie di esercizio in proprio⁵². Peraltro, il PPPI potrebbe originare dalla vendita da parte del-

alla s.r.l. riformata?, in *Giur. Comm.*, 2006, II, pp. 103 e ss.

(48) V. *inter alios* I. DEMURO, *Distribuzione e spostamento di competenza tra amministratori e (decisioni dei) soci nella s.r.l.*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, pp. 856 e ss.; GABRIELLI, *Quale controllo*, cit.; ZANARONE, *Introduzione*, cit.;

(49) CGCE, sentenza 18.01.2007, causa C-220/05, *Jean Auroux et al/Commune de Roanne + Société d'Équipement de la Loire*, §§12-13, in *Giur. It.*, 2007, 7 e ss., con nota di R. FERORELLI, *Convenzione pubblica di sistemazione urbanistica – Nozione di appalto pubblico di lavori*, in *Giur. It.*, 2007, 288 e ss.;

(50) CGCE, sent. *SEDL*, §§ 65 e ss. V. *supra*, Capitolo 1.

(51) CGCE, sentenza 08.04.2008, causa C-337/05, *Commissione/Italia (Italia elicotteri)* §§36-41.

(52) Commissione CE, 12.04.2008, 2008/C 91/O4, *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubbli-*

l'Amministrazione-socio di partecipazioni societarie di una società qualificabile *in house provider*⁵³: le due fattispecie non si sovrappongono, ma sono prossime l'una all'altra e possono succedersi temporalmente. Infine: il PPPI è considerato funzionalmente omogeneo ad un contratto di appalto⁵⁴, e deve quindi rispettare la stessa disciplina, più precisamente la scelta del socio privato tramite una procedura che corrisponda, nelle linee essenziali, alla gara per l'aggiudicazione di un appalto⁵⁵, principio confermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Acosef*⁵⁶.

6.2 Stabilità della partecipazione pubblica totalitaria

Dal percorso giurisprudenziale si può infine inferire che l'apertura al capitale sociale non può avvenire neanche in un momento successivo all'aggiudicazione dell'appalto. Salva la sentenza *ASI*, che legittima l'apertura ad investimenti privati successiva all'affidamento diretto dell'appalto ma che sembra esser rimasta isolata nel panorama

co-privati istituzionalizzati (PPPI), in G.U.C.E. 12.04.2008, C 91/4 e ss., §1, secondo a capo.

(53) Commissione CE, Comunicazione *ult. cit.*, §2.2, primo a capo: «*Concretamente l'instaurazione di un partenariato pubblico-privato si traduce in genere: [...] – nella partecipazioe di un partner privato a un'impresa pubblica già esistente che esegue appalti pubblici o concessioni ottenuti in passato nell'ambito di una relazione "interna"*».

(54) Questo specifico punto è stato oggetto di critiche sia in giurisprudenza, sia in dottrina. Cfr. in part. Cons. Stato, sent. 5587/2007; in dottrina, sotto il profilo più strettamente istituzionale, cfr G. CAIA, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale*, cit., p. 1084; M. DUGATO, *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali. Costituzione della società, dismissioni, affidamento del servizio, rapporto tra ente e società*, in *Riv. Trim. App.*, 1996, spec. p. 252; in prospettiva orientata piuttosto alle conseguenze, v. C. LACAVA, *In house providing e tutela della concorrenza*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, 8, pp. 841 e ss. *Contra* cfr. ACOCELLA, LIGUORI, *Questioni*, cit., p. 784: l'evidenza pubblica ha la funzione di evitare l'attribuzione di posizioni di privilegio sia in caso di contratto di scambio, sia in caso di contratto di scopo.

(55) Commissione CE, Comunicazione *ult. cit.*, §2.3. La Commissione richiede in particolare che l'aggiudicazione avvenga con criteri trasparenti e procedure aperte (§2.3.2), fornendo adeguate informazioni sul progetto che il PPPI dovrà porre in essere, suo oggetto sociale (§2.3.3)

(56) CGCE, sentenza 15.10.2009, causa C-196/08, *Acosef SpA/Conferenza dei Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO idrico Ragusa et al. (Acosef)*. La Corte ha confermato la legittimità dell'affidamento diretto di un incarico ad una società a capitale misto pubblico-privato, senza necessità di una doppia procedura (per la scelta del socio e per l'affidamento del servizio), purché il socio privato sia scelto nel rispetto dei principi di libera concorrenza con una gara trasparente e non discriminatoria avente ad oggetto «*previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire*»

delle sentenze della CGCE⁵⁷, il giudice comunitario sembra richiedere che il carattere della partecipazione pubblica totalitaria debba essere costante durante tutta la durata dell'affidamento.

Circostanze successive all'affidamento non dovrebbero essere considerate nella valutazione della legittimità dell'operazione, poiché essa deve basarsi sulle circostanze presenti al momento in cui l'incarico viene affidato⁵⁸. Esse possono tuttavia rilevare se presenti *in nuce* al momento dell'affidamento, ma si verificano successivamente. Nella sentenza *SeTCo* la Corte chiarisce come dette circostanze debbano consistere in qualcosa di più della mera possibilità di apertura al capitale privato, in sé sempre possibile in una società di capitali: deve trattarsi del concreto programma di apertura ad investimenti privati in modo da eludere i principi generali di cui agli artt. 12, 43, 45, 46 e 49 TCE⁵⁹.

Nella vicenda *Mödling* la Corte ha condannato la Repubblica d'Austria per il fatto dell'affidamento diretto del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani ad una società a partecipazione pubblica totalitaria da parte del Comune di Mödling, che cedette il 49% del capitale a società privata prima che avesse inizio l'esecuzione dell'appalto⁶⁰. Le «*circostanze particolari*» che determinarono la Corte a spostare la propria attenzione oltre il momento genetico dell'affidamento furono il fatto dell'apertura del capitale, il fatto dell'inizio dell'attività solo dopo tale apertura, la concomitanza degli eventi. Nella causa *ANAV* la Corte chiarì che anche la concreta volontà di apertura al

(57) CGCE, sent. *ASI*, cit.; v. più approfonditamente riguardo *infra*, Capitolo 6, §3.

(58) Così espressamente CGCE, sent. *ASI*, cit., §§29-30; CGCE, sent. *SeTCo*, cit., §48.

(59) CGCE, sent. *SeTCo*, cit., §50.

(60) CGCE, sent. *Mödling*, cit.: la Corte chiarì che, ancorché per ragioni di certezza del diritto deve essere valutata la situazione di fatto quale al momento dell'affidamento, «*le circostanze particolari* [della vicenda in oggetto] *richiedono che siano presi in considerazione avvenimenti successivamente intervenuti*» (§38); e che la successiva apertura ai privati del capitale di una società diretta affidataria già a partecipazione pubblica totalitaria qualifica l'affidamento illegittimo.

capitale privato⁶¹ tramite gara ex art. 113, c. 5, lett. b), d. lgs. 267/2000, in quanto produttiva del risultato della partecipazione di imprese private al capitale del diretto affidatario, sarebbe idonea a escludere il «*controllo analogo*»⁶². Ciò per evitare che le Amministrazioni aggiudicatrici ricorrano a «*manovre dirette a velare l'aggiudicazione di appalti pubblici [...] a società ad economia mista*»⁶³, con ciò vanificando l'effetto utile delle Direttive tramite la violazione di principi di trasparenza, uguaglianza e non discriminazione e tramite l'attribuzione di una posizione di privilegio ad un'impresa, ottenuta non attraverso un confronto concorrenziale con altre imprese cointeressate⁶⁴. In *Parking Brixen* viene considerato elemento decisivo per la valutazione di commercialità della società *Gemeinde Brixen GmbH*, diretta concessionaria di un parcheggio pubblico, l'obbligo legale di apertura del suo capitale ad investimenti privati⁶⁵.

Quanto alle conseguenze dell'apertura successiva al capitale privato, la Corte non è chiara. Si possono ipotizzare due percorsi.

Ricorrendone i requisiti, e cioè se il socio privato è stato scelto per il tramite di procedura di gara trasparente e non discriminatoria avente ad oggetto sia la vendita della quota di capitale, sia la prestazione affidata direttamente alla società, allora si rientrerebbe nell'ipotesi dei PPPI, sopra analizzata. Se invece ciò non avviene, per la sentenza *SeTCo* sembra che l'affidamento diventi illegittimo: il fatto che «*durante il periodo di validità [... dell']appalto gli azionisti privati siano ammessi a partecipare al capitale di*

(61) CGCE, sent. *ANAV*, cit., §§ 29-30: di fronte alla revoca della delibera di apertura della gara per la selezione del socio privato, avviata prima dell'affidamento diretto del servizio all'AMTAB, la CGCE chiarisce non essere proprio compito la verifica in fatto della volontà del Comune di Bari di procedere alla selezione di un socio privato, rinviando al giudice del merito; ribadisce comunque che, ove questa intenzione si concretizzasse, «*qualora, durante la vigenza del contratto di cui alla causa principale, il capitale dell'AMTAB Servizio fosse aperto ad azionisti privati, la conseguenza di ciò sarebbe l'affidamento di una concessione di servizi pubblici ad una società mista senza procedura concorrenziale, il che contrasterebbe con gli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario*» (§30).

(62) CGCE, sent. *ANAV*, cit., §§ 27-32.

(63) CGCE, sent. *Mödling*, cit., §42.

(64) Così in CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., §§50-51; CGCE, sent. *Mödling*, cit., §§ 42 e 48-49.

(65) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §67 lett. c.

detta società costituirebbe un cambiamento di una condizione fondamentale dell'appalto che necessiterebbe dell'indizione di una gara»⁶⁶.

7. La destinazione della parte più importante dell'attività del provider all'Amministrazione aggiudicatrice

Il requisito funzionale è stato oggetto di attenzioni molto più limitate rispetto al requisito strutturale. Ne è incerta anche la formulazione testuale: la Corte richiede che il diretto affidatario realizzi con (o destini al) l'Amministrazione che lo controlla la parte «più importante»⁶⁷ – o «essenziale»⁶⁸ – della propria attività.

Non aiuta neanche un'interpretazione alla luce degli ordinamenti nazionali. Ad esempio il *Code des Marchés Publics* francese del 2001 richiede che l'affidatario eserciti «l'essentiel» della propria attività con l'affidante (art. 3, al. 1). L'ordinamento italiano richiede all'art. 113, cc. 4 e 5, TUEL che l'affidatario di servizi pubblici locali destini la parte «più importante» della propria attività all'Ente locale affidante; esso è corretto dall'art. 23-bis, d. l. 112/2008, come emendato dall'art. 15, d.l. 135/09, per il quale è legittimo l'affidamento direttamente a chi svolge la «prevalenza» della propria attività con

(66) CGCE, sent. *SeTCo*, §53; in senso analogo anche CGCE, sent. *ANAV, loc. ult. cit.*

(67) CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., §49; CGCE, sentenza 13.01.2005, causa C-84/03, *Commissione/Spagna (Spagna Oli)*, §38; CGCE, sentenza 13.01.2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH/Gemeinde Brixen*, §58, ma al §71 viene usato l'aggettivo «essenziale»; CGCE, sent. *Commissio delegata*, cit., §50; CGCE, sentenza 10.11.2005, causa C-29/04, *Commissione/Austria (Modling)*, §34; CGCE, sentenza 11.05.2006, , causa C-340/04, *Carbotermo + Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio + AGESP (Carbotermo)*, §§ 49 e ss.; CGCE, sentenza 06.04.2006, causa C-401/04, *ANAV/Comune di Bari (ANAV)*, §24; CGCE, sentenza 18.01.2007, causa C-220/05, *Jean Aurox et al/Commune de Roanne/Société d'équipement de la Loire (SEDL)*, §63; CGCE, sent. *TRAGSA*, cit., §55; CGCE, sentenza 18.12.2007, causa C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia/Administración General del Estado (Correos)*, §§ 59 e ss.; CGCE, ordinanza 10.04.2008, causa C-323/07, *Termoraggi/Comune di Monza + AGAM (Termoraggi)*. CGCE, sent. *Italia elicotteri*, cit, §36.

(68) CGCE, sentenza 08.05.2003, causa C-349/97, *Commissione/Spagna (Spagna Olio)*, §204; CGCE, sent. *Parking Brixen, loc. ult. Cit.*; CGCE, sent. *Brutélé*, cit., chiarisce che il requisito della destinazione della parte «più importante» dell'attività dell'affidatario all'affidante ricorre quando il primo esercita nei confronti del secondo la parte «essenziale» della propria attività (§§26-27).

l'Ente controllante. Da sottolineare che, avvenuto l'affidamento diretto, il sistema italiano impone un vincolo di esclusività all'affidatario: egli deve dismettere tutte le attività *extra moenia* (art. 13, c. 3, d.l. 223/2006) anche se gestite tramite società-figlie (art. 23-bis, c. 9, d.l. 112/08), né può esercitare alcuna attività nei confronti di soggetti privati o pubblici diversi dall'affidante (art. 13, cc. 1 e 4, d.l. 223/2006, per i diretti aggiudicatari di contratti non inerenti ai servizi pubblici locali; art. 23-bis, c. 9, d.l. 112/08, per i diretti affidatari di servizi pubblici locali e per gli aggiudicatari – anche non diretti – di servizi di gestione di reti di proprietà pubblica).

Solo due sentenze della Corte hanno affrontato *funditus* il requisito. Nella vicenda *Carbotermo* la CGCE si è interrogata sulla funzione del requisito e sul suo contenuto⁶⁹. La Corte ha chiarito che entrambi gli elementi concorrono ad identificare la medesima situazione, in cui l'azione dell'impresa diretta affidataria è ridotta per asservire agli scopi ed interessi dell'Amministrazione rispetto alla quale si pone in posizione di sostanziale appartenenza⁷⁰. Il requisito funzionale ricorre in tutti i casi in cui l'attività dell'affidatario sia sostanzialmente coincidente con l'attività oggetto di incarico: è irrilevante che sia destinata all'Amministrazione o a terzi, chi la remuneri o dove effettivamente si svolga⁷¹. Nella sentenza *Correos* la Corte torna sui propri passi quanto al contenuto del requisito: non configura «*destinazione della parte più importante della propria attività*» l'esercizio del servizio postale (universale) spagnolo, perché la parte più importante dell'attività di questo viene svolta nei confronti dei clienti del servizio postale (universale). Ne risulta compromessa la possibilità di considerare legittimi gli affidamenti di operazioni economiche svolte «*per conto*» dell'Amministrazione aggiudicataria, e non in suo favore.

(69) CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §§ 60 e ss.

(70) CGCE, sent. *Carbotermo*, cit. §61.

(71) CGCE, sent. *Carbotermo*, cit. §§62-67.

La dottrina ha seguito la Corte di Giustizia nel considerare il requisito in secondo piano⁷², a volte ignorandolo del tutto⁷³. Il contenuto del requisito rimane quindi incerto – anche se in Italia il legislatore sembra aver chiuso la questione vietando ogni attività *extra moenia* alle società *in house*, interrompendo le possibilità di dibattito in merito al suo contenuto e lasciando spazio solo a discussioni circa il suo significato – salvo quanto si cercherà di approfondire nei prossimi capitoli.

8. Contenuto e ruolo del requisito funzionale

Se l'assenza di esplicito dibattito in merito può essere considerato tratto costante della giurisprudenza comunitaria in materia, deve essere comunque tentata una ricostruzione del suo significato, anche facendo leva sul silenzio della Corte. Dalle scarse pronunce in merito si può comunque inferire che il requisito:

- a. è un elemento di fatto che deve essere valutato dalle Corti degli Stati membri;
- b. compendia il requisito strutturale, arricchendone il significato e non potendo essere disgiunto;
- c. funge da strumento di verifica del «*controllo analogo*».

8.1. «Attività non prevalente»

Un Autore ricostruisce l'intera giurisprudenza comunitaria in tema di *in house providing* alla luce del requisito funzionale⁷⁴: data la necessità che l'*in house provider*

(72) V. tra gli ultimi A. PRETTO, M. BALDINATO, *Il concetto di in house providing: recenti evoluzioni sul piano comunitario e prospettive nel diritto nazionale italiano*, in *Contr. E impr./Europa*, 2009, 1, che dedicano al requisito una solo passaggio, alle pp. 352-353. Ma v. G. GUZZO, *Società miste e affidamenti in house*, Giuffrè, Milano 2009, pp. 84 e ss.

(73) CH. IAIONE, *Le società in house degli enti locali*, ANCI Lazio, Roma 2006, non dedica neanche un paragrafo al requisito.

(74) S. DETTORI, *La società in house tra interesse pubblico e mercato. Spunti ricostruttivi*, ESI, Roma 2008.

eserciti la parte più importante della propria attività, sostiene, la fattispecie prevede che esso eserciti una parte di attività (la “non più importante” o, nell'opera, l'attività «*non prevalente*»). L'Autore insiste su questo aspetto ricorrendo ad un'impostazione fortemente istituzionalizzata del diritto societario: sarebbe nell'interesse della società in quanto imprenditore svolgere attività nei confronti di soggetti diversi dall'Ente pubblico (unico) azionista; il conflitto di interessi tra società-imprenditore e Amministrazione (unico) azionista è risolto nell'attribuzione di “quote” di attività per il perseguimento dei propri interessi all'una (l'Amministrazione affidante: la “quota” prevalente di attività) e all'altra (la società-imprenditore: la “quota” non prevalente di attività); il requisito strutturale consisterebbe dunque nell'insieme di strumenti che permettono alla Amministrazione pubblica di impedire all'interesse della società-imprenditore di valicare i limiti della propria “quota”. Conclude l'Autore sostenendo che l'*in house provider* avrebbe dunque l'obbligo di dedicare parte della propria attività non all'Amministrazione-socio, per permettere all'interesse della società-imprenditore di esplicarsi pienamente.

Questa impostazione pone al centro dell'attenzione l'elemento funzionale della relazione *in house* e fornisce un quadro concettuale in cui i due requisiti *Teckal* non sono separati, ma si completano a vicenda. Al di là della posizione dogmatica in merito all'uso della categoria dell'interesse sociale quale interesse proprio della società ad essere imprenditore, che non è qui approfondito, il pensiero di questo Autore appare criticabile per tre ragioni: 1) la troppo rigida ricostruzione delle posizioni in gioco, ricercando un conflitto tra Amministrazione e società in quanto tali; 2) il distacco troppo netto dai suggerimenti della giurisprudenza comunitaria e del legislatore nazionale: la prima attribuisce al requisito della «*destinazione prevalente*» la funzione di completare il requisito strutturale a conferma della non-impenditorialità dell'*in house provider*, e non suggerisce in alcun modo la necessità che questi svolga attività sul mercato; il legislatore ita-

liano, al contrario, vieta attività *extra moenia* all'*in house provider*, 3) un'inversione interpretativa, che vede nell'interesse amministrativo della P.A. l'elemento predominante nella fattispecie, mentre sembra che, eventualmente, sia l'interesse imprenditoriale della P.A. ad essere oggetto di limitazione nella giurisprudenza *Teckal*.

La ricostruzione è apprezzabile perché mette in luce un aspetto sottovalutato dagli interpreti nell'analisi del secondo requisito: la rilevanza dell'attività non svolta per chi controlla l'*in house provider*. Questo sotto-elemento, tuttavia, potrebbe rispondere a logiche diverse rispetto a quelle sopra opinare.

8.2. Pressione competitiva

In punto di organizzazione, il requisito funzionale potrebbe essere collegato a quelle istanze del «*new public management*» che suggeriscono l'*outsourcing* amministrativo e la successiva posizione sul mercato delle “agenzie” della P.A., nella convinzione che la pressione competitiva cui esse sarebbero sottoposte sia un utile strumento per indurle a organizzazione e comportamenti efficienti⁷⁵.

Se così fosse, la Corte avrebbe semplicemente garantito uno spazio di libertà agli ordinamenti amministrativi interni per perseguire questa efficienza. Va rilevato però sin d'ora che si tratterebbe di una risposta quantomeno inadeguata: non è sufficiente la sola pressione competitiva (eventuale, peraltro) a garantire che i vertici dell'*in house provider* ricerchino l'efficienza, essendo necessario invece che i *manager* siano esposti anche a piena responsabilità per le proprie decisioni (ed inazioni) e ad uno spazio di autonomia organizzativa che permetta loro di esercitare appieno le proprie prerogative

(75) V. il precedente Capitolo 1, §5; v. anche D. PARKER, K. HARTLEY, *Do changes in organizational status affect financial performance?*, in *Strategic management Journal*, 1991, pp. 631-641; G. A. HODGE, *Competitive tendering and contracting out: Rhetoric or reality?*, in *Public productivity & management review*, 199, pp. 455 e ss.

manageriali⁷⁶: il primo aspetto, come si vedrà, è contraddetto da alcuni degli strumenti di attuazione del «*controllo analogo*», che anzi sembrano propendere per garantire al *manager* uno spazio di irresponsabilità. Per altro verso, sembra strano che la Corte di Giustizia abbia inteso perseguire un valore, come quello dell'efficienza organizzativa interna della P.A., che di certo non rientra tra le prerogative né tra gli interessi del diritto comunitario.

8.3. Clausola di non compromissione dello sviluppo del mercato

Sembra preferibile una ricostruzione che permetta la *reductio ad unum* non solo del binomio attività prevalente/attività non prevalente, ma anche tra requisito funzionale e requisito strutturale, alla luce del diritto comunitario. Esaminando il percorso genetico dell'*in house providing*, si sottolineano i seguenti punti (anticipando parzialmente quanto sarà oggetto di più approfondita analisi nei prossimi capitoli):

- la giurisprudenza *Teckal* si colloca nella cornice sistematica della disciplina comunitaria degli appalti pubblici;
- questo sistema è volto alla creazione di un mercato unico intracomunitario; impone una serie di obblighi di pubblicità e procedurali per sollecitare e garantire a livello comunitario piena circolazione di imprese, beni e servizi;
- gli elementi *Teckal* individuano una fattispecie che è limite esterno della disciplina, e non un'eccezione: risponde agli stessi principi del sistema, e non a diversi ritenuti prevalenti in base ad un'opzione legislativa;
- essi devono essere analizzati coerentemente alla disciplina generale: in modo che sia garantito il massimo esplicarsi della circolazione di imprese beni e servizi.

(76) In questo senso, v. S. FERNANDEZ, D. W. PITTS, *Under what conditions do public managers favor and pursue organizational change?*, in *American Review of Public Administration*, 2007, pp. 324 e ss.

In sostanza, la clausola dell'attività "meno importante" svolta dall'*in house provider* sembra riconducibile alla logica dell'art. 106, §2, TUE: essa individua la possibilità di svolgere attività ancillari alla principale, di tenue importanza avuto riguardo all'interesse del sistema comunitario degli appalti e dell'Amministrazione aggiudicatrice che decide di avvalersi dello strumento dell'*in house providing*.⁷⁷

La "non prevalenza" indica un limite al potere dell'Amministrazione (esercitato per il tramite del «*controllo analogo*»): questa non può garantire ad un proprio ente strumentale il monopolio in un settore, permettendogli poi di valicare i limiti del settore stesso entrando in competizione per una parte importante della propria attività con imprese presenti sul mercato, perché questo comprometterebbe il corretto sviluppo delle forze di mercato.

9. Conclusioni

I caratteri sopra individuati sembrano essere lo scheletro della relazione *in house*, che persistono nonostante i rivolgimenti giurisprudenziali che saranno esaminati nei prossimi capitoli. La Corte di Giustizia CE, difatti, nel suo argomentare sembra dare sempre per presupposti:

1. quanto al requisito strutturale del «*controllo analogo*»: i termini di misurazione del «*controllo*», consistenti nella relazione che la singola Amministrazione vanta con i propri uffici; il contenuto dell'influenza che esercita l'Amministrazione aggiudicatrice sull'*in house provider*, tripartito in potere direttivo, coordinativo e di vigilanza; lo spazio di autonomia organizzativa lasciato al diretto affidatario; la necessità che il capitale sociale sia partecipato esclusivamente da soci pubblici,

(77) V. in questo senso CGCE, sentenza 10.09.2009, causa C-573/07, *Sea S.r.l./Comune di Ponte Nossa, Servizi Tecnologici Comuni – Se.T.Co. S.p.A. et al.*, §80.

perlomeno al momento dell'affidamento;

2. quanto al requisito funzionale della «*destinazione prevalente*»: la sua natura di elemento di mero fatto; la sua funzione di compendio del requisito strutturale; il suo contenuto qualitativo, e non quantitativo;
3. la reciproca complementarietà dei due elementi.

Su quest'ultimo aspetto si noti che, se il dibattito giurisprudenziale si è concentrato formalmente solo sul primo requisito, le differenti conclusioni non possono non avere conseguenze anche sull'interpretazione del secondo requisito.

Capitolo 7

L'in house provider come non-impresa

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Gli strumenti di esercizio del «controllo analogo»: proposta di una tassonomia – 3. «Controllo analogo» e modello delle società di capitali – 3.1. Società per azioni, partecipazione pubblica totalitaria e stakeholders – 3.2. Società a responsabilità limitata e relazione in house in Italia – 3.3 «Controllo analogo» e poteri del socio di società di capitali - 4. Ipotesi di «controllo analogo» su base contrattuale e problemi generali del controllo di tipo economico – 5. «Non-commercialità» dell'in house provider ed espressione di interessi di natura pubblica – 6. Conclusioni: in house providing e impresa pubblica.

1. Introduzione

Dei due requisiti della fattispecie *Teckal*, quello oggetto di maggiori attenzioni è lo strutturale. La giurisprudenza comunitaria si è concentrata nell'individuare gli strumenti che lo concretizzano pur senza elaborare alcun elenco, ma limitandosi ad individuare alcuni elementi indiziari.

La seconda fase della giurisprudenza *Teckal* si caratterizza per un'analisi piuttosto stringente degli elementi di fatto del caso concreto; essa si sviluppa lungo nove decisioni pronunciate dalla Corte di Giustizia CE tra l'11 gennaio 2005 (sentenza *Stadt*

Halle)¹ e il 19 aprile 2007 (sentenza *TRAGSA*)², che fa da spartiacque con la fase successiva. In questa fase la CGCE adotta un'impostazione particolarmente rigida: le possibilità di ricorrere all'affidamento *in house* e, in particolare, di farne uso ricorrendo allo strumento delle società di capitali di diritto comune sono ridotte al minimo.

2. Gli strumenti di esercizio del «controllo analogo»: proposta di una tassonomia

Il concreto atteggiarsi del requisito strutturale dipende dalla funzione effettivamente assolta dall'*in house provider*. Motivo forse per il quale non esiste un'elencazione positiva degli strumenti che lo realizzano: la CGCE ha lasciato la clausola aperta, analizzando caso per caso³ le fattispecie proposte alla sua attenzione; i legislatori nazionali hanno riportato la formulazione generale proposta dalla Corte, lasciando alla giurisprudenza interna di individuare gli elementi volta per volta rilevanti.

(1) CGCE, sentenza 11.01.2005, causa C-26/03, *Stadt Halle + RPK Recycling Park Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage (Stadt Halle)*

(2) CGCE, sentenza 19.04.2007, causa C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales/Transformación Agraria SA (Tragsa)*

(3) In questo senso l'analisi piuttosto penetrante di CGCE, sentenza 13.10.2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH/Gemeinde Brixen + Stadtwerke Brixen GmbH*, cit., §§67-68; cfr. in particolare F. GOISIS, *I giudici comunitari negano la «neutralità» della società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 1927-1928 dove, una volta esclusa la compatibilità tra il modello codicistico italiano di società per azioni e quanto richiesto dalla Corte di Giustizia in tema di relazione *in house*, la ammette rispetto ad una struttura sociale concretamente anomala. Tuttavia nelle successive pronunce la Corte ha fatto applicazione di questo principio, ma apparentemente degradando verso una valutazione degli atti formali (statuto e disciplina legale): CGCE, sent. *ANAV*, cit., §§ 27 e ss., analizza la decisione del Comune di Bari di aprire il capitale dell'AMTAB, società diretta affidataria del servizio di trasporto, al capitale privato; CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., §§38-39 analizza lo statuto del diretto affidatario e considera la partecipazione indiretta (per il tramite di una *holding*) dell'Amministrazione aggiudicatrice; CGCE, sent. *TRAGSA*, cit., opera una valutazione solo formalistica del dato normativo spagnolo e dello statuto legale della TRAGSA, diretta affidataria, senza addentrarsi nella concreta vita del gruppo TRAGSA. Un po' fuorviante, invece, CGCE, sent. *ASI*, cit., come già sottolineato: la sentenza in commento sembra concretizzare un'inversione di rotta, perché la Corte richiama più volte le clausole del contratto, dimostrando così di essersi addentrata in un'analisi concreta stringente; tuttavia, una lettura più approfondita dimostra chiaramente come la Corte si sia attenuta esclusivamente alle prospettazioni delle parti, senza analizzare il contratto né l'effettivo equilibrio dei poteri interni alla ASI.

La giurisprudenza ha comunque individuato alcune modalità di estrinsecazione dei poteri esercitati dall'amministrazione aggiudicatrice sull'*in house provider*, come espressi nella giurisprudenza. Gli strumenti possono essere distinti secondo l'interesse che esprimono: in modo (necessariamente) grossolano, secondo che essi abbiano natura economico-privatistica o politico-pubblicistica.

I primi individuano l'interesse a che le risorse affidate all'organismo *in house* per lo svolgimento degli incarichi affidati dall'Amministrazione siano correttamente utilizzate. Si esprimono tipicamente attraverso due schemi: uno istituzionale, principalmente (ma non esclusivamente) identificabile nella struttura delle società di capitali; l'altro contrattuale, secondo modelli assimilabili al contratto di mandato. Tuttavia si è già chiarito che gli schemi del mandato (o della *délégation*, per ciò che concerne il diritto francese) non sembrano godere, *quoad objectum*, dei requisiti che la Corte di Giustizia ravvisa nel «controllo analogo»: è necessario attribuire allo schema contrattuale diversa rilevanza.

Gli interessi di natura politico-pubblicistica, invece, si esprimono negli obiettivi che l'ente controllante persegue in via preminente nell'ambito delle proprie competenze. Sono manifestati normalmente tramite circolari, comunicazioni o altri atti di natura non normativa, la cui funzione è principalmente di fornire agli organi amministrativi linee-guida per la propria azione, e sono spesso accompagnati dalla possibilità, per l'organo emanante, di vigilare sulla corretta applicazione delle direttive, intervenendo se opportuno a raddrizzare o, eventualmente, a sanzionare l'operato dell'organo disallineato. Interessi ritenuti «*forti*» emergono a volte in atti normativi in senso proprio, normalmente di carattere inderogabile.

3. «*Controllo analogo*» e modello delle società di capitali

Le fattispecie esaminate dalla Corte di Giustizia CE in questa prima fase riguardano solo affidamenti diretti a società di capitali.

Il problema posto alla CGCE è dunque il seguente. Il modello delle società di capitali è tendenzialmente neutro: ad esso si può ricorrere per perseguire progetti anche molto diversi tra loro, perché si tratta di una modalità organizzativa che disciplina la struttura del potere decisionale e della relativa responsabilità⁴. Il giudice comunitario – analizzando principalmente società di diritto italiano e ferma la già esaminata necessità che il capitale sociale sia al momento dell'affidamento esclusivamente in mano a Autorità pubbliche – ha escluso che questa struttura sia assimilabile a quella delle prerogative de(i vertici de)ll'Amministrazione sui propri uffici e organi.

3.1. Società per azioni, partecipazione pubblica totalitaria e *stakeholders*

Nella sentenza *Parking Brixen* la Corte di Giustizia ha difatti chiarito che il requisito non si riduce alla titolarità dei poteri del socio di maggioranza di s.p.a. (nella specie, si trattava di un socio unico)⁵. In *Carbotermo* la Corte di Giustizia specifica che la partecipazione pubblica totalitaria è al più elemento indiziario della sussistenza del «*controllo analogo*», ma non può essere considerato fattore probatorio decisivo⁶.

Entrambi gli schemi organizzativi delle società azionarie e della società a responsabilità limitata impediscono che l'organo amministrativo persegua esclusivamente l'interesse del socio di maggioranza, tralasciando gli interessi espressi dai soci di minoranza che, nel caso delle s.p.a., trovano una sintesi nell'interesse sociale e un'espres-

(4) Cfr. P. SPADA, op. ult. cit., p. 107; Id., *Diritto commerciale II. Elementi*, CEDAM, Padova 2006, p. 33 e ss.

(5) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §§69-70.

(6) CGCE, sentenza 11.05.2006, causa C-340/04, *Carbotermo SpA + Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio et al*, §37, in *Racc.* 2006, p. I-04137; e in *Foro It.*, 2006, IV, col. 510, con nota di URSI.

sione nell'azione sociale della minoranza⁷.

Il principio esclude che la partecipazione pubblica totalitaria dell'Amministrazione affidante valga a dotarla di un potere di controllo sull'azione sociale analogo al potere di cui l'Amministrazione gode nei confronti dei propri uffici.

Il motivo di questa presa di posizione così netta è chiaro leggendo il testo delle sentenze. In entrambi i casi l'organo amministrativo godeva di rilevanti poteri gestori, che lo rendevano autonomo rispetto alle direttive del socio pubblico.

Nella vicenda *Parking Brixen*, la Corte dà particolare rilevanza al passaggio da azienda speciale a società per azioni: mentre nel primo caso il Comune di Bressanone sarebbe stato in grado di influenzare significativamente l'azione del diretto affidatario (§66), nel secondo questa capacità risulta attenuata sia dal concreto atteggiarsi dell'equilibrio tra gli organi sociali, con forte autonomia del Consiglio di Amministrazione per la realizzazione di un oggetto sociale che risulta oltretutto ampliato (§67), sia dalla natura del tipo sociale (§67, lett. a); la Corte si sofferma in dettaglio sui poteri del Consiglio di Amministrazione: può rilasciare garanzie per ingenti somme e compiere ogni atto di gestione senza previo accordo dell'assemblea dei soci (§68).

La sentenza è stata oggetto di vivace dibattito in dottrina. Alcuni commentatori si

(7) Cfr. art. 2393-bis c.c. In dottrina, A. PICCIAU, *Articolo 2393 – Azione sociale di responsabilità. Articolo 2393-bis – Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci. Articolo 2394-bis – Azione di responsabilità nelle procedure concorsuali*, in F. GHEZZI (a cura di), *Amministratori*, in P. MARCHETTI *et al* (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Vol. 3, Giuffrè, Milano 2005, p. 603, sottolinea come l'azione di responsabilità proposta dai soci di minoranza sia comunque un'azione sociale: il socio di minoranza altro non sarebbe che un sostituto processuale. F. VASSALLI, *Art. 2393-bis – Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di) *Commentario*, Jovene, Napoli 2004, Vol. II, p. 695, non prende posizione positiva, ma sembra escludere categoricamente che possa trattarsi di azione surrogatoria. Prima della riforma, tralasciando la discussione se l'articolo individui un'azione surrogatoria o vada ricondotta all'ipotesi generale della sostituzione processuale, v. i commenti all'art. 129, l. 58/98: F. BONELLI, *L'art. 129 legge Draghi: l'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza dei soci e l'assicurazione contro i rischi incorsi nella gestione*, in AA.VV., *La riforma delle società quotate*, Giuffrè, Milano 1998, p. 169; G. F. CAMPOBASSO, *Articolo 129 – Azione sociale di responsabilità*, in G. F. CAMPOBASSO (diretto da), *Testo Unico della Finanza*, Vol. Emittenti, t. 2, UTET, Torino 2002; G. OPPO, *L'azione «sociale»*, p. 408, infine, sussume l'azione sotto la categoria della gestione di affari "processuale".

sono limitati a registrare il principio della Corte, implicitamente attendendo ulteriori sviluppi⁸. Altri si sono chiesti se una relazione *in house* fosse configurabile, in assoluto, utilizzando i tipi societari a disposizione dell'Ente pubblico: una voce isolata ha sostenuto la perdurante sufficienza della partecipazione pubblica totalitaria, eventualmente (ma non necessariamente) coadiuvata da strumenti di diritto pubblico⁹; all'estremo opposto, è stata negata in assoluto la compatibilità tra modello della s.p.a. e *in house providing*¹⁰, notando come la struttura richiesta dalla Corte di Giustizia imponesse una forzatura degli equilibri sociali disegnati dal Codice civile¹¹ e proponendo invece di usare il modello delle s.r.l., la cui dimensione corporativa è meno accentuata¹².

Queste ultime posizioni sembrano trovare conferma nella sentenza *Carbotermo*: la Corte di Giustizia esclude il controllo analogo perché al Consiglio di Amministrazione è attribuito da statuto ogni più ampio potere di gestione per l'attuazione dell'oggetto sociale, con formula che riecheggia l'art. 2380-bis c.c.

Il problema di queste pronunce non è la conoscenza del loro contenuto, che è fin troppo chiaro nella sua rigidità: il «*controllo analogo*» non è configurabile anche a fronte di partecipazione pubblica totalitaria (e monosoggettiva) in una s.p.a. quando la gestione dell'impresa sociale venga affidata «*esclusivamente agli amministratori, i quali*

(8) A. BALDINATO, *Nota alla sentenza Parking Brixen: la Corte di Giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2006, pp. 227 e ss.; O. CALSOLARO, *S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?*, in *Foro Amm.vo – CdS*, 2006, pp. 1670 e ss.; G. PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Giorn. Dir. Amm.vo*, 2006, pp. 137; R. OCCHILUPO, *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*, in questa *Giur. Comm.*, 2007, II, pp. 62 e ss.

(9) CH. IAIONE, *Gli equilibri instabili dell'in house providing fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?*, in *Giust. Civ.*, 2006, p. 32.

(10) A. CLARIZIA, *La Corte suona il de profundis per l'in house*, in www.giustamm.it; più timido B. GILBERTI, *In house providing: questioni vecchie e nuove*, in *Foro Amm.vo – CdS*, 2006, pp. 44 e ss., che si limita a sollevare la questione, demandandone la soluzione alla Corte Giust. CE.

(11) GOISIS, *I giudici comunitari negano*, cit., pp.1914 e ss.

(12) R. URSI, *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società in house*, in *Foro It.*, 2006, IV, col 80.

compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale».

Le perplessità risiedono nella razionalità che le sorregge.

Si può escludere che la Corte di Giustizia abbia inteso impedire in assoluto l'uso del modello italiano della società per azioni per incompatibilità strutturale tra esso e la relazione *in house*, e ciò per due distinte ragioni: 1) la Corte sarebbe stata probabilmente più chiara al riguardo; 2) una simile posizione aprioristica contraddirebbe il normale il normale procedere della Corte, che preferisce un approccio casistico alle statuizioni di principio.

L'architrave sembra invece essere il binomio autonomia-responsabilità. I soci di s.p.a., in forza dei soli diritti sociali, sono strutturalmente impossibilitati a determinare positivamente e puntualmente l'agire dell'organo amministrativo: possono al massimo autorizzare le operazioni che gli amministratori sottopongono alla loro conoscenza ex art. 2364, c. 1, n. 5), c.c., senza peraltro vincolare l'organo amministrativo all'effettiva successiva esecuzione¹³. Ciò determina l'incapacità per l'organo amministrativo di schermarsi dietro la direttiva o ordine del socio, e la sua responsabilità sia nei confronti della società, che può essere fatta valere sia dallo stesso socio ex art. 2393 c.c.¹⁴, sia

(13) Cfr. al riguardo soprattutto la sintesi di LIBERTINI, *Scelte fondamentali*, cit., p. 219. Al proposito cfr. già l'art. 10, Quinta Direttiva in materia societaria, sulla quale v. R. LENER, *L'organo di amministrazione*, in *Foro It.*, 1987, IV, col 171, considera che l'autorizzazione dell'assemblea degrada in questo modo a semplice parere. Nello stesso senso R. KUSTERMANN, *La struttura della s.p.a. nella proposta di quinta direttiva comunitaria*, in *Riv. Not.*, 1975, I, pp. 361 e ss. Ma v. anche G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in P. ABBADESSA, G. B. PORTALE, *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, UTET, Torino 2006, pp. 23 e ss., che propone una rilettura della disposizione nel senso di considerare l'autorizzazione atto integrativo della delibera amministrativa, con la conseguenza che la mancata autorizzazione si risolve in un *Vetorecht*; l'A. non chiarisce però quali siano le conseguenze della violazione del divieto.

(14) Il punto non è però pacifico in dottrina. Ferma la natura esclusivamente autorizzatoria della delibera assembleare, si pone il problema se i soci, autorizzato un atto, possano poi far valere un titolo di responsabilità per i danni nei confronti degli amministratori. F. DI SABATO, *Diritto delle società*, 2° ed., Giuffrè, Milano 2005, pp. 306 e ss., considera una simile azione inaccettabile. F. FERRARA jr., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 13° ed., Giuffrè, Milano 2006, p. 536, nt. 3 considerano al contrario che l'azione sia possibile, ma che gli amministratori possano usare moralmente la delibera autorizzativa, per esercitare pressioni sui soci. I. MAFFEZZONI, *Articolo 2364 – Assemblea ordinaria nelle società prive di consiglio di sorveglianza*, in A. PICCIAU (a cura di), *Assemblea*, in P. MARCHETTI *et al* (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Vol. 3, Giuffrè, Milano 2008, pp. 24-25, ammette la possibilità di

dai creditori sociali, ricorrendone i presupposti individuati dall'art. 2394 c.c.¹⁵ Non soccorre al riguardo la disciplina posta dagli artt. 2497 e ss. c.c., che presuppongono comunque la responsabilità dell'organo amministrativo sottoposto ad attività di direzione e coordinamento.

Ne discende che l'Amministrazione pubblica che sia socio unico di s.p.a. strutturalmente non può incidere con un potere assoluto di influenza nelle decisioni strategiche della società, perché l'organo amministrativo potrà sempre deviare dalle direttive impartite, qualora ravvisasse un rischio di responsabilità per lesione di interessi di soggetti terzi, segnatamente creditori della società, che trovano sintesi e tutela a livello di azione sociale di responsabilità.

In punto di teoria generale, la Corte di Giustizia fa riferimento ad interessi "altri" affidati alle cure dell'organo amministrativo. Non prende posizione sulla questione se

un'azione del socio dissenziente o assente (ex art. 2395 c.c., sembrerebbe), ma non l'azione sociale da parte dei soci «*correttamente informati, che abbiano autorizzato l'azione proposta*», ché si tratterebbe di un *venire contra factum proprium*. F. PASQUARIELLO, *Art. 2364. Art. 2364 bis. Art. 2365. Art. 2366*, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario*, CEDAM, Padova 2005, Vol. I, p. 445, considera incompatibile con un sistema che attribuisce ai soci di minoranza legittimazione ad agire per la responsabilità sociale degli amministratori l'attribuzione di una valenza liberatoria da responsabilità all'autorizzazione ex art. 2364, c. 1, n. 5 c.c. C. IBBA, *La gestione dell'impresa sociale tra amministratori e non amministratori*, in *AS*, 2005, p. 424.

(15) Per L. SAMBUCCI, *2394 – Responsabilità verso i creditori sociali*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di) *Commentario*, Jovene, Napoli 2004, Vol. II, p.703, «*la responsabilità degli amministratori verso i creditori, essendo condizionata alla insufficienza del patrimonio sociale al soddisfacimento dei crediti, si presta a essere riguardata come una ipotesi di interferenza di un terzo (gli amministratori, appunto), nella in attuazione della prestazione dovuta dalla società*»; S. PESCATORE, *L'impresa societaria a base capitalistica. Amministrazione e controllo*, in V. BUONOCORE (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Giappichelli, Torino 2003, p. 303, nota essere il fondamento tra azione sociale di responsabilità e azione dei creditori identico – interesse alla reintegrazione del patrimonio sociale – ma si atteggia diversamente, essendo i creditori interessati solo alla soddisfazione dei propri crediti, laddove la società è invece interessata ad una reintegrazione patrimoniale a scopi più ampi; V. A. DE NICOLA, *Articolo 2394 – Responsabilità verso i creditori sociali*, in F. GHEZZI (a cura di), *Amministratori*, in P. MARCHETTI *et al* (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Vol. 4, Giuffrè, Milano 2005, pp. 651 e ss. Per C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, Giuffrè, Milano 2003, t. I, pp. 161 e ss., la responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali ha natura extracontrattuale. Nella dottrina più risalente, cfr. G. FRÈ, *Società per azioni*, in G. BRANCA, A. SCIALOJA (a cura di), *Commentario del Codice civile*, 2° ed., Zanichelli, Bologna 1956, pp. 411 e ss., per il quale la responsabilità che si fa valere attraverso le azioni di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c. ha natura contrattuale ed identifica interessi specifici dei soggetti legittimati a che gli amministratori svolgano il proprio incarico con diligenza, senza violare norme di legge o statuto.

esista o meno un interesse sociale quale interesse separato e possibilmente in conflitto con quello dei soci di maggioranza¹⁶, eventualmente espresso nell'azione sociale di responsabilità della minoranza¹⁷, o se questi interessi “altri” siano invece riconducibili a più immediati rapporti di *agency* intrattenuti dall'organo amministrativo con portatori di interesse nello svolgimento dell'impresa sociale. La Corte è però consapevole che la partecipazione pubblica totalitaria (monosoggettiva) in s.p.a. non è elemento sufficiente (né necessario, pena l'impossibilità di configurare un organismo che intrattenga relazioni *in house* con più soggetti pubblici) per configurare il requisito strutturale dell'*in house providing*.

La conseguenza è duplice.

In primo luogo, si può trarre la conclusione che il potere esercitato dalla P.A., utile a configurare il «*controllo analogo*», sia in qualche modo svincolato dall(a quantità d)'apporto economico al capitale da parte del singolo Ente. Il che è confermato da due dati. Da un punto di vista linguistico, la Corte di Giustizia richiede la partecipazione

(16) Cos' invece S. DETTORI, *La società in house tra interesse pubblico e mercato. Spunti ricostruttivi*, ESI, Roma 2008, *passim*, che come accennato nel capitolo precedente opera la sua intera ricostruzione attorno all'idea che esista un conflitto tra Amministrazione pubblica e società dato dal conflitto interesse pubblico/interesse dalla società ad operare quale impresa. Secondo l'A. Il conflitto si risolve nel secondo requisito nella distinzione tra parte più importante parte meno importante dell'attività.

(17) Cfr. art. 2393-bis c.c. Sui rapporti tra interesse sociale e azione sociale di minoranza v. A. PICCIAU, *Articolo 2393 – Azione sociale di responsabilità. Articolo 2393-bis – Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci. Articolo 2394-bis – Azione di responsabilità nelle procedure concorsuali*, in F. GHEZZI (a cura di), *Amministratori*, in P. MARCHETTI *et al* (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Vol. 3, Giuffrè, Milano 2005, p. 603, sottolinea come l'azione di responsabilità proposta dai soci di minoranza sia comunque un'azione sociale: il socio di minoranza altro non sarebbe che un sostituto processuale. F. VASSALLI, *Art. 2393-bis – Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di) *Commentario*, Jovene, Napoli 2004, Vol. II, p. 695, non prende posizione positiva, ma sembra escludere categoricamente che possa trattarsi di azione surrogatoria. Prima della riforma, tralasciando la discussione se l'articolo individuasse un'azione surrogatoria o vada ricondotta all'ipotesi generale della sostituzione processuale, v. i commenti all'art. 129, l. 58/98: F. BONELLI, *L'art. 129 legge Draghi: l'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza dei soci e l'assicurazione contro i rischi incorsi nella gestione*, in AA.VV., *La riforma delle società quotate*, Giuffrè, Milano 1998, p. 169; G. F. CAMPOBASSO, *Articolo 129 – Azione sociale di responsabilità*, in G. F. CAMPOBASSO (diretto da), *Testo Unico della Finanza*, Vol. Emittenti, t. 2, UTET, Torino 2002; G. OPPO, *L'azione «sociale»*, p. 408, infine, sussume l'azione sotto la categoria della gestione di affari “processuale”.

pubblica totalitaria, non che la società sia partecipata esclusivamente da chi intrattiene una relazione *in house* con essa. Il secondo dato è di carattere giurisprudenziale. Nella sentenza *CoNaMe* la Corte si riferisce alla quota che il Comune di Cingia de' Botti deteneva nel Consorzio diretto concessionario del servizio di gestione, distribuzione e manutenzione dell'impianto di gas metano (0,97%), chiarendo come essa fosse troppo esigua per esercitare il controllo¹⁸. La ricorrenza del requisito strutturale è però escluso definitivamente in forza di un'altra considerazione. Il Governo italiano fece notare che Comuni troppo piccoli si devono necessariamente aggregare in formazioni di maggiori dimensioni, come il consorzio *CoNaMe*, per gestire servizi come quello di cui era causa (§25): il *CoNaMe* avrebbe dovuto essere considerato struttura interna dei Comuni soci consortili collettivamente e singolarmente; la Corte, allora, ritenne l'ipotesi non configurabile per la presenza di capitale privato, utilizzando così lo strumentario logico argomentativo della sentenza *Stadt Halle* (§26).

La CGCE avrebbe potuto occuparsi esplicitamente di questo specifico tema nella vicenda *TRAGSA*: la società il cui statuto è portato all'attenzione del giudice comunitario è detenuta la 99% dallo Stato spagnolo, e all'1% da quattro comunità autonome, ognuna titolare di una azione; per legge, la società è qualificata *medio proprio* sia dello Stato, sia di queste quattro comunità. La Corte non si è pronunciata espressamente¹⁹ in merito alla relazione tra la *TRAGSA* e queste ultime, ma solo sulla compatibilità tra la relazione *TRAGSA*-Stato e la disciplina degli appalti, concludendo in senso positivo

(18) CGCE, sentenza 21.07.2005, causa C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname)/Comune Cingia de' Botti – Padania Acque S.p.A.*, in *Racc.*, 2005, p. I-07287, §24; in *Foro It.*, 2006, IV, col 77 e ss., con nota di URSI, *La Corte*, cit.; in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 5, pp. 1421 e ss., 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*, pp. 1426 e ss.

(19) Ma secondo CGCE, sentenza 13.11.2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle et al. (Coditel Brabant)*, §56, la Corte avrebbe preso posizione al riguardo, ammettendo il «controllo analogo» in presenza di una partecipazione al capitale pari allo 0,25%. La stessa impostazione è presente in CGCE, sent. *SeTCo*, cit. V. *infra* capitolo 6.

ravvisando nella prima una relazione *in house* ²⁰. Proseguendo logicamente il ragionamento adottato dalla Corte, la quale sottolinea l'origine legale e non societaria dei poteri che lo Stato esercita sulla TRAGSA, si può però ritenere che anche nei confronti delle comunità autonome, titolari ciascuna dello 0,25% del capitale della TRAGSA, sia configurabile il requisito strutturale²¹. In questo senso si è orientata anche la Giunta della *Comunidad Autónoma de Aragón*, che nel suo *Informe 1/2007* del 08.03.2007²² escluse di considerare la TRAGSA un *medio propio*, perché, *inter alios* ²³, non partecipava al suo capitale, a differenza ad esempio di altre *Comunidades Autónomas*.

La seconda conseguenza è che lo strumentario messo a disposizione del socio di s.p.a. dal codice civile italiano appare composto di utensili non adatti al caso di specie. Si tratta difatti di poteri per convincere, non per obbligare, l'organo amministrativo (anche mediatamente, tramite l'organo assembleare) a compiere una certa serie di atti e a tenere una certa condotta. Il requisito strutturale si configura invece tramite l(a possibilità dell)'esercizio diretto di «*influenza determinante*» sull'organo amministrativo, in particolare per il compimento di atti determinati secondo modalità prestabilite, senza possibilità di deviazione dall'interesse concreto incorporato nell'incarico affidato.

Oltre al potere di determinazione sembra fare difetto all'Amministrazione socio di s.p.a. anche il potere di coordinamento. L'organo amministrativo nell'esecuzione dei propri compiti gestori può deviare dalle direttive impartite dall'Amministrazione in considerazione interessi di soggetti terzi: si tratta di una situazione omogenea a quella che ha indotto la CGCE ad escludere la ricorrenza del «*controllo analogo*» nella sentenza

(20) CGCE, sent. TRAGSA, cit., §§61-65.

(21) Mi permetto il rinvio a D. PIAZZONI, *In house providing*: la Corte di Giustizia riconosce la ricorrenza dei requisiti *Teckal* in *Giur. Comm.*, II, in corso di pubblicazione

(22) Reperibile all'indirizzo http://portal.aragon.es/portal/page/portal/JUNTA/INFORMES_ACTUACIONES/INFORMES2/.../INFORME1_2007_V1.PDF; sulla problematica vedi anche J. M. JIMENO FELIU, *La problematica derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria*, in *Informe Comunidades Autónomas*, 2005, pp. 838 e ss.

(23) Altra ragione specifica è la mancata qualificazione in tal senso da parte di una legge dello Stato.

Stadt Halle. Anche il potere di vigilanza, infine, è esercitato nel modello legale o per il tramite di altri organi sociali (nei confronti dei quali si ripropongono le stesse difficoltà che si presentano rispetto all'influenza sull'organo amministrativo) o in assemblea, nel momento dell'approvazione del bilancio. Manca insomma negli strumenti che l'ordinamento italiano predispone quel legame diretto tra Amministrazione aggiudicatrice e chi effettivamente gestisce l'operazione affidata senza previo appello alle procedure di gara, richiesto dalla Corte per configurare una relazione *in house*.

Diversamente in Francia, dove le società pubbliche (degli Enti locali, ed anche a capitale misto)²⁴ si aggiungono alcune peculiarità organizzative forti: a) nella composizione dell'organo amministrativo, il principio plutocratico viene espressamente attenuato in favore di un principio democratico, volto ad assicurare che ogni Ente locale-socio sia rappresentato in seno al Consiglio di Amministrazione²⁵; qualora ciò non fosse possibile, è obbligatoria la costituzione di una *assemblée spéciale* tra i soci di minoranza che non hanno accesso all'organo amministrativo o di sorveglianza, per procedere all'individuazione di un rappresentante comune²⁶; b) la società può avere ad oggetto esclusivamente servizi pubblici o attività di interesse generale o le attività accessorie a questi²⁷; c) esiste un regime di controllo preventivo delle decisioni dell'organo amministrativo, che sono sottoposte alla valutazione preventiva da parte dello Stato²⁸; d) il regime di responsabilità dei membri dell'organo amministrativo e di sorveglianza è fortemente diversificato rispetto alla disciplina comune: in deroga al principio posto dall'art.

(24) Sulle *sociétés d'économie mixte locales (SEML)* v. gli artt. L1521-1 e ss., *Code général des Collectivités territoriales (CGCT)*; in part. per la disciplina del capitale cfr. artt. L1522-1 e ss.; per la disciplina di altri apporti e, in generale, dei rapporti interni di tipo economico tra soci pubblici e società, cfr. artt. L1522-4; e degli altri apporti finanziari, e gli artt. L1523-1 e ss. *CGCT* per ciò che concerne la disciplina dell'attività.

(25) V. la disciplina posta dall'art. L1524-5, §§1-2, *CGCT*.

(26) Art. 1524-5, §3, *CGCT*.

(27) V. art. L1521-1, §1, *CGCT*.

(28) V. artt. L1524-1 e L1524-2 *CGCT*.

L225-20 del *Code de Commerce*²⁹, per le azioni del rappresentante membro del Consiglio di Amministrazione risponde direttamente l'Ente locale rappresentato³⁰; inoltre, il rappresentante dell'Ente locale che rivesta la funzione di membro o presidente di un organo amministrativo o di sorveglianza non è considerato portatore di interessi negli affari conclusi con l'Ente rappresentato, non mettendone a rischio la validità ai sensi dell'art. L2131-11 *CGCT*³¹ ed incidendo ulteriormente sulla sua responsabilità³².

Nell'ordinamento belga la *Loi relative aux intercommunales* (LI)³³ prevede che i Comuni possano associarsi assumendo la forma sia della società per azioni, sia della società cooperativa sia della associazione senza fini di lucro, aventi «*oggetti [sociali] ben individuati di interesse comunale*»³⁴, cui partecipino eventualmente anche soggetti privati (artt. 1, 2 e 5, al. 1, LI). La disciplina del soggetto è demandata al *Code des sociétés* o al *Code civil*, secondo il tipo scelto, se non derogato dalle disposizioni contenute nella LI. In punto di struttura, rilevano in particolare le disposizioni in tema di diritti amministrativi: a prescindere dall'investimento effettuato nel capitale, l'art. 11 LI, che prevede comunque la preponderanza dell'interesse dei soci pubblici rispetto ad altri interessi direttamente coinvolti in una certa operazione.

(29) In forza di questa disposizione, un ente può essere nominato amministratore di una società per azioni; in tal caso deve nominare un proprio rappresentante, su cui grava la *responsabilité civile* per le proprie azioni, in solido con l'ente rappresentato. La *responsabilité civile* del rappresentante, in quanto amministratore, è individuata dall'art. L225-252 del *Code de Commerce*: «(1) *Les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.* (2) *Si plusieurs administrateurs ou plusieurs administrateurs et le directeur général ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage.*».

(30) Art. L1524-5, §8 *CGCT*.

(31) Così l'art. L1524-5, §12 *CGCT*. L'art. L2131-11 *CGCT* dispone: «*Sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires.*».

(32) Ciò discende in forza del combinato disposto dei sopramenzionati art. L225-252 del *Code de Commerce*, che individua un'ipotesi di responsabilità nell'illegalità dell'azione dei membri del Consiglio di Amministrazione di *société anonyme*, e art. L2131-11 *CGCT*.

(33) Loi 22.12.1986, *Moniteur belge* 26.06.1987, , n. 1987000020, p. 9909.

(34) Così espressamente l'art. 1 LI: «*Plusieurs communes peuvent [...] former des associations ayant des objets bien déterminés d'intérêt communal.*».

La dottrina italiana ha proposto alcune soluzioni alternative rispetto al modello legale di S.p.A., quali un ricorso più massiccio allo strumento delle s.r.l. o la predisposizione di patti (para)sociali attributivi di poteri particolarmente penetranti al socio³⁵. Questa seconda soluzione sarà esaminata nel prossimo capitolo, perché portata all'attenzione della Corte nella vicenda *SeTCo*³⁶.

3.2. Società a responsabilità limitata e relazione *in house* in Italia

Per superare queste incertezze parte della dottrina ha proposto di riferirsi al modello della s.r.l., caratterizzato da una maggiore duttilità strutturale rispetto alla s.p.a.³⁷. Si disegnano brevemente gli attuali tratti tipologici che qui interessano: rispetto al socio di s.p.a. il socio di s.r.l., *uti singulus*, vanta maggiori poteri di vigilanza³⁸ e di amministrazione³⁹; gli possono inoltre essere riservate particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società (art. 2468, c. 3, c.c.). Ai soci può essere attribuita dall'atto costitutivo in forza dell'art. 2479, c. 1, c.c. la competenza di decidere su qualsiasi materia, salvi i compiti specificamente affidati all'organo amministrativo dall'art. 2475 u.c. c.c.;

(35) V. in particolare CH. IAIONE, *Le società in house degli enti locali*, ANCI Lazio, Roma 2006, che pre-dispone ed allega alle pp. 181 e ss. anche dei modelli di statuto.

(36) CGCE, sentenza 10.09.2009, causa C-573/07, *Sea S.r.l./Comune di Ponte Nossola, Servizi Tecnologici Comuni – Se.T.Co. S.p.A. et al.* V. *infra*, Capitolo 7, §8.

(37) Cfr. in particolare URSI, *La Corte*, cit.; OCCHILUPO, *L'ordinamento comunitario*, cit., pp. 81-82; v. anche F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. Ec.*, 2004, pp. 611

(38) V. da ultimo R. GUIDOTTI, *I diritti di controllo del socio nella s.r.l.*, Giuffrè, Milano 2007, che ricostruisce in particolare i diritti di ispezione attribuendo rilevanza decisiva non tanto all'aspetto della responsabilità, limitata o illimitata, quanto agli elementi dell'*affectio societatis* e dell'*intuitus personae*. V. anche in tema N. ABRIANI, *Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, pp. 155 e ss.; M. BOIDI, *La disciplina dei controlli nella società a responsabilità limitata*, in *Soc.*, 2005, pp. 35 e ss.; E. FREGONARA, *I nuovi poteri di controllo del socio di società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, pp. 788 e ss.; GABRIELLI, *Quale controllo*, cit.; R. GUIDOTTI, *Società a responsabilità limitata e tutela dei soci di minoranza: un raffronto tra ordinamenti*, in *Contr. e Impr.*, 2007, pp. 668 e ss.

(39) Cfr. COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l.*, cit.; ZANARONE, *Introduzione*, cit.; I. DEMURO, *Distribuzione e spostamento*, cit.; G. GUIZZI, *L'assemblea: ovvero, delle competenze dei soci e del modo di esercitarle nella società a responsabilità limitata riformata (Due esperienze a confronto)*, in *RDS*, 2007, 3, pp. 27 e ss.

approvano gli argomenti (*scil.* le operazioni) loro sottoposti da uno o più amministratori o da tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale, ex art. 2479, c. 1, c.c. L'organo amministrativo può assumere diverse forme organizzative con conseguente atteggiarsi della responsabilità dei suoi componenti⁴⁰.

In una dimensione da alcuni ritenuta patologica⁴¹ e da altri inerente al tipo⁴², l'atto costitutivo potrebbe giungere a conformare le competenze e gli equilibri interni tra gli organi sociali emarginando l'organo amministrativo e permettendo l'ingresso di logiche estranee alla normalità dei rapporti societari. Tale emarginazione non condurrebbe tuttavia alla completa estromissione degli amministratori dalla gestione dell'impresa sociale: essi sarebbero comunque (secondo alcuni, nei confronti della società)⁴³ respon-

(40) COSSU, *op. ult. cit.*

(41) In questi termini COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l.*, cit., p. 641.

(42) C. ANGELICI, *La riforma*, cit., p. 92; P. SPADA, *Classi e tipi dopo la riforma organica (guardando alla «nuova» società a responsabilità limitata)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, pp. 489 e ss.; R. LENER, A. TUCCI, *Decisioni dei soci e responsabilità degli amministratori*, in *AGE*, 2003, p. 290, attribuiscono al sistema il pregio di dar rilievo agli effettivi poli decisionali, senza aprioristica esasperata tutela dell'alterità soggettiva soci/società.

(43) Per S. AMBROSINI, *2476. Responsabilità degli amministratori e controllo dei soci*, in in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di) *Commentario*, Jovene, Napoli 2004, Vol. III, p. 1597, l'azione sociale proposta dai soci è anzitutto un'azione che tutela l'interesse della società. Così anche S. DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, p. 292, per il quale l'azione proposta ex art. 2476 c.c. sarebbe «un'azione sociale di responsabilità a tutela della minoranza con legittimazione processuale del singolo socio»; M. ROSSI, *La revoca cautelare degli amministratori nella nuova società a responsabilità limitata: spunti per una ricerca*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2007, p. 118, qualifica «sociale» l'azione ex art. 2476 c.c. perché è sociale l'interesse che è fatto valere. M. MOZZARELLI, *decisioni dei soci e profili di responsabilità degli amministratori nei confronti della s.r.l.*, in *Riv. Soc.*, 2008, pp. 415 e ss., propone il caso di un'operazione approvata con il consenso del socio di maggioranza contro il parere dell'amministratore e con la minaccia, da parte del socio al 25% dissenziente, di far valere la responsabilità dell'amministratore in caso di esecuzione: in questo caso, soggiunge, la responsabilità non potrebbe che essere sociale, ex art. 2476, c. 3, c.c. C. ANGELICI, *Note sulle responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata*, in *Riv. Soc.*, 2007, pp. 1232 e ss., riconduce la funzione amministrativa nelle s.r.l. alla generica figura della cura di interessi altrui su base contrattuale: la tutela azionata dal singolo socio sarebbe azione sociale in sé e non necessiterebbe di ulteriori indici di "socialità", traendo la propria giustificazione dal contratto sociale che la fonda; la differenza con la s.p.a. sarebbe essenzialmente nella diversa funzione dell'organo amministrativo, che nella s.p.a. assumerebbe un carattere organizzativo che difetta all'organo della s.r.l. Perplessità in merito alla natura sociale dell'azione sono sollevate da LENER, TUCCI, *Decisioni dei soci*, cit., p. 292.

La giurisprudenza in atto prevalente ha riconosciuto, in capo al socio che agisce contro gli amministratori di s.r.l., la qualità di sostituto processuale della società ex art. 81 c.p.c., con ciò confermando la natura sociale della responsabilità fatta valere nell'azione ex art. 2476, c. 3, c.c. In giurisprudenza v. Trib. Verona, 01.09.2004, in *Giur. Merito*, 2006, pp. 124 e ss.; Trib. Napoli 08.02 2005; Trib.

sabili per negligenza ex art. 1176 c.c.⁴⁴ e, specificamente, per violazione di doveri di legge o di statuto ex art. 2476, c. 1, c.c., eventualmente in solido con «*i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi*» (art. 2476, c. 7, c.c.)⁴⁵; da ciò dovrebbe derivare, secondo alcuni, il riconoscimento di un residuo potere-dovere di resistere⁴⁶ alle decisioni imposte dai soci⁴⁷. Contro questa linea interpretativa è stato rilevato come il potere di resistenza dell'organo amministrativo sia posto a presidio della legalità dell'azione sociale: la valutazione sarebbe stata già compiuta dai soci nel proprio interesse e non sopporterebbe l'ulteriore verifica di congruità da parte dell'organo amministrativo che, si precisa, dovrebbe comunque valutare l'operazione nell'interesse altrui, più precisamente dei soci stessi⁴⁸.

Roma, 04.04.2005; Trib. Milano, 12.04.2006, in *Giur. It.*, 2006, pp. 2096 e ss.; Trib. Milano, 25.10.2006, in *Il Merito*, 2007, 5, 27; Trib. Roma, 22.05.2007, in *Foro it.*, 2008, I, col 307 e ss.; i provvedimenti citati sono reperibili altresì sul sito www.assopreite.it

(44) Argomenta in questo modo DI AMATO, *op. ult. cit.*, pp. 289 e s. Per AMBROSINI, 2476, cit., p. 1591, invece, si deve ritenere riprodotta la disposizione di cui all'art. 2392 c.c.; in ogni caso, continua l'A., si tratta di diligenza professionale.

(45) Anche per C. IBBÀ, *La gestione*, cit., p. 427, l'approvazione avrebbe comunque valore autorizzatorio, non potendo essere gli amministratori completamente spogliati di ogni competenza decisoria; LENER, TUCCI, *Decisioni dei soci*, cit., p. 293, indicano il criterio della intenzionalità del danno per circoscrivere l'area soggettiva della responsabilità ai soli soci effettivamente partecipi alla decisione dannosa, escludendo coloro che hanno solo prestato il proprio assenso; gli A. in accoglimento della tesi di notano che ne risulta aggravato l'onere probatorio dell'attore. Per M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Soc.*, 2003, p. 333, l'avverbio «*intenzionalmente*» sarebbe pleonastico. Forse generalizzando O. CAGNASSO, *Gestione attribuita ai soci della società a responsabilità limitata e ruolo degli organi di amministrazione e di controllo*, in *RDS*, 2008, 3, pp. 454 e ss., applica un ragionamento parzialmente differente: il ruolo degli amministratori non potendo essere ridotto alla sola fase deliberativa, ma avendo ad oggetto altresì le attività istruttoria ed esecutiva, «*risulterà comunque di notevole rilievo e sicuramente tale da giustificare la responsabilità degli stessi anche per le decisioni poste in essere dai soci*».

(46) L'espressione è ripresa da P. ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, in TRATTATO COLOMBO PORTALE, 3° ed., UTET, Torino 1994, pp. 37 e ss.; l'A., nell'ambito delle società per azioni, elabora la nozione di potere-dovere di resistenza individuando due ipotesi di legittimo rifiuto di esecuzione della delibera assembleare da parte dell'organo amministrativo: *a.* esistenza di una responsabilità esterna, diversa dalla sociale (che sarebbe preclusa dalla delibera gestoria) e *b.* invalidità della delibera gestoria.

(47) Espressamente in questo senso cfr. LENER, TUCCI, *op. ult. cit.*, p. 292.

(48) Così MOZZARELLI, *Decisioni*, cit., pp. 428 e ss. L'A. sviluppa la posizione di ABBADESSA, *L'assemblea*, cit., nell'ambito delle s.r.l., chiarendo che la prima ipotesi (resistenza alla decisione dei soci in presenza di responsabilità extrasociale) non sarebbe configurabile, considerato il disposto dell'art.

Le differenti soluzioni riflettono la diversa percezione del fenomeno societario tra c.d. istituzionalisti e contrattualisti. Divergenza che però assume minore rilevanza, quanto agli effetti, laddove si ponga a mente che l'art. 2479-ter, c. 3, c.c. sanziona di annullabilità la delibera assunta con il voto determinante del socio motivato da ragioni extrasociali in conflitto con l'interesse della società, qualora possano recare danno alla società stessa⁴⁹. La fattispecie del «*controllo analogo*», proprio per il suo svolgersi anche sul piano dell'aderenza degli interessi del controllato agli interessi dell'Amministrazione controllante, consiste da questo punto di vista in un perenne e stabile conflitto di interessi tra socio pubblico e società, impugnabile nelle s.r.l. anche dall'organo amministrativo ex art. 2479-ter, c. 2, c.c.

Infine, si discute in dottrina se i creditori sociali siano o meno legittimati a proporre nei confronti degli amministratori di s.p.a. l'azione di cui all'art. 2394 c.c., silente la legge sul punto: parte della dottrina riconosce l'esigenza di apprestare una tutela istituzionalizzata per i creditori sociali, ma senza unanimità sulle ragioni che sostengano tale opzione interpretativa⁵⁰; altra corrente interpretativa esclude questa possibilità, ritenen-

2476, c. 3, c.c. e la relativa interpretazione da parte di dottrina e giurisprudenza, perché il socio eserciterebbe un'azione sociale, (salvo il disposto – residuale – dell'art. 2476, c. 6, c.c.). La seconda ipotesi legittimante la mancata esecuzione della decisione dei soci (invalidità della decisione per violazione di legge o statuto) sarebbe altresì di difficile configurazione: non sarebbe possibile trarre l'invalidità della decisione su un'operazione rischiosa – in assenza di altri elementi invalidanti - dalla sua dannosità per la società (p. 444).

(49) Sul punto v. MOZZARELLI, *Decisioni*, cit., pp. 439 e ss.

(50) Per AMBROSINI, 2476, cit., p. 1607, l'estensione dell'art. 2394 ai creditori di s.r.l. discenderebbe dalla natura di principio generale, transtipico, della previsione di cui all'art. 2394 c.c., «*connaturale alla funzione gestoria esercitata esercitata nell'ambito di qualunque impresa ad autonomia patrimoniale perfetta*»; P. BENAZZO, *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Soc.*, 2003, p. 1074. Che questo sia un principio transtipico sembra posizione espressa anche da G. B. PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. Giur.*, 2003, p. 147. Similmente anche G. CAPO, *Il governo dell'impresa e la nuova era della società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, pp. 515-516. In senso critico, v. da ultimo G. MOLLO, *La responsabilità per danni nella s.r.l.*, in *Giur. Comm.*, 2008, I, pp. 806 e ss.

Per ABRIANI, *Controllo individuale del socio*, cit., p. 170, i creditori potrebbero comunque esperire l'azione ex art. 2394, anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste per la fase di liquidazione (artt. 2485, 2486 e 2491 c.c.) o per la responsabilità da direzione e coordinamento (art. 2497 c.c.), sia che le sia riconosciuta natura surrogatoria sia che essa sia ricondotta all'illecito aquiliano, della lesione dell'aspettativa del credito.

do che i creditori possano solo agire nei confronti degli amministratori per danno diretto ex art. 2476, c. 6, c.c. derivante dall'inadempimento⁵¹. Quest'ultima impostazione attribuirebbe all'azione spettante al socio una funzione trascendente la tutela del proprio interesse singolare, facendola trascolorare ad azione a tutela di un interesse sociale⁵².

L'autonomia statutaria nelle s.r.l., per gli ampi spazi lasciati dalla disciplina codicistica, può attribuire al socio poteri che si avvicinano a quelli che la Corte di Giustizia sembra richiedere ai fini della configurazione del requisito strutturale della relazione *in hosue*. Tuttavia essi non sembrano sufficienti.

Anche nell'ipotesi di pubblica Amministrazione socio unico di s.r.l., cui l'atto costitutivo affidasse competenza decisoria in tutte le materie necessarie al raggiungimento dello scopo sociale, salve quelle di cui all'art. 2475, u. c., c.c., sembra che l'organo amministrativo rimarrebbe assoggettato a responsabilità piena, ancorché solidale con l'Amministrazione pubblica, per i danni provocati ai creditori sociali dall'eventuale inadempimento in cui la società incorra nell'esecuzione degli incarichi affidati e decisi dal socio unico⁵³. Questa impostazione, è vero, tenderebbe a riprodurre nonostante il silenzio del legislatore la disposizione di cui all'art. 2364, c. 1, n. 5), c.c., per cui si potrebbe dubitarne la validità. Tuttavia l'uso del verbo «*decidere*» e il tenore dell'espressione «*deciso o autorizzato*» fanno ritenere corretta questa interpretazione. Da cui discende la necessità per l'organo amministrativo di considerare queste esigenze nell'esecuzione degli incarichi affidati dall'Amministrazione pubblica, e il non completo assoggettamento alla sua volontà direttiva.

(51) Così in particolare MOLLO, *op. ult. cit.*, p. 810.

(52) Così in senso critico LENER, TUCCI, *Decisioni dei soci*, cit., p. 292.

(53) In questo senso, oltre alla lettera espressa dell'art. 2476, c. 7, c.c., v. anche DI AMATO, *Le azioni*, cit., p. 297.

3.3. «Controllo analogo» e poteri del socio di società di capitali.

Nei già richiamati casi dei «*medios propios*» spagnoli⁵⁴ e delle aziende speciali italiane⁵⁵ la Corte di Giustizia ha riconosciuto positivamente la ricorrenza del requisito. In entrambi i casi, la Corte appare indicare (implicitamente)⁵⁶ un modello di aderenza totale da parte dell'ente affidatario agli interessi di diritto pubblico dell'Amministrazione aggiudicatrice, tale da annichilire gli interessi del primo e da rendere recessivi anche gli interessi dei soggetti terzi che entrino in contatto con il soggetto *in house*.

I soggetti rientranti nella prima categoria sono obbligati a eseguire gli «*ordenes de servicio*» impartiti dalla P.A. di cui costituiscono strumento, ad un prezzo predeterminato ed orientato al costo; gli amministratori della società «*medio propio*» della P.A. sono esentati da responsabilità sociale per le azioni compiute nell'esecuzione detti ordini⁵⁷.

Quanto alle aziende speciali, sono soggette ad incursioni dell'Ente locale nelle pro-

(54) CGCE, sentenza 08.05.2003, causa C-349/97, *Commissione/Spagna (Spagna Olio)*, in Racc. 2003, I-3851, §§205-206; CGCE, sent. TRAGSA, cit.

(55) CGCE, ordin. *Termoraggi*, cit.: dopo aver riportato l'art. 23, l. 142/90 (§7), la Corte chiarisce che «*il fascicolo sottoposto alla Corte contiene talune indicazioni dalle quali potrebbe dedursi che l'AGAM [azienda speciale diretta affidataria della fornitura di combustibile e del servizio di riscaldamento dei locali comunali del Comune di Monza] sia soggetta al controllo del Comune di Monza e realizzi la parte più importante della propria attività con quest'ultimo*» (§20), rinviando comunque al giudice del merito per la verifica in concreto dei requisiti. La posizione sembra essere già stata espressa implicitamente in già CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §66, dove la Corte contrappone i caratteri dell'azienda speciale a quelli della società per azioni nata dalla sua trasformazione, determinando l'inconfigurabilità del controllo analogo per la «*vocazione commerciale*» che caratterizza quest'ultima in relazione alla prima; in questo senso, cfr. anche CALSOLARO, (nt. 16), 1680 e 1684. Sull'utilizzabilità del modello delle aziende speciali v. altresì CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustamm.it, 10, che riteneva che il modello *in house* fosse espresso tipicamente nel modello delle aziende speciali; OCCHILUPO, *L'ordinamento comunitario*, cit.; *contra* CLARIZIA, *La Corte*, che al contrario sottolinea l'autonomia imprenditoriale e la piena potestà decisoria dell'azienda speciale, crisi che impedirebbero la configurabilità del requisito del «*controllo analogo*»; implicitamente, v. anche CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit.

(56) Va doverosamente sottolineato, però, come questo aspetto non venga toccato in alcuna delle pronunce esaminate, probabilmente perché considerata questione di fatto per il diritto comunitario, come tale soggetta alle valutazioni discrezionali dei giudici nazionali. Tuttavia l'argomentazione sembra tendere in questa direzione. Il che sarebbe confermato in Corte Giust. CE, sentenza 19.06.2008, causa C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH/Republik Österreich (Bund) et al. (Presstext)*, non ancora pubblicata nella *Raccolta* e disponibile al portale <http://curia.europa.eu>.

(57) Cfr. artt. 166, c. 2, 178 e 179 *Ley del Patrimonio de la Administraciones Publicas*.

prie vita finanziaria e azione concreta dell'azienda speciale⁵⁸. La responsabilità gestionale gravante ex art. 114, c. 3, TUEL sul Direttore dell'azienda speciale nei confronti dell'Amministrazione di riferimento, pur se riconducibile al paradigma interpretativo della relazione di *agency*, appare non assimilabile alla disciplina della responsabilità degli organi amministrativi di società di capitali. I Direttori di aziende speciali sembrano dover tenere in minore considerazione – rispetto agli amministratori di società di capitali – gli interessi dei soggetti coinvolti nel perseguimento del fine dell'azienda. Difatti essi 1) sono gravati da una disciplina residuale del conflitto di interessi limitata ma più rigida: l'art. 78, c. 2, TUEL, applicabile alle aziende speciali in forza dell'art. 87 TUEL fino all'approvazione del singolo statuto, vieta la partecipazione alla discussione e votazione ma solo «*di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado*»; 2) rendono il conto ex art. 93 TUEL della gestione per il «*maneggio di pubblico denaro*», rispondendo con il proprio patrimonio per il solo danno erariale secondo la disciplina individuata dall'art. 1, l. 20/94: *i.* limitazione alle ipotesi di dolo e colpa grave, con garanzia di insindacabilità delle scelte discrezionali (c.1); *ii.* imposizione della *compensatio lucri cum damno* (c. 1-bis); *iii.* esclusione in principio della responsabilità solidale: essa si estende solo a coloro che, avendo espresso voto favorevole, abbiano agito con dolo o abbiano conseguito un illecito arricchimento (cc. 1-ter e 1-quinquies), mentre gli altri, che abbiano votato favorevolmente alla delibera che ha causato il danno, rispondono ognuno per la sua parte di responsabilità (c. 1-ter); 3) non sono soggetti ad alcuna azione simile all'azione sociale di responsabilità esercitata dai creditori ex art. 2394 c.c. D'altra parte, però, i Direttori dovrebbero essere soggetti ad un controllo stringente riguardo il perseguimento dell'interesse pubblico affidato: 4) sono soggetti ad un doppio controllo: preventivo di legittimità e successivo di gestione; 5) soggiaccio-

(58) Cfr. a mero titolo d'esempio gli artt. 114⁶, 194¹, lett. b, e 261⁵ TUEL.

no a meccanismi di nomina e revoca non solo legati alla valutazione dell'operato rispetto al risultato programmato, ma anche rispondenti a logiche di tipo politico⁵⁹.

Il convincimento che si trae da queste pronunce e dalla disciplina positiva spagnola e italiana è che l'attenzione debba focalizzarsi sui rapporti tra interesse concreto della P.A. (-socio) all'esecuzione di un certo incarico ed interesse ad una corretta gestione societaria e imprenditoriale, affidato alle cure degli amministratori: nella relazione *in house* sembra doversi attribuire rilievo decisivo al primo, ma la disciplina italiana delle società di capitali, in forza di un'opzione culturale per un «*neo-istituzionalismo debole*»⁶⁰ sembra attribuire piuttosto rilevanza al secondo.

Rimane dunque attuale e pertinente la posizione di chi notava che l'Amministrazione

(59) In generale, sulla responsabilità dei Direttori di aziende speciali cfr. *ex multis* M. STADERINI, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici tra risarcimento e sanzione*, in *Riv. Corte Conti*, 1996, 2, 294; GALIANI, *Controllo di gestione (interno) e controllo sui risultati di gestione (esterno) – note analogiche e differenziali*, in *Riv. Corte Conti*, 1997, 1, 278; C. PERULLI, *La responsabilità civile, penale, amministrativa degli amministratori pubblici*, 3° ed., Giuffrè, Milano 2000; BONOMOLO, *Il rapporto funzionale tra controllo di gestione e valutazione della dirigenza*, in *Riv. Corte Conti*, 2004, 6, 270. C. IBBÀ, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, 145, ribadisce come, pur essendo ancora in corso la definizione della funzione della responsabilità amministrativa (se risarcitoria, sanzionatoria e mista), interesse tutelato dalla relativa azione sia essenzialmente l'integrità del patrimonio della P.A.; R. IMPERIALI, *Appunti sull'evoluzione della responsabilità amministrativa*, in *Riv. Corte Conti*, 2005, 4, 280, in tema di rapporti tra P.A.-socio e amministratori della società, assimila l'azione esercitata dal P.M. non all'azione sociale di responsabilità, bensì a quella del singolo socio ex art 2395 c.c. In punto di sistema, la responsabilità amministrativa è riconducibile ad un interesse generale, da cui l'attribuzione della legittimazione attiva al P.M.: F. G. SCOCA, *Sguardo d'insieme sugli aspetti sostanziali e procedurali della responsabilità amministrativa*, in F. G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, CEDAM, Padova 1997, pp. 11 e ss. Infine, in tema di riparto giurisdizionale (a conferma della rilevanza giuspubblicistica degli interessi coinvolti), va ricordato che il contrasto giurisprudenziale, inerente il conflitto di giurisdizione tra Corte dei Conti e giudice ordinario nelle cause aventi ad oggetto la responsabilità dell'organo amministrativo delle aziende speciali, è stato da ultimo risolto dalle Sezioni Unite della Cassazione nel senso dell'attribuzione alla Corte dei Conti del potere giurisdizionale su tutte le fattispecie in cui il soggetto passivo abbia natura pubblica (Cass. SS.UU., n. 19667/2003, in *Foro Amm.vo – CdS*, 2004, 685, con nota di R. URSI, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*; Cass. SS.UU. n. 14101/2006, in *Foro it.*, 2007, I, 486, con annotazione di D'AURIA), con abbandono del precedente criterio della distinzione in funzione della natura dell'atto (per il quale il quale la ripartizione di competenza tra giudice contabile e giudice ordinario dipendeva dal fatto che l'atto impugnato esprimesse prerogative pubblicistiche o privatistiche; cfr. Cass. SS.UU. n. 9780/1998, in *Riv. It. Corte Conti*, 1998, 5, 138).

(60) L'espressione è di LIBERTINI, *Scelte fondamentali*, cit., in part. pp. 201-203 e 233 e ss. In tema v. anche C. ANGELICI, *La riforma*, cit.; M. COSSU, *Società aperte e interesse sociale*, Giappichelli, Torino 2006; A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Giuffrè, Milano 2008.

ne pubblica-socio non avrebbe *ex se* prerogative imperative, ma eserciterebbe gli stessi poteri che spetterebbero a soci comuni⁶¹: il modello societario codicistico riconosce al (socio) pubblico, al più, una (co)utenza del potere economico svincolata dalla sua radice capitalista. La disciplina delle società, però, non elide l'autonomia degli amministratori rispetto al titolare del potere: l'organo amministrativo è comunque obbligato a perseguire l'interesse astratto del socio o, secondo altra impostazione, l'interesse sociale. Ciò che invece sembra venir richiesto all'organo amministrativo dell'*in house provider* è di perseguire (nel modo più efficiente possibile) l'interesse concreto dell'Amministrazione controllante.

Questo spiega perché la CGCE consideri anche la partecipazione pubblica totalitaria elemento solo indiziario del requisito strutturale della relazione *in house*: al fine di ravvisare il «*controllo analogo*» sembra essere necessario uno strumento in grado di forzare la dinamica competenza-autonomia-responsabilità propria delle società di capitali, esterno al sistema societario stesso⁶².

All'interrogativo posto inizialmente, se l'architettura dei poteri e delle responsabilità disegnata nella disciplina delle società di capitali fosse compatibile con la fattispecie dell'*in house providing*, bisogna pertanto dare risposta una risposta interlocutoria solo parzialmente positiva: la struttura non è incompatibile, ma è insufficiente. L'uso di una società di capitali può essere solo un elemento, ancorché centrale nella prassi, di un più vasto disegno.

(61) F. GALGANO, *La società per azioni*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Vol. VII, 2° ed., CEDAM, Padova 1988, p. 486.

(62) In senso simile si pone anche COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l.*, cit., p. 655. Per l'A. il modello societario sarebbe neutralizzato nell'ipotesi di società *in house*, avendo essa «*apparenza (forma) societaria e sostanza di ufficio della p.a. o forse anche di azienda speciale*» (*ibidem*).

4. Ipotesi di «controllo analogo» su base contrattuale e problemi generali del controllo di tipo economico

Ci si può chiedere – in via esclusivamente ricostruttiva, visto che non risultano pronunce né nazionali né comunitarie in tal senso – se un contratto possa riuscire ad aggirare gli ostacoli che la disciplina societaria non supera. Lo strumento contrattuale si sommerebbe e non si sostituirebbe *tout court* a quelli societari, che garantiscono comunque un elevato potere di influenza al socio pubblico. Dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sopra esaminata sembra che una partecipazione sociale minima da parte dell'Amministrazione pretesa controllore sia comunque necessaria per configurare il requisito strutturale.

Come sopra già accennato, il contratto dovrebbe trasferire la responsabilità in capo al soggetto pubblico.

A questo riguardo, va precisato che ciò che induce l'azione degli amministratori, con la sua valenza sanzionatoria, non è tanto la titolarità della responsabilità quanto le sue conseguenze. Le conseguenze civilistiche di carattere economico della responsabilità possono essere trasferite, ad esempio tramite accordo di manleva, con il quale l'Ente pubblico controllante si obblighi a tenere completamente indenne l'organo amministrativo di una società dalla responsabilità per i danni da esso causati nell'esecuzione degli incarichi affidati. Un simile accordo però porrebbe le basi per un conflitto di interessi permanente tra organo amministrativo manlevato e società, con le conseguenze individuate, secondo il tipo sociale, dagli artt. 2390 e 2475-ter c.c.: prospettiva di certo attenuata nel caso di socio unico, ma che persiste invece nelle ipotesi di società partecipate da più Enti pubblici, che pure rientrano nell'ipotesi di *in house providing*; un ulteriore accordo tra i soci Enti pubblici e la società, di natura transattiva al fine di prevenire una lite insorgenda, potrebbe aggirare questo ulteriore ostacolo.

Non risulta però che alcun Ente locale abbia realizzato una struttura contrattuale del genere⁶³. La ragione sembra duplice: da un lato, pesano i costi gestionali che *ictu oculi* una simile impalcatura contrattuale sembra comportare, che contraddice l'idea di organismo *in house* come struttura agile e snella a disposizione dell'Amministrazione pubblica.

Dall'altro, essa pone in eccessivo risalto gli interessi economici dell'Amministrazione pubblica, relegando in secondo piano i principi di imparzialità e buon andamento che governano costituzionalmente l'organizzazione dei pubblici uffici.

Quest'ultima notazione permette di ampliare la prospettiva e di ritenere su un piano più generale l'insufficienza o l'inadeguatezza degli strumenti espressivi di interessi di natura economica, per ravvisare un «*controllo analogo*» a quello che l'Amministrazione esercita sui propri servizi. Essi difatti o non garantiscono un sufficiente potere di intervento dell'Amministrazione nelle decisioni di gestione del soggetto controllato; o, garantendolo, capovolgono la fattispecie, mettendo in primo piano gli interessi economici dell'Amministrazione controllante: non l'*in house provider* sarebbe organo dell'Amministrazione deputato a perseguirne gli interessi pubblici, ma questa realizzerebbe interessi di tipo economico-impresoriale attraverso l'organizzazione *in house*.

(63) In senso fortemente critico riguardo l'utilizzabilità dello strumento contrattuale e, nello specifico, di patti parasociali, v. G. BASSI, *Le determinanti del controllo analogo "in forma collettiva" nell'istituto dell'in house providing*, in *Riv. Trim. App.*, 2009, pp. 431-432, e F. GOISIS, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e suoi confini*, in *Dir. Amm.*, 2008, p. 590: entrambi gli A. sottolineano come il contratto che attribuisse poteri ultrasociali volti ad emulare la sovraordinazione gerarchica pubblica sarebbe di dubbia legittimità, e porrebbe comunque il loro titolare in posizione di conflitto di interessi permanente.

5. «Non-commercialità» dell'*in house provider* ed espressione di interessi di natura pubblica

Sembra essere questo il *Leitmotiv* inespresso delle decisioni della Corte di Giustizia in questa fase: l'*in house provider* deve essere legato all'Amministrazione aggiudicatrice da una relazione che escluda o attenui gli interessi economico-imprenditoriali del primo e ne accentui invece l'adesione agli interessi e scopi della seconda. Da cui l'insufficienza degli strumenti che esprimono interessi economici sul piano strutturale e la necessità che essi siano accompagnati o sostituiti da strumenti di tipo pubblico, in grado di ri-equilibrare la relazione tra Amministrazione pubblica e *in house provider*.

Quanto all'elemento del «*controllo analogo*» *ex se*, spetta all'ordinamento del singolo Stato membro individuare gli strumenti di diritto pubblico utili a configurarlo. La Corte ha avuto modo di apprezzare alcune soluzioni spagnola, italiana e, per questo specifico profilo, belga.

L'ordinamento spagnolo, come anticipato, ha elaborato gli strumenti dei *medios propios*, di cui la TRAGSA è un esempio. La relazione è caratterizzata dall'emanazione degli *ordenes de servicio*, che già si è avuto modo di analizzare. Si ribadisce che si tratta di atti unilaterali, a forte connotazione pubblicistica, come d'altronde lo stesso nome rende evidente. La TRAGSA ha l'obbligo di eseguire qualunque incarico le venga commissionato dalle Amministrazioni di cui è strumento e che rientri nel suo oggetto sociale, con limitate possibilità di rifiuto, senza poter discutere i tempi di esecuzione⁶⁴, ma con statuto privilegiato di responsabilità per gli amministratori che ottempera-

(64) Così l'art. 88, c. 4, Ley 66/1997, e l'art. 3, c. 3, del Real Decreto 371/1999, contenute lo statuto della TRAGSA. Il problema dei limiti del divieto di rifiuto incombente su TRAGSA è stato affrontato indirettamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza spagnole, nell'analisi della natura giuridica dell'ordine trasmesso dall'ente pubblico a TRAGSA. La dottrina distingue tra ordine impartito dall'Amministrazione dello Stato, che è socio al 99%, ordine impartito dalle amministrazioni locali che sono soci con un'azione, ordine impartito dalle amministrazioni che non sono soci, in forza della qualificazione contenuta nell'art. 88, Le operazioni ordinate dallo Stato sono qualificate come «*ordenes de servicio*» da F. AMOEDO SOUTO, (nt. 2), pp. 98-99, ai sensi dell'art. 21, Ley 26.11.1992, n. 30 (LPAC), definiti come «*ins-*

no all'ordine. In Italia la CGCE ha indicato lo strumento delle aziende speciali: istituzione dominata dalla presenza dell'Ente locale di riferimento⁶⁵, i cui amministratori sono soggetti ad un regime di responsabilità particolare, come già si è accennato. La società belga il cui statuto è stato esaminato dal giudice comunitario è la Brutélé, assoggettata alla già ricordata *Loi relative aux intercommunales* che permette l'emersione strut-

trumento màs característico de la jerarquía, pues suponen mandatos concretos del superior a l'inferior, tan concretos com aquél considere oportuno [...]. Los titulares de los òrganos inferiores tienen un deber de obediencia que, sin embargo, decae cuando reciben òrdenes manifiestamente ilegales o para realizar actuaciones constitutivas de delito o infracción administrativa» (S. MORÒN, *Derecho Administrativo – Parte General*, Tecnos, Madrid 2006, p. 255); tali *ordenes de servicio*, prosegue AMOEDO SOUTO, sono sicuramente impropri, nella misura in cui non si impongono semplicemente in forza di una posizione gerarchica interorganica, ma in base alla legge, *rectius* perché una legge speciale considera tali ordini obbligatori (AMOEDO SOUTO, *op. cit.*, p. 98). Lo stesso può essere detto con riguardo agli ordini impartiti dagli Enti pubblici territoriali che sono soci di minoranza. Per quel che concerne gli ordini impartiti dagli Enti pubblici territoriali che non sono soci, invece, la situazione è più opaca. Gli ordini possono essere considerati come esecuzione di «*convenios de colaboración*» generali tra l'Ente territoriale e lo Stato, avente ad oggetto l'attività TRAGSA (AMOEDO SOUTO, *op. cit.*, pp. 158-160), ed autorizzati dall'art. 3, c. 4, del Real Decreto 371/1999: si tratta di atti caratterizzati da una forte componente negoziale, tutelati in via generale dal principio di libertà contrattuale delle Amministrazioni pubbliche contemplato dall'art. 4, Real Decreto Ley 21.06.2000, n. 2/2000 (LCAP); motivi di rifiuto dell'esecuzione, dunque, sembrano essere la contrarietà all'interesse pubblico, all'ordinamento giuridico, ai principi di buona amministrazione, ai sensi dell'art. 4 (S. MORÒN, *op. cit.*, p. 262). AMOEDO SOUTO, comunque, contesta la legittimità di una simile ricostruzione, ai sensi del diritto interno, sottolineando come molte amministrazioni locali abbiano preferito la diversa strada della legge regionale, considerata parimenti illegittima; nota come non sia sufficiente la previsione generale di cui all'art. 88, c. 5, Ley 66/97, utilizzata dalla Comunità Autonoma della Galizia (AMOEDO SOUTO, *op. cit.*, pp. 155-162). In ogni caso, è agevole notare come i limiti siano di carattere pubblicistico, e poco attenti a considerazioni di tipo economico-imprenditoriale: la scarsa attenzione a questo profilo può essere probabilmente spiegata alla luce del fatto che 1. La TRAGSA viene pagata in base a un tariffario che è orientato ai costi da essa stessa dichiarati, senza limiti di spesa (art. 4, *Real Decreto* 371/1999); 2. in ogni caso, la TRAGSA può bandire gare di appalto, per l'affidamento a terzi dell'esecuzione di parte o tutto un incarico (art. 88, *Ley* 66/1997); nuovamente, essendo il prezzo pagato al terzo in base al contratto di appalto una voce di "costo" per TRAGSA, esso sarà ripagato dall'Ente incaricante

(65) Il vincolo finalistico dell'azienda speciale sembra essere riconducibile, in realtà, più al requisito funzionale della relazione *in house* che a quello strutturale – pur essendo in definitiva manifestazione di quest'ultimo – soprattutto per quel che concerne il divieto di attività *extra moenia* gravante sulle aziende speciali; in ogni caso, in giurisprudenza, v. *ex multis* Cons. St., sent. n. 4586/2001, in *Foro It.*, 2002, III, 557, con nota di E. SCOTTI, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali*; Cons. St., sent. n. 2835/2001, cit.; Cons. St., sent. n. 475/1998, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 2668 e ss., massimata anche in *Foro It.*, 1999, III, 396, con nota di E. SCOTTI, *L'attività extraterritoriale delle aziende speciali e delle società miste tra vincoli funzionale, regole procedurali e principi concorrenziali*, col. 399 e ss.; Cons. St., sent. 432/1998, *ibidem*; TAR Lombardia, sent. n. 652/1995, in *Foro It.*, 1996, III, 156 e ss., con nota di E. SCOTTI, che alla col. 160 – in tema di accordi tra più Enti locali per l'esercizio in comune di un servizio pubblico – individua il ruolo dell'azienda speciale nella mera esecuzione di decisioni *aliunde* assunte.

turale degli interessi del Comune-socio direttamente nel Consiglio di Amministrazione⁶⁶.

La rilevanza dell'interesse pubblico si manifesta nel requisito funzionale, che esercita in questo modo il proprio ruolo di complemento non rinunciabile dell'elemento strutturale. Nella sentenza *Parking Brixen* la Corte chiarisce che esclude la non-commercialità della Stadtwerke Brixen GmbH, diretta concessionaria del servizio di gestione di parcheggi a pagamento da parte del Comune di Bressanone, l'aver lo statuto ampliato sia l'oggetto sociale, sia i limiti geografici in cui la società può operare (§67, lett. *b* e *d*). Nella sentenza *Carbotermo* è chiarito che tramite esso è possibile verificare la che la libertà d'azione del *provider* sia limitata al solo perseguimento degli interessi pubblici (§61).

Infine la preminenza degli interessi di natura pubblica si manifesta nella possibilità di valutare la presenza dei requisiti non solo al momento dell'affidamento, ma anche successivamente. La questione è stata affrontata con riguardo al solo requisito strutturale, ma la *ratio* che sorregge la soluzione sembra comune ad entrambi gli elementi. La sentenza *Parking Brixen* disconosce la relazione *in house* per il mero programma di apertura del capitale della Stadtwerke Brixen GmbH al capitale privato, successivo all'affidamento. Lo stesso la sentenza *ANAV* (§§ 27-30). Nella vicenda *Modling* la CGCE chiarisce che rileva il programma del diretto affidatario: la tensione imprenditoriale che si manifesta tramite l'apertura del capitale privato esclude l'aderenza di questo all'interesse dell'Autorità pubblica⁶⁷.

6. Conclusioni: l'*in house provider* come non-impresa

(66) Per altri profili, la sentenza pertiene più correttamente all'ultima fase della giurisprudenza comunitaria. Sarà pertanto trattata nel prossimo capitolo.

(67) CGCE, sentenza 10.11.2005, causa C-29/04, *Commissione/Austria*, §§38-47.

Gli strumenti che per la Corte di Giustizia CE concretizzano nella prima fase gli elementi di una relazione *in house* esprimono interessi prevalentemente di tipo pubblico. Tramite essi si manifesta una vocazione non commerciale dell'*in house provider* che non è suscettibile di essere incanalata nella struttura delle società di capitali di diritto comune.

La giurisprudenza di questa fase può essere spiegata in funzione di tutela della concorrenza e degli scambi intracomunitari, che si manifesta sia nello strumento della gara sia nei caratteri propri della relazione *in house*.

Al *provider* non è permesso di proiettarsi in modo significativo sul mercato in competizione con altre imprese né al momento dell'affidamento, né successivamente. Di fatto esso si riduce ad una mera propalazione dell'Amministrazione aggiudicatrice, la cui attività si riduce alla soddisfazione dei bisogni di questa. Non gli è concesso di ampliare la propria sfera di azione né geograficamente, né funzionalmente, considerata la rigidità dei requisiti: le sue possibilità di azione e crescita quale impresa sono annichilate.

In questo modo viene confermata esternamente la funzione della gara nel sistema degli appalti pubblici, quale strumento di selezione competitiva tra più operatori economici a livello comunitario in modo imparziale e trasparente. La gara infatti può essere evitata solo se la scelta dell'Amministrazione non ricade su un soggetto la cui azione si svolge in competizione con altri operatori economici, dotato di autonomia decisoria rispetto ai propri obiettivi. Si tratta, in sintesi, dell'assenza di due dei tre elementi che qualificano la nozione di «*impresa*» ai sensi del diritto degli appalti e del diritto della concorrenza comunitari, già evidenziati *supra*, Capitolo 2. Questa constatazione è confermata da alcuni passaggi in cui la Corte di Giustizia riconduce i caratteri della fattispecie *Teckal* alla necessità di tutelare la concorrenza: il difetto della fattispecie «*im-*

presa» rende inapplicabile la disciplina che sulla sua esistenza si giustifica.

Per altro verso la Corte di Giustizia manifesta in questa fase un'idea abbastanza precisa su quale sia la posizione dell'Amministrazione pubblica nel sistema economico comunitario (perlomeno degli appalti): ferma la potestà di auto-organizzarsi liberamente per perseguire i propri fini, mai messa in discussione, la Corte chiarisce quando l'Amministrazione stia esercitando questa prerogativa e quando, invece, stia agendo sul mercato per il tramite di un organismo che sia sostanzialmente "impresa". Limita questa seconda possibilità chiarendo che l'Amministrazione pubblica - impresa deve agire su un piede di parità con la privata: se ad essa viene attribuito un monopolio su un certo settore guadagnato non in competizione con altre imprese e comunque sottratto alla pressione competitiva, come nel caso dell'*in house providing*, l'azione in competizione con altre imprese avverrebbe non su un piede di parità né in forza di un vantaggio guadagnato sul mercato e, quindi, distorcerebbe il libero gioco della concorrenza.

Capitolo 8

***In house providing* e diritto della concorrenza**

SOMMARIO: 1. La prima fase della giurisprudenza *Teckal*: i caratteri della fattispecie - 2. Il riferimento alla «tutela della concorrenza»: integrazione del sistema delle direttive comunitarie in materia di contratti pubblici - 2.1. Fattispecie *Teckal* e artt. 101-102 TFUE: «Amministrazione aggiudicatrice» e «operatore economico» - 2.2. Amministrazione aggiudicatrice e art. 106, §1, TFUE - 3. Ricostruzione del sistema di aggiudicazione dei contratti pubblici sub art. 106, §1, TFUE - 4. La seconda fase della giurisprudenza *Teckal*: elementi di discrepanza - 5. Il significato dello iato: a) scelta di un nuovo sistema - 6. Segue: b) evoluzione del sistema – 7. Conclusioni ancora aperte.

1. La prima fase della giurisprudenza *Teckal*: i caratteri della fattispecie

La prima giurisprudenza *Teckal* richiama l'obiettivo delle Direttive di aprire il mercato degli appalti pubblici alla concorrenza¹, affermando essere scopo della fattispecie *Teckal* la funzione di tutelare una concorrenza libera e non falsata². Il riconoscimento che anche i contratti non compresi nell'ambito oggettivo di tutte le Direttive in materia

(1) CGCE, sentenza 11.01.2005, causa C-26/03, *Stadt Halle +1/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (Stadt Halle)*, §§23 (che richiama i “considerando” nn. 4 e 5 della Dir. 92/50/CE) e 48.

(2) CGCE, sentenza 11.05.2006, causa C-340/04, *Carbotermo + 1/Comune di Busto Arsizio + 2 (Carbotermo)*, §59.

di appalti pubblici, compresi i settori esclusi – come i contratti c.d. sotto-soglia³ e le concessioni⁴, senza alcuna distinzione quanto al loro oggetto – siano comunque assoggettati al divieto di discriminazione in base alla nazionalità e al dovere di parità di trattamento (che si concretizzano nell'obbligo di trasparenza) generalizza e rende cogente l'obbligo per la P.A. di stipulare contratti in seguito a procedura comparativa e trasparente⁵. Di conseguenza, le ipotesi in cui una gara potesse essere non esperita sono divenute gergalmente «*eccezionali*»⁶.

Tale carattere non va inteso in senso tecnico, come ipotesi di non applicazione di una regola generale per prevalenza di principi diversi, e quindi insuscettibile – ad esempio – di interpretazione analogica: questo sarebbe il caso solo di alcune ipotesi previste nelle Direttive⁷, ma non spiegherebbe perché l'estensione dell'ambito di applicazione dei principi che sorreggono le Direttive in materia di appalti sia accompagnata (al solo livello comunitario) da un analogo movimento della fattispecie «*eccezionale*» *Teckal*, di natura giurisprudenziale e non legislativa, con le stesse tappe e per il tramite delle medesime pronunce della CGCE⁸.

(3) CGCE, sentenza 21.07.2005, causa C-231/03, *Consorzio Nazionale Metano (Coname)/Comune Cingia de' Botti + Padania Acque S.p.a. (Coname)*, §20: l'esiguo valore del contratto non esclude che altre imprese, nella Comunità, possano essere interessate allo svolgimento della prestazione.

(4) CGCE, sentenza 21.07.2005, causa C-231/03, *Consorzio Nazionale Metano (Coname)/Comune Cingia de' Botti + Padania Acque S.p.a. (Coname)*, §16; CGCE, sentenza 13.10.2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH/Gemeinde Brixen + Stadtwere Brixen AG (Parking Brixen)*, §§43 e 46; CGCE, sentenza 06.04.2006, causa C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)/Comune di Bari + AMTAB Servizio SpA (ANAV)*, §18.

(5) Sul fenomeno, v. M. SZYDŁO, *Contracts beyond the scope of the EC procurement Directives – who is bound by the requirement for transparency?*, in *Eur. Law Rev.*, 2009, Oct., pp. 720 e ss.

(6) V. CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §63; CGCE, sent. *ANAV*, cit., §26.

(7) Per CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §41-51, le eccezioni previste in una direttiva non sono esportabili in altra direttiva; v. al proposito Capitolo 2, §1. Si rinvia comunque al riguardo Capitolo 3, in cui esse sono esaminate in relazione alla fattispecie *Teckal*.

(8) Per le concessioni, v. CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit.; Per gli appalti sotto-soglia (ma con statuzioni applicabili anche ai contratti di concessione "sotto-soglia") v. CGCE, sent. *Coname*, cit. La Corte di Giustizia in queste pronunce segue un *iter* logico comparabile: 1. il non essere compreso un contratto tra le ipotesi di applicazione (oggettiva o per valore) delle Direttive comunitarie non esclude che esso sia assoggettato ai principi generali del Trattato, in particolare al divieto di discriminazione in base alla nazionalità e all'obbligo di trasparenza; 2. così non sarebbe solo se l'Amministrazione aggiudicatrice avesse concluso un contratto con un'entità formalmente esterna ma sostanzialmente appar-

Questo fenomeno è invece comprensibile considerando che la fattispecie *Teckal* è anche espressione degli stessi principi e disciplina dei contratti pubblici comunitari: ne segna un limite oggettivo e ne segue quindi l'evoluzione. La sua «*eccezionalità*» e l'obbligo di interpretare restrittivamente le sentenze che la prevedono identificano piuttosto l'interesse della CGCE e suo tramite del diritto comunitario ad un'impostazione rigida, per evitare che le parole ed i lemmi utilizzati possano qualificare fattispecie in cui non ricorresse in concreto il carattere della sostanziale appartenenza del diretto affidatario alla struttura della P.A. affidante. Più che uno strumento di (ri)bilanciamento di principi, l'«*eccezionalità*» della fattispecie *Teckal* è uno strumento di lotta all'elusione del diritto comunitario⁹.

Ne è conferma il contenuto delle pronunce, particolarmente rigido nella verifica della ricorrenza del requisito strutturale, tanto da condurre gli interpreti a chiedersi se la previsione della Corte non fosse priva di contenuto oppure non obbligasse (in particolare: l'ordinamento italiano) a ritornare all'uso delle aziende speciali. E nella funzione dichiarata del requisito funzionale, di completare i poteri che concretizzano il «*controllo analogo*» e di integrare la fattispecie chiarendo il divieto per il *provider* di agire in concorrenza con altri operatori.

Non senza qualche difficoltà ricostruttiva, la CGCE ha chiarito che il sistema dei contratti pubblici di appalto e di concessione che l'ordinamento comunitario impone

tenente alla propria struttura.

(9) CGCE, sentenza 10.11.2005, *Commissione/Austria (Mödling)*, §§40-41, chiarisce che le aggiudicazioni delle P.A. devono essere valutate in funzione dell'obiettivo, anche se scandite in fasi, ed esclude la legittimità di una «*costruzione artificiale*» che preveda l'affidamento diretto del servizio di raccolta di rifiuti a società a capitale pubblico totalitario, con cessione in immediata successione del 49% delle quote a società privata. Si tratta di un elemento presente anche nella successiva elaborazione giurisprudenziale: menziona espressamente l'intenzione di eludere il diritto comunitario come parametro di valutazione della liceità CGCE, sentenza 10.09.2009, causa C-573/07, *Sea s.r.l./Comune Ponte di Nossa + Servizi Tecnologici Comunali – SeTCo S.p.A. (SeTCo)*, commentando le modifiche statutarie, §71.

agli Stati membri si fonda sul principio di parità di trattamento¹⁰, che regge le libertà di circolazione, da cui discende il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, entrambi espressi e tutelati tramite l'obbligo di trasparenza¹¹; esso ha per obiettivo l'apertura dei contratti pubblici ad una concorrenza non falsata¹², da intendersi in senso statico quale maggiore partecipazione possibile di imprese ai procedimenti di selezione del contraente della P.A.¹³

La struttura della fattispecie *Teckal*, inserita in questo sistema quale limite negativo, ha «*in particolare lo scopo di evitare che sia falsato il gioco della concorrenza*»¹⁴: l'esclusione della partecipazione al capitale di investitori privati impedisce che un imprenditore possa trovarsi in situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti¹⁵; l'obbligo di svolgere la parte prevalente o più importante dell'attività per il diretto affidante esclude che «*un'impresa controllata da uno o più enti sia attiva sul mercato e possa entrare in concorrenza con altre imprese*»¹⁶: in questo caso l'obiettivo di tutelare la concorrenza non ha ragion d'essere¹⁷.

2. Il riferimento alla «tutela della concorrenza»: integrazione del sistema delle direttive comunitarie in materia di contratti pubblici

Si può ritenere che questo richiamo alla «*tutela della concorrenza*» non duplichi le

(10) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit., §48; CGCE, sent. *ANAV*, cit., §21; CGCE, sent. *Coname*, cit., § 22.

(11) Per CGCE, sent. *Coname*, cit., §21, l'obbligo di trasparenza è strumento per realizzare le libertà di circolazione. Per CGCE, *Parking Brixen*, cit., §49, e CGCE, sent. *ANAV*, loc. ult. cit., l'imposizione della trasparenza alle P.A. permette di verificare il rispetto degli obblighi loro imposti.

(12) CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., §§23 e 48.

(13) V. *supra*, Capitolo 2, §1.

(14) CGCE, sent. *Carbotermo*, cit., §59.

(15) Così CGCE, sent. *Stadt Halle*, §51; CGCE, sent. *Mödling*, §48; CGCE, sent. *ANAV*, §31.

(16) CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., §60.

(17) CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit., §62. Va notato che la sentenza attribuisce alla Dir. 93/37/CE l'obiettivo di tutelare la concorrenza; v. però l'argomentazione svolta nel prosieguo del testo.

esigenze di promozione della concorrenza proprie delle direttive per tre motivi: 1. i concetti di «*promozione*» e «*tutela*» della concorrenza non coincidono: l'uno ha ad oggetto la creazione delle condizioni necessarie per il libero svolgimento di attività economiche, l'altro le relazioni che si sviluppano in tali condizioni¹⁸; 2. altrimenti il richiamo sarebbe ridondante, poiché rinvierebbe agli stessi obblighi di non discriminazione e parità di trattamento; 3. la «*concorrenza*» cui i due sistemi fanno riferimento identifica due dinamiche competitive diverse: le direttive si occupano della gara che si svolge di fronte alle Amministrazioni aggiudicatrici (che deve essere aperta, non discriminatoria e trasparente per evitare ostacoli alle libertà di circolazione); la «*concorrenza*» tutelata dalla fattispecie *Teckal* è, invece, quella relazione che non si esplica necessariamente di fronte all'Amministrazione aggiudicatrice, ma rispetto ai concorrenti del diretto affidatario e quindi nel mercato.

Si può dunque ritenere che il riferimento sia alle regole di concorrenza di cui agli artt. 101-109 TFUE (già 81-89 TCE). La prima giurisprudenza *Teckal* integra le direttive sintetizzando i due sistemi valoriali del mercato interno e della tutela della concorrenza rispetto alla libertà di auto-organizzazione del soggetto pubblico: in materia di aggiudicazione di contratti pubblici pubblici la Pubblica Amministrazione non può né eludere le istanze di regolazione – che si manifestano nell'obiettivo di permettere al numero più ampio possibile di operatori economici comunitari di manifestare il proprio interesse al contratto – né falsare il gioco della concorrenza. Le pronunce tuttavia non chiariscono a quale delle disposizioni si debba fare riferimento.

(18) Il tema è stato sviluppato con riferimento ai rapporti tra Direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e diritto *antitrust supra*, Capitolo 2, §1.2, cui si rinvia.

2.1. Fattispecie *Teckal* e artt. 101-102 TFUE: «Amministrazione aggiudicatrice», «operatore economico»

La Corte di Giustizia ha espresso alcune perplessità rispetto alla valutazione delle aggiudicazioni di contratti pubblici (direttamente o tramite procedura di gara) ai sensi dell'art. 101 TFUE, con argomentazione che sembra valida anche per l'art. 102 TFUE: i due articoli appena richiamati sarebbero disposizioni applicabili ai rapporti tra imprese, inidonee a disciplinare la relazioni che l'Amministrazione intrattiene nella qualità di Autorità pubblica con le sue controparti¹⁹.

Questo principio sembra a prima vista sposare l'impostazione tradizionale sui rapporti tra artt. 101-102 e 106 TFUE, per la quale la distinzione tra Stato²⁰-impresa e Stato-Autorità (da cui dipende l'applicazione rispettivamente degli artt. 101-102 o dell'art. 106 TFUE) si fonderebbe sul contenuto dell'atto o sulla finalità dell'attività svolta.

Al proposito i giudici comunitari hanno chiarito che sarebbero riferibili allo Stato-Autorità – e quindi valutabile alla luce dell'attuale art. 106 TFUE – l'atto e l'attività che esprimono poteri sovrani²¹. Sono stati riconosciuti tali ad esempio l'imposizione diretta di prezzi alle imprese concessionarie dei servizi funebri comunali²² e l'imposizione ai venditori al dettaglio di tabacchi di prezzi fissati dal produttore²³, ma non l'attività del-

(19) V. CGCE, sent. *Coname*, cit., §§12-14.

(20) Qui e di seguito nel testo il lemma "Stato" è usato a fini di brevità per identificare lo Stato, in senso formale, le P.A. centrali e periferiche e autonome, nonché le P.A. locali, coerentemente all'interpretazione tradizionale dell'art. 106, §1, TFUE. CGCE, sentenza 04.05.1988, causa 30/87, *Corinne Bodson/SA Pompes Funebres des Régions libérées (Bodson)*, in *Racc.*, 1988, I-02479, §33; J. L. BUENDIA SERRA, *Exclusive rights and State monopolies under EC Law*, Oxford University Press, Oxford 1999, pp. 27-29; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, UTET, Torino 2007, pp. 805-806; in questo senso v. M. LIBERTINI, *Parte XII. Il mercato e la concorrenza*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Vol. III, Giuffrè, Milano 2007, pp. 159 e ss.

(21) Così espressamente CGCE, sentenza 16.01.1987, causa 118/85, *Commissione/Italia (AAMS)*, §8: «*lo Stato può agire vuoi esercitando il potere d'imperio, vuoi svolgendo attività economiche di natura industriale o commerciale che consistono nell'offrire beni e servizi sul mercato*»

(22) CGCE, sent. *Bodson*, cit., §33.

(23) CGCE, sentenza 16.11.1977, causa 13/77, *SA G.B.-INNO-B.M/ATAB*, §§32-33.

l'Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato italiana nel settore del tabacco²⁴; il controllo e la sorveglianza dello spazio aereo²⁵ o l'attività di polizia degli spazi aeroportuali a terra, ma non la loro locazione, ancorché effettuata dallo stesso soggetto²⁶; l'attività di sorveglianza anti-inquinamento in un porto petrolifero²⁷.

Sarebbe altresì riferibile allo Stato-Autorità l'attività svolta in esecuzione di principi di solidarietà sociale, quando non siano soddisfatti dalle forze di mercato. Carattere – dai contorni incerti²⁸ – che è stato ravvisato per esempio nei sistemi sanitari nazionali²⁹; nel regime di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro³⁰; nella conduzione di fondi di previdenza obbligatori³¹, ma non per la gestione di fondi di previdenza complementari che, operando in concorrenza con altre imprese, sono organizzati ed agiscono in base al principio di capitalizzazione³².

(24) CGCE, sentenza 16.01.1987, causa 118/85, *Commissione/Italia (AAMS)*, §2.

(25) CGCE, sentenza 19.10.1994, causa C-364/92, *SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol*, §§18 e 30-32.

(26) V. TPICE, sentenza 12.12.2000, causa T-128/98, *Aéroports de Paris/Commissione*, in *Racc.*, 2000, pp. II-3929, confermata sul punto in secondo grado da CGCE, sentenza 24.10.2002, causa C-82/01-P, *Aéroports de Paris/Commissione*, in *Racc.*, 2002, I-9297, §§75-79.

(27) *Arg. ex* CGCE, sentenza 23.04.1991, causa C-41/90, *Hofner e Elser/Macrotron*, *Racc.* 1991, I, pp. 1979 e ss., §§21 e 23; CGCE, sentenza 18.03.1997, causa C-343/95, *Calli&Figli/Servizi ecologici Porto di Genova*, in *Racc.*, 1997, I-1547, §§23-25.

(28) Per un'ampia analisi critica si rinvia in particolare a L. DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles 2006. V. anche F. BLUM, A. LOGUE, *State monopolies under EC Law*, John Wiley & Sons, Chichester 1998.

(29) CGCE, sentenza 17.02.1993, cause riunite C159-160/92, *Poucet et Pistre/AGF et Cancava*, in *Racc.*, 1991, I, pp. 637 e ss., §§17-19; TPICE, sentenza 04.03.2003, causa T319/99, *Fenin/Commissione (Fenin I)*, §§35-37, in *Foro It.*, 2003, IV, col. 331 e 343 e ss., con nota di P. CERBO, *Il principio di economicità nella nozione di impresa e nella pubblica amministrazione*; CGCE, sentenza 11.07.2006, causa C-205/03 P, *FENIN/Commissione (Fenin II)*, sulla quale v. M. KRAJEWSKI, M. FARLEY, *Non-economic activities in upstream and downstream markets and the scope of competition law*, in *Eur. Law Rev.*, 2007, spec. pp. 112-114.

(30) CGCE, sentenza 22.01.2002, causa C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio & Co./Inail*, in *Foro It.*, 2003, IV, col. 331 e 343 e ss., con nota di P. CERBO, *Il principio di economicità nella nozione di impresa e nella pubblica amministrazione*.

(31) CGCE, essere l'attività esercitata basata sul principio di solidarietà (CGCE, sent. *Poucet et Pistre*, cit.: la gestione di fondi di mutua assistenza rientra nelle attività di imperio, se detti fondi sono obbligatori *ex lege*.)

(32) CGCE, sentenza 21.09.1999, causa C-67/96, *Albany*, in *Racc.*, 1999, I, pp. 5751 e ss., §§81, 84-87; CGCE, sentenza 21.09.1999, cause riunite C-115-116-117/97, *Brentjens*, in *Racc.*, 1999, I, pp. 6025, §§77 e 81-87; CGCE, sentenza 21.09.1999, causa C-219/97, *Drijvende Bokken*, in *Racc.*, 1999, I, pp. 6121 e ss., §§ 67 e ss., sulle quali tutte v. P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law & economics*, Giuffrè, Milano 2004, Cap. 3. V. anche CGCE, sentenza 16.11.1995, causa

Da questa breve ricostruzione è chiaro che la qualificazione dello Stato come «*impresa*» o come «*Autorità*» è stata valutata dai giudici comunitari principalmente rispetto al caso in cui un soggetto pubblico offre beni o servizi ai cittadini.

Questa prospettiva chiarisce come valutare le concessioni della P.A. L'attività del concessionario consiste, per definizione, nello sfruttamento del diritto concesso, con attività nei confronti di terzi dietro compenso. L'atto di concessione si pone quanto agli effetti come delega per l'esercizio di un'attività che altrimenti sarebbe svolta dall'Ente pubblico stesso, e che nessun altro, se non dietro concessione, potrebbe svolgere. L'atto provoca uno spostamento del ruolo di produttore di beni o servizi dalla P.A. concedente all'impresa concessionaria³³; non è però *ex se* atto di produzione o scambio di beni o servizi sul mercato. Si tratta inoltre di un atto tipico di esercizio di potere dello Stato: esso sfugge alle maglie degli artt. 101-102 TFUE.

La prospettiva tradizionale dello Stato-produttore si rivela però inadeguata per l'analisi del complessivo fenomeno degli appalti pubblici. In questo caso, infatti, la Pubblica Amministrazione è destinataria di una prestazione di dare o di fare; acquista al proprio patrimonio l'oggetto materiale della prestazione; può re-impiegarlo sia per la produzione di beni o servizi che ricolloca sul mercato, sia a fini sociali e solidaristici, sia infine per scopi egoistici, per la soddisfazione di esigenze di funzionamento proprie. L'angolo visuale tradizionale, insomma, non chiarisce se l'Ente pubblico che aggiudica un appalto pubblico sia da considerare come «*impresa*» o come «*Autorità*», ai fini del diritto della concorrenza, e se quindi il suo atto sia suscettibile di essere valutato alla luce degli artt. 101-102 o 106 TFUE.

Si potrebbe forse utilizzare il criterio *upstream/downstream market* elaborato dai

C-244/94, *Fédération française des sociétés d'Assurances et al/Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, in *Racc.*, 1995, I, pp. 4013 e ss., §§14 e ss.

(33) In questo senso, l'art. 3, Dir. 2004/18/CE prende atto dello spostamento "a valle" delle funzioni di Amministrazione del soggetto pubblico, imponendo al concessionario di diritti speciali o esclusivi di

giudici comunitari nella vicenda *Fenin*. In quel caso un'associazione spagnola di produttori di attrezzature mediche adì la Commissione lamentando il continuo mancato o ritardato pagamento di quanto dovuto ai suoi associati da parte del sistema sanitario nazionale pubblico (*Servicio Nacional de Salud*, SNS), da essi rifornito, chiedendo che il comportamento fosse sanzionato quale abuso di posizione dominante. La Commissione, il Tribunale di Prima Istanza³⁴ e la Corte di Giustizia³⁵ ritennero il comportamento del SNS non abusivo ai sensi dell'allora art. 82 TCE (ora 102 TFUE): il *Servicio* non poteva essere qualificato come «*impresa*» perché avente ad oggetto compiti di solidarietà sociale; non sarebbe stato d'altronde possibile considerare gli atti di acquisto delle attrezzature mediche separatamente dall'uso che di esse veniva fatto (come invece propose la *Fenin*), perché si tratterebbe di attività correlate inseparabili.

Il principio che se ne può trarre è che, ai fini dell'applicazione degli artt. 101-102 TFUE agli atti di acquisto e, in generali, ai monopsoni, è necessario verificare se ciò che viene acquistato sia utilizzato per lo svolgimento di attività di impresa o non. Tra atto di acquisto e attività di impresa dovrebbe sussistere un legame di funzionalità necessaria.

Apparirebbe conforme a questo criterio l'art. 19, §1, Dir. 2004/17/CE, il quale chiarisce che la Direttiva *Settori esclusi* non si applica «*agli appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi, quando l'ente aggiudicatore non gode di alcun diritto speciale o esclusivo per la vendita o la locazione dell'oggetto di tali appalti e quando altri enti possono liberamente venderlo o darlo in locazione alle stesse condizioni del-*

(34) TPICE, sent. *Fenin I*, cit.; sul problema che viene trattato nel testo, v. in commento alla sentenza V. LOURI, *The FENIN judgement: the notion of undertaking and Purchasing Activity*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2005, pp. 87 e ss.

(35) CGCE, sent. *Fenin II*, cit.; sul punto, v. il commento adesivo di M. KRAJEWSKI, M. FARLEY, *Non-economic activities*, cit., spec. pp. 118-121.

l'ente aggiudicatore»³⁶: nel valutare l'analogo art. 8, §1, Dir. 90/767/CEE la Corte – usando dello strumentario tipico del diritto *antitrust* per l'indagine sul mercato rilevante – chiarì come gli elementi di cui alla disposizione dovessero essere esaminati in concreto, facendo particolare riferimento alle caratteristiche di prodotti o servizi offerti, all'esistenza di beni sostitutivi, alle condizioni di prezzo, ed all'eventuale posizione dominante dell'Amministrazione aggiudicatrice sul mercato³⁷. Sembraerebbe confermare questa impostazione anche la definizione di «*organismo di diritto pubblico*», assoggettato alle Direttive se ed in quanto avente per oggetto il perseguimento di interessi generali³⁸.

In conseguenza di quanto appena illustrato, il contratto di appalto di un'Amministrazione aggiudicatrice dovrebbe essere valutato in base alla finalità della P.A.: se lo scopo fosse di riutilizzare i beni per svolgere attività di impresa, l'atto potrebbe essere sussunto *sub* artt. 101-102 TFUE.

Questa impostazione sembra criticabile per tre motivi.

In primis, essa non chiarisce come valutare l'eventuale atto non sussumibile *sub* artt. 101-102 TFUE. Si deve ritenere che esso sia qualificabile quale atto dello Stato-Autorità e, quindi, valutabile ai sensi dell'art. 106 TFUE. Tuttavia, collocandosi in linea di continuità con l'impostazione tradizionale, la ricostruzione appena proposta non considera l'ipotesi di acquisto per fini egoistici e mero consumo, che sfugge al binomio Stato-Autorità/Stato-impresa, ma che certo non sono un fenomeno trascurabile.

In secundis, si rileva che l'art. 19, §1, Dir. 2004/17/CE è disposizione eccezionale, collocata in un sistema speciale (quello degli appalti aggiudicati nei c.d. *Settori esclu-*

(36) In precedenza, la disposizione era contenuta nell'art. 8, §1, Dir. 90/767/CEE, e nell'art. 7, §1, Dir. 93/38/CE.

(37) CGCE, sentenza 26.03.1996, causa C-392/93, *The Queen/H.M. Treasury ex parte British Telecommunications*, in *Racc.*, 1996, pp. I-01631 e ss., §§32-35.

(38) V. più diffusamente *supra*, Capitolo 3.

si): sembra ermeneuticamente non giustificabile trarne conclusioni generali e di sistema. Anzi, la stessa Dir. 2004/17/CE prevede la figura dell'«*impresa pubblica*», destinataria degli obblighi di cui alla Direttiva quanto le altre amministrazioni³⁹: il sistema della Direttiva *Settori esclusi* non permette di distinguere tra appalto aggiudicato nello svolgimento di attività di impresa e appalto aggiudicato ad altri fini.

In tertiis, la prospettiva del criterio *Fenin* non è propria né delle Direttive in materia di appalti, né del criterio *Teckal*, che per la Corte è *trait d'union* tra i sistemi comunitario degli appalti e della concorrenza. Le Direttive, infatti, non distinguono tra le destinazioni d'uso dei beni o servizi oggetto di appalto, ma individuano diversi ruoli dell'Amministrazione: acquirente *tout court*, cioè senza far riferimento all'obiettivo dell'acquisto («*Amministrazione aggiudicatrice*»), produttore («*operatore economico*»)⁴⁰, intermediario nello scambio, assoggettato agli obblighi di gara («*centrali di committenza*»). La fattispecie *Teckal*, a sua volta, è stata invocata ed utilizzata per valutare la legittimità della conclusione, senza previa procedura di gara, di contratti per l'acquisto di combustibile al fine di riscaldare i locali comunali⁴¹, per lo svolgimento del servizio di analisi delle acque⁴² o di raccolta, trattamento e smaltimento rifiuti solidi urbani⁴³, per la riqualificazione urbana e la costruzione di immobili pubblici⁴⁴. In tutti questi casi, pur essendo irri-

(39) V. art. 2, §1, lett. b), e §2, Dir. 2004/17/CE.

(40) Cfr. Dir. 2004/18/CE, art. 1, §8; Dir. 2004/17/CE, art. 1, §7. La Corte di Giustizia, come si è già avuto modo di rilevare *supra*, Capitolo 6, §5, ha chiarito che le Direttive in materia di appalti e, in generale, gli obblighi gravanti sul soggetto pubblico in forza del Trattato CE trovano applicazione anche all'ipotesi di contratti conclusi tra soggetti formalmente entrambi qualificabili Amministrazioni aggiudicatrici; v. le già commentate CGCE, sentenza 07.12.2000, causa C-324/98, *Teleaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH/ Telekom Austria AG*; CGCE, sentenza 09.06.2009, causa C-480/06, *Commissione/Germania (Sächsische Landkreise)*. V. anche CGCE, sentenza 23.12.2009, causa C-305/08, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa)/Regione Marche*, §31: la qualità di Ente pubblico non è giusto motivo di esclusione dalla gara ed impedisce di considerare un consorzio composto da ventiquattro università e tre ministeri in modo diverso dagli operatori economici che concorrono in competizione con lui ad una gara.

(41) CGCE, sent. *Teckal*, cit.; CGCE, sent. *Carbotermo*, cit.

(42) CGCE, sent. *ARGE*, cit.

(43) CGCE, sent. *Stadt Halle*, cit.; CGCE, sent. *Modling*, cit.

(44) CGCE, sent. *SEDL*, cit.

levante e non affrontata la questione della destinazione d'uso delle prestazioni aggiudicate, è rimasto costante l'obiettivo di «*tutela della concorrenza*» perseguito dal giudice comunitario attraverso l'applicazione del criterio *Teckal*.

Vero è che, come già rilevato⁴⁵, i sistemi comunitari degli appalti pubblici e della concorrenza sono distinti e si pongono fini diversi: la qualificazione di una fattispecie nell'uno non dovrebbe incidere sull'autonoma valutazione della stessa fattispecie nell'altro. Quindi l'assoggettamento di due soggetti strutturalmente diversi alla medesima disciplina (imposto dalle Direttive) potrebbe non incidere sulla valutazione ai sensi degli artt. 101-102 ovvero 106 ss. TFUE dell'atto, avente il medesimo oggetto, posto in essere da ciascuno dei due. Potrebbe essere, insomma, che un contratto di lavori avente ad oggetto la costruzione di un immobile per uffici, se concluso da un Ente pubblico per svolgervi attività di «*impresa*» sia valutato *sub* artt. 101-102 TFUE; se concluso da una P.A. per svolgervi compiti istituzionali, sia valutato ai sensi dell'art. 106 TFUE.

Da questa ricostruzione sorge immediatamente il problema dell'uso misto del bene (ad esempio: lo svolgimento di attività qualificabile come «*economica*» in alcuni locali, e di attività istituzionale in altri), da cui discende la questione di quale tra gli artt. 101-102 TFUE e l'art. 106 TFUE dovrebbe prevalere, o come ritagliare i rispettivi ambiti⁴⁶. Emerge anche il problema dell'uso “egoistico” del bene, cioè non collegato immediatamente allo svolgimento di compiti dello Stato-Autorità, né qualificabile come attività di impresa, ma finalizzato al migliore svolgimento di qualsiasi attività: si pensi alla costruzione di un immobile da adibire a scuola materna per i figli dei dipendenti, o ai centri

(45) V. Capitolo 2, §1, e *supra*, in questo stesso Capitolo.

(46) Il problema viene proposto dalla Fenin in TPICE, sent *Fenin I*, cit.: le attrezzature mediche vendute al SNS sono riutilizzate anche per lo svolgimento di servizi sanitari a pagamento; il Tribunale non risolve la questione per un problema procedurale: l'elemento non era stato portato all'attenzione della Commissione, che quindi non lo ha potuto esaminare e, quindi, non può costituire motivo di doglianza di fronte alla Corte (§§41-44).

vacanza estivi sempre per i figli dei dipendenti. L'ipotesi potrebbe essere risolta, *a latere* degli artt. 101-102 TFUE, chiarendo che comunque il bene non sarebbe introdotto (immediatamente ed automaticamente) in un ciclo produttivo di tipo imprenditoriale, e che quindi l'atto per il suo acquisto alla sfera giuridica dell'Ente pubblico sarebbe insuscettibile di valutazione come atto di impresa. Ma ciò non chiarisce se detto atto debba essere valutato alla luce dell'art. 106 TFUE: non si tratterebbe di un atto dello Stato-Autorità.

2.2. Amministrazione aggiudicatrice e art. 106, §1, TFUE

La stretta alternativa Stato-Autorità/Stato-impresa, ancorata ad una percezione degli attori economici come produttori, non riesce a spiegare per intero il fenomeno dell'aggiudicazione degli appalti pubblici. Essa impone inoltre di distinguere all'interno di una fattispecie che la Corte di Giustizia tende a considerare unitaria sia quanto alla disciplina ed ai suoi scopi, sia quanto alla valutazione dei suoi effetti sul gioco della concorrenza.

Si potrebbe allora tentare un altro percorso, prendendo le mosse da questa ricostruzione unitaria.

Le Direttive si occupano dello Stato-acquirente, qualità trasversale che precede la qualificazione dello Stato come «*Autorità*» o come «*impresa*». Difatti l'«*Amministrazione aggiudicatrice*» è tenuta a far precedere i propri contratti di appalto da una gara o comunque da una procedura aperta, trasparente e non discriminatoria, sia che intenda agire come «*impresa*», sia che invece persegua i propri compiti istituzionali⁴⁷.

(47) Al proposito, v. le critiche che G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismo di diritto pubblico, affidamenti «in house»: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, pp. 63-64, muove contro l'impostazione comunitaria che ha esteso la nozione di «*organismo di diritto pubblico*» fino a creare delle aree di sovrapposizione con la categoria dell'«*impresa pubblica*» di cui alla Dir. 93/38/CEE e 2004/17/CE, invece di ritenere la distinzione contenuta nelle Direttive *Settori esclusi* (peraltro dichiaratamente speciali) un indizio per trarne reverse conclusioni in punto di sistema.

Con l'aggiudicazione e l'esecuzione dell'appalto, lo Stato-acquirente soddisfa la propria domanda del bene o servizio oggetto del contratto (salva l'ipotesi di frammentazione dei contratti, valutata però come elusiva dal legislatore comunitario⁴⁸). Questo comporta che, per tutta la durata dell'appalto, nessuno potrà competere con l'aggiudicatario per la fornitura di *quel* bene o servizio a *quella* Amministrazione pubblica⁴⁹. Nella prospettiva dell'operatore economico aggiudicatario, l'aggiudicazione consiste nella titolarità del diritto di fornire la P.A. aggiudicatrice del bene o servizio oggetto dell'appalto, con il potere di azionare tutti gli strumenti che il singolo ordinamento predispone a tutela della sua posizione, anche al fine di escludere altri⁵⁰.

Quest'ultimo angolo visuale emerge nella prima fase della giurisprudenza *Teckal*, che percepisce l'aggiudicatario come operatore economico "privilegiato": lo scopo delle pronunce è di evitare che tale operatore possa entrare in competizione con i suoi con-

(48) V. art. 9, §3, Dir. 2004/18/CE; art. 17, §6, Dir. 2004/17/CE; si tratta di disposizioni in materia di modalità di calcolo del valore dei contratti, al fine dell'applicazione delle direttive. I successivi §5 di entrambi gli articoli chiariscono che, nell'ipotesi di lotti omogenei ma separati, il valore da considerare è la somma di tutti i contratti; alcuni di essi possono essere scorporati ed aggiudicati separatamente, entro determinati limiti di valore; la Commissione, 25.06.2008, documento di lavoro SEC (2008) 2193, *Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici*, p. 7, ritiene trattarsi di uno strumento utile a favorire la partecipazione delle PMI.

(49) Da ciò dovrebbe discendere anche l'illegittimità di contratti di appalto di durata eccessiva rispetto al loro oggetto, perché chiudono il mercato irragionevolmente e possono quindi essere configurabili come atti di abuso ex art. 102 TFUE o in base al combinato disposto degli artt. 106, §1 e 102 TFUE. La Commissione al riguardo ha già chiarito che l'eccessiva durata dei contratti nel mercato della distribuzione del gas produce effetti di chiusura che falsano o escludono del tutto la concorrenza. V. Commissione, Comunicazione COM (2008) 368 def., *Relazione sulla politica di concorrenza*, §35, e SEC (2008) 2038, *Commission Staff Working Document*, §194; Commissione, decisione 22.10.2007, caso COMP/B-1/37.966, in G.U.C.E. 15.01.2008, C 9/8, nella quale la Commissione conclude procedimento avviato ai sensi dell'art. 82 TCE (ora 102 TFUE) per l'eccessiva durata dei contratti di approvvigionamento con gli utenti finali nel mercato belga da parte della società Distrigas (gruppo Suez), che ha evitato sanzioni assumendo l'impegno di permettere agli utenti di recedere dal contratto. Analogamente, nel caso *Repsol* (COMP/B-1/38.348) la società di distribuzione carburante Repsol si è impegnata ad incentivare la chiusura di contratti a lungo termine con il circuito di distribuzione DODO, ritenuta dalla Commissione eccessivamente legante a causa della sua durata: Commissione, decisione 12.04.2006, caso COMP/B-1/38.348, in G.U.C.E. 30.06.2006, L 176/104.

(50) Salva, ovviamente, l'ipotesi del nuovo bisogno omogeneo della P.A., emerso durante l'esecuzione del primo contratto; ma v. comunque la possibilità concessa dall'art. 31, n. 4), Dir. 2004/18/CE, di negoziare direttamente con l'impresa già aggiudicataria il nuovo lavoro o servizio da fornire, purché esso sia complementare o accessorio a quello già aggiudicato (lett. a) oppure sia identico o analogo ad esso (lett. b).

correnti profittando della situazione di esclusività di cui gode, se essa non è stata guadagnata attraverso un leale confronto basato sull'effettiva capacità economica dei concorrenti. È pertanto illegittimo l'affidamento ad una società mista, il cui socio privato non sia stato scelto con gara. D'altro canto, pur in assenza di soci privati, il diretto affidatario non può agire sul mercato, perché altrimenti potrebbe profittare di un vantaggio competitivo sui suoi concorrenti guadagnato per ragioni extraeconomiche.

Per la Corte di Giustizia, quindi, l'aggiudicazione di un contratto di appalto, insomma, rileva quale atto con cui lo Stato attribuisce una "posizione di privilegio"⁵¹ ad un operatore economico⁵². Similmente per le concessioni; in questa ipotesi deve essere però verificato caso per caso se il diritto di sfruttamento economico del bene o del servizio concesso sia attribuito dalla stessa Amministrazione ad una sola o a più imprese.

La struttura degli interessi coinvolti delineata dalla CGCE nella prima fase della giurisprudenza *Teckal* sembra quindi congruente con la fattispecie prevista dall'art. 106, §1, TFUE, per il quale gli Stati non mantengono né istituiscono, nei confronti delle imprese pubbliche o alle quali riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del Trattato, in particolare a quelle contenute negli artt. 18 e 101-109 TFUE. L'aggiudicazione del contratto di appalto o l'atto di concessione sono gli atti con cui vengono attribuiti dallo Stato-acquirente diritti esclusivi o speciali ad un'impresa.

L'impostazione tradizionale tende a riconoscere che solo atti legislativi, regolamen-

(51) L'espressione "posizione di privilegio" o "posizione privilegiata" è utilizzata in questa sede al solo fine di descrivere la titolarità del diritto a svolgere una prestazione per un'Amministrazione aggiudicatrice, che l'impresa aggiudicataria o concessionaria vanta e di cui altre imprese non godono. Non è da ritenere in correlazione né con il sintagma «*privileged undertaking*», utilizzata da BUENDIA SERRA, *Exclusive rights*, p. 33, in contrapposizione alla «*public undertaking*»; né con il diverso concetto di «*posizione dominante*».

(52) V. le sentenze già citate *supra*, nt. 16: CGCE, sent. *Stadt Halle*, §51; CGCE, sent. *Mödling*, §48; CGCE, sent. *ANAV*, §31.

tari o amministrativi possono costituire diritti speciali o esclusivi⁵³. Si tratta di una prospettiva legata al binomio Stato-Autorità/Stato-impresa, nel quale al primo sono riconducibili tipicamente gli atti unilaterali muniti di potere imperativo, al secondo gli atti di tipo contrattuale. Da subito, comunque, sono stati introdotti dei temperamenti: la Corte di Giustizia ha riconosciuto la natura di atto emanato nell'esercizio di poteri di imperio anche all'imposizione ai venditori al dettaglio di tabacchi di prezzi fissati dal produttore⁵⁴.

Tale prospettiva si è rivelata però inadeguata all'esame degli appalti pubblici. Sembra preferibile un'impostazione più elastica, accolta in alcune pronunce della CGCE, per la quale non rileva la natura dell'atto di attribuzione, bensì il suo effetto. Sono stati dunque valutati *sub* art. 106, §1, TFUE gli atti – di natura privatistica – con cui sono stati concessi i servizi funebri comunali⁵⁵, di trasporto passeggeri intercomunale su strada⁵⁶, di distribuzione di gas⁵⁷. Recentemente è stata valutata attraverso il filtro dell'attribuzione di diritti speciali o esclusivi anche l'operazione *Acoset*, avente ad oggetto l'affidamento dell'incarico di risistemare acquedotti e gestire il servizio idrico integrato nella provincia di Ragusa⁵⁸: le Amministrazioni aggiudicatrici interessate decisero di costituirsi in consorzio, cui affidare la gestione del servizio, il quale avrebbe costituito una società di gestione, predisponendo una gara a doppio oggetto per la selezione di un socio privato.

La riconduzione dell'aggiudicazione di un contratto pubblico al quadro di cui all'art.

(53) V. J. L. BUENDIA SERRA, *Exclusive rights and State monopolies under EC Law*, Oxford University Press, Oxford 1999, pp. 14 e ss.; ma v. anche l'art. 3, Dir. 2004/18/CE.

(54) CGCE, sent. *G.B.-INNO*, cit.

(55) CGCE, sentenza 04.05.1988, causa 30/87, *Corinne Bodson/SA Pompes funebres des Régions libérées (Bodson)*, in Racc. 1988, p. I-02479, §.

(56) CGCE, sent. *ANAV*, cit.

(57) CGCE, sentenza 17.07.2008, causa C-347/06, *ASM Brescia SpA/Comune di Rodengo Saiano*.

(58) CGCE, sentenza 15.10.2009, causa C-196/08, *Acoset SpA/Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa + 14*.

106, §1, TFUE è confortata da quanto sopra inferito rispetto alla funzione della fattispecie *Teckal*. Trattandosi di paradigma per la valutazione dell'elusività di un comportamento della Amministrazione pubblica, volto da aggirare i divieti posti dal Trattato e, in particolare, dagli artt. 18 e 101-109 TFUE, il suo significato coincide con la finalità dell'art. 106, §1, TFUE⁵⁹.

Osta invece a questa ricostruzione il formale silenzio della Corte. La disposizione è stata richiamata nella prima giurisprudenza *Teckal* in sole due occasioni. Nella sentenza *Parking Brixen* il richiamo si aggiunge ad un'argomentazione già completa, sui principi che devono essere rispettati in sede di contrattazione pubblica, sviluppata in base agli allora artt. 12, 43 e 49 TCE (ora rispettivamente artt. 18, 49 e 56 TFUE), e valuta negativamente l'eventuale legislazione nazionale che permettesse la loro elusione⁶⁰. Nella sentenza *ANAV* – in cui era in discussione la legittimità, per il diritto comunitario, dell'art. 113, c. 5, lett. c, d. lgs. 267/2000, con riguardo alla concessione del servizio di trasporto pubblico – il percorso è simile⁶¹, ma inoltre l'attuale art. 106 TFUE viene menzionato anche nel dispositivo. La CGCE non qualifica mai formalmente appalti o concessioni come atti di attribuzione di un diritto speciale o esclusivo.

Il silenzio non può essere però interpretato come rigetto di questa impostazione. Né la Corte è mai stata interpellata espressamente sul punto, né (l'assenza di) un dato formale può prevalere sul dato materiale e funzionale che le decisioni manifestano con

(59) Sulla finalità anti-elusiva della disposizione, v. BUENDIA SERRA, *op. cit.*; J. HOLMES, *The competition rules and the acts of the member States*, in P. ROTH, V. ROSE (a cura di), *Bellamy&Child European Community Law of Competition*, 6th ed., Oxford University Press, London 2008, p. 1038; L. M. PAIS ANTUNES, *L'article 90 du Traité CEE. Obligations des Etats membres et pouvoirs de la Commission*, in *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 1991, pp. 187 e ss. (p. 190).

(60) CGCE, sent. *Parking Brixen*, cit.: la Corte dedica i §§47-50 ai principi di parità di trattamento e non discriminazione sulla base della nazionalità, ed al conseguente obbligo di trasparenza, chiarendo che il giudice nazionale deve valutare se e in che misura essi siano violati dall'Amministrazione aggiudicatrice nel concludere un contratto (di concessione); al §51 richiama l'allora art. 86, §1, TCE, con argomentazione *ad abundantiam* rispetto al caso in esame: «*inoltre, l'art. 86, n. 1, CE [...]*», traendone la conseguenza al successivo §52 che la disciplina statale che permettesse un affidamento senza gara violerebbe gli allora artt. 43 e 49 TCE.

(61) CGCE, sent. *ANAV*, cit., §§19-24, e dispositivo.

continuità.

3. Ricostruzione del sistema di aggiudicazione dei contratti pubblici sub art. 106, §1, TFUE

Nella ricostruzione sopra proposta, la prima giurisprudenza *Teckal* integra la disciplina dell'attribuzione dei contratti pubblici individuando in quali situazioni è necessario far precedere la conclusione di un contratto di appalto o di concessione da una comparazione trasparente e non discriminatoria. Essa prosegue la giurisprudenza *Terminali di telecomunicazione*⁶², secondo cui anche l'attribuzione del diritto speciale o esclusivo può essere considerata misura contraria al Trattato ove violi gli obblighi di non discriminazione e parità di trattamento e frammenti di fatto il mercato interno⁶³. Posizione condivisa dal legislatore comunitario, anche se in connessione con l'art. 106, §2, TFUE (già 86, §2, TCE), per la designazione del prestatore del servizio universale nel settore delle comunicazioni elettroniche: essa deve avvenire con un sistema efficace, obiettivo, trasparente e non discriminatorio⁶⁴.

Ne risulta rafforzata la constatazione che la gara - o comunque la selezione comparativa, trasparente e non discriminatoria tra diversi offerenti - è lo strumento comune attraverso il quale la Pubblica Amministrazione attribuisce ad un operatore economico una posizione di vantaggio rispetto ai suoi concorrenti. Al fine di evitare distorsioni sia nella costruzione del mercato unico, sia nello svolgersi del gioco della concorrenza al suo interno, questa procedura è obbligatoria per ogni nuova attribuzione, consista

(62) CGCE, sentenza 19.03.1991, causa C-202/88, *Francia/Commissione (Terminali di telecomunicazione)*, in *Racc.*, 1991, I-01223.

(63) CGCE, sent. *Terminali di telecomunicazione*, cit., §22; in senso adesivo, v. HOLMES, *Acts of the member States*, cit., pp. 1041-1042.

(64) Per il servizio universale nelle comunicazioni elettroniche, v. art. 8, §2, prima frase frase, Direttiva 2002/22/CE, in G.U.C.E. 24.04.2002, L 108/51.

essa nell'aggiudicazione di un contratto *ex novo* o nell'ampliamento di un incarico già affidato.

Questa procedura può essere evitata, all'evidenza, quando la scelta del beneficiario è delegata a terzi o quando difetta la fattispecie di «*operatore economico*» - in relazione alla P.A.⁶⁵

La prima è l'ipotesi della centrale di committenza, ma anche dei concessionari di pubblici servizi, che la Direttiva *Appalti* obbliga comunque nei rapporti di fornitura con i terzi all'applicazione del divieto di discriminazione⁶⁶.

Il secondo è invece il caso dell'*in house providing*: il diretto affidatario non è qualificabile impresa, difettandogli la capacità di agire in autonomia (requisito strutturale) e la possibilità di destinare la propria attività al mercato (requisito funzionale). L'art. 106, §1, TUE non si può ritenere violato sotto il duplice profilo della tutela delle disposizioni in tema di mercato interno e di tutela della concorrenza: poiché il *provider* è integrato nella struttura dell'Amministrazione affidante, ai cui interessi si uniforma, la P.A. decide in realtà di contrattare con se stessa, concretizzando una «*circostanza oggettiva*» a fronte della quale svaniscono i problemi legati alla parità di trattamento⁶⁷; all'ufficio decentrato della P.A. affidante non è concesso di svolgere attività diversa da quella affidata (per oggetto o per destinatari) se non marginalmente: non può quindi agire in altri mercati approfittando della propria posizione privilegiata, e quindi non può falsare falsando il corretto svolgimento del gioco della concorrenza.

Da quanto sopra consegue che la Pubblica Amministrazione, nel decidere sul

(65) In questo senso, v. anche J. L. BUENDIA SERRA, *Exclusive rights and state monopolies under EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 42: le attività di *self-supply* sfuggono alle maglie dell'art 106, §1 perché non rivolte al mercato. L'A. propone il caso (dichiarato di scuola) di un'entità pubblica che abbia il solo ed esclusivo scopo di produrre banconote e francobolli per lo Stato, che esclusivamente attraverso di essa se ne approvvigiona.

(66) Dir. 2004/18/CE, art. 3.

(67) CGCE, sent. *Coname*, §22.

come provvedere agli interessi propri e della collettività di cui è espressione, che le sono affidati, non può prescindere dalla valutazione degli effetti che la sua scelta provoca sul mercato e deve organizzarsi in modo da limitare il più possibile quelli in grado di falsare la competizione tra imprese basata sulla loro efficienza. Questa analisi non consiste in una valutazione esterna e successiva alla scelta della P.A., che ne determini la legittimità o meno; deve essere contestuale e giustificare internamente la decisione dell'Amministrazione.

Inoltre, la qualità di «operatore economico» dovrebbe far difetto all'*in house provider* per tutto il periodo di esecuzione dell'appalto. Qualora infatti esso iniziasse ad agire in concorrenza con altre imprese (ad esempio partecipando a gare bandite da altre P.A., oppure fornendo beni o servizi direttamente sul mercato), si troverebbe nella posizione di privilegio che la disciplina posta dalla prima giurisprudenza *Teckal* vuole evitare nel momento dell'aggiudicazione. In quel momento, dunque, la legittimità dell'aggiudicazione viene meno. Il che è giustificato dal tenore dell'art. 106, §1, TFUE, che attraverso l'uso del verbo «mantenere» permette di considerare l'ipotesi che una situazione inizialmente coerente con i principi del Trattato diventi non più giustificabile in seguito, con il mutare degli eventi. Ciò spiega non solo la possibilità che siano valutati elementi successivi all'affidamento, ma anche la necessità che il «controllo analogo» permanga per tutta la fase dell'esecuzione dell'incarico affidato, permettendo all'Amministrazione controllante di incidere sull'*in house provider* non permettendogli di sviare dal suo percorso.

4. La seconda fase della giurisprudenza *Teckal*

Dal 2007 la Corte sembra dimostrare maggiore flessibilità nel valutare le fattispe-

cie che le vengono presentate e nel riconoscere in esse la presenza dei due requisiti *Teckal*; nello stesso periodo il giudice comunitario adotta una modalità di analisi formale e che trascura la connessione tra gli elementi strutturale e funzionale.

4.1. Il requisito strutturale: proposta ricostruttiva

Con riguardo al requisito strutturale, si può tentare una riconduzione a sistema. È possibile infatti ipotizzare che la Corte abbia inteso in qualche modo riconoscere i diversi modelli organizzativi adoperati dalle P.A.

In questa prospettiva, il «*controllo analogo*» si concretizzerebbe

1. nell'ipotesi di organismo dedicato ad una sola Amministrazione pubblica: tramite poteri assimilabili a quelli che la singola P.A. vanta su(strutture assimilabili a)l'azienda speciale⁶⁸ (ma non senza qualche incertezza⁶⁹);
2. nelle ipotesi di gestori di servizi di interesse economico generale ai sensi dell'art. 106, §2, TFUE: anche tramite disposizioni legali che, al di là dell'importanza dell'investimento dell'Amministrazione che affida il singolo incarico, permettano alla stessa di incidere significativamente sulle scelte dell'affidatario⁷⁰;
3. nell'ipotesi in cui le P.A. utilizzino schemi di tipo associativo per il perseguimento di interessi comuni o collettivi: tramite meccanismi collegiali, rafforzati eventualmente da poteri ulteriori attribuiti agli Enti-soci singolarmente, purché tali meccanismi abbiano efficacia c.d. reale ed incidano effettivamente

(68) CGCE, ordinanza 10.04.2008, causa C-323/07, *Termoraggi SpA/Comune di Monza (Termoraggi)*. Tuttavia, non così CGCE, sentenza

(69) CGCE, sentenza 17.07.2008, causa C-371/05, *Commissione/Italia (ASI)*.

(70) CGCE, sentenza 19.04.2007, causa C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)/Transformación Agraria SA + Administración del Estado (TRAGSA)*.

sulla validità degli atti compiuti dal *provider*⁷¹.

Ciò non sembra però porsi in chiave di continuità con la giurisprudenza precedente. Nella prima fase, la Corte di Giustizia ha richiesto che l'Amministrazione affidante vantasse poteri assimilabili a quelli esercitati sull'azienda speciale anche in ipotesi che astrattamente sarebbero potute rientrare in una delle altre categorie. Ad esempio, la sentenza *Coname* aveva ad oggetto la relazione tra una società con oggetto e organizzazione di tipo consortile e uno dei consorziati: forse a causa della forma in cui è stata espressa la questione pregiudiziale, la Corte di Giustizia ha argomentato esclusivamente sul potere che il singolo socio avrebbe potuto esercitare sull'intera struttura⁷². Ancora: nella sentenza *ANAV*, concernente affidamento diretto di concessione per il trasporto pubblico comunale, qualificabile servizio di interesse economico generale, la Corte non sembra richiedere alcun requisito di controllo integrativo ulteriore rispetto ai poteri che la P.A. dovrebbe esercitare normalmente sul *provider*.

In questo la Corte sembra apprezzare maggiormente le molteplici forme in cui la P.A. si organizza. Inoltre, il «*controllo analogo*», anche se diversamente sfumato secondo il suo precipitare in un modello o in un altro, continua ad identificare una relazione di appartenenza del *provider* alla struttura dell'Amministrazione affidante, caratterizzata da un potere pervasivo nelle sue scelte.

4.2. Il problema dell'elemento funzionale della fattispecie *Teckal*

In questa fase giurisprudenziale muta invece profondamente la portata del requisito funzionale. Anzitutto nella sua formulazione lessicale: al fine di riconoscere la legitti-

(71) CGCE, sentenza 13.11.2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle et al.*, (*Coditel Brabant*); CGCE, sentenza 10.09.2009, causa C-573/07, *Sea srl/Comune Ponte di Nossa + Servizi Tecnologici Comunali – SeTCo S.p.A. (SeTCo)*.

(72) CGCE, sentenza CGCE, sentenza 21.07.2005, causa C-231/03, *Conorzio nazionale aziende metano (Coname)/Comune Cingia de' Botti (Coname)*. La reinterpretano in questo senso CGCE, sent. *Coditel Brabant*, cit., §52; CGCE, sent. *SeTCo*, cit., §52.

mità dell'affidamento di un incarico senza previa procedura di gara, il *provider*, controllato dall'Amministrazione affidante, destina la parte più importante della propria attività non più all'Ente o agli Enti che lo «*controllano*», ma a quelli che lo «*detengono*»⁷³; di conseguenza è sufficiente che una società apra il proprio capitale ad altri Enti pubblici, senza che questi esercitino alcun potere su di essa, per poter legittimamente svolgere attività per loro.

In secondo luogo nel suo valore: da elemento di fatto, utile a verificare in concreto che il diretto affidatario non svolga attività sul mercato in concorrenza con altri soggetti, ad elemento di diritto, finalizzato alla valutazione del controllo che la P.A. esercita sul *provider*, riscontrato solo formalmente⁷⁴.

Infine muta il ruolo del requisito funzionale rispetto al requisito strutturale: da complementare a meramente ancillare.

Di conseguenza, può essere qualificata come *in house provider* anche un'entità con connotazioni e strategie marcatamente imprenditoriali, capace di espandersi sul mercato (tramite l'apertura del proprio capitale ad altri Enti pubblici), cui possono essere affidati servizi ulteriori e diversi rispetto all'incarico iniziale, purché sia rispettato il richiamo formale alle esigenze delle Amministrazioni che la controllano o detengono. Da organismo monodedicato della prima fase, l'*in house provider* diventa una struttura *multi-utility* potenzialmente multi-territoriale.

Infine, muta anche il richiamo ai principi che sostengono le decisioni. Salvo un rapido accenno nella sentenza *Correos*⁷⁵, il riferimento alla necessità che il gioco della

(73) La formulazione in questi termini si può ritenere consolidata: essa ricorre in CGCE, sent. *TRAGSA*, cit., §55; CGCE, sentenza 18.12.2007, causa C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia/Administración General del Estado (Correos)*, §§58 e 86; CGCE, sentenza 08.04.2008, causa C-337/05, *Commissione/Italia*, §36; CGCE, sent. *ASI*, cit., §22; CGCE, sent. *Coditel Brabant*, cit., §§26 e 44; CGCE, sent. *SeTCo*, ad es. §36. Solo CGCE, ord. *Ter-moraggi*, cit., §§ 18 e 26, usa il verbo «*controllare*».

(74) CGCE, sent. *SeTCo*, cit.; v. *supra*, Capitolo 5, §8.

(75) CGCE, sent. *Correos*, cit., §62.

concorrenza non sia falsato dall'affidamento di un incarico da parte della Pubblica Amministrazione scorporata, anche nei casi in cui esso è espressamente richiamato dal ricorrente⁷⁶ o nella questione pregiudiziale⁷⁷.

5. Il significato della divergenza: a) la Corte di Giustizia opta per un nuovo sistema

Le differenze rispetto alla precedente fase potrebbero manifestare la volontà della Corte di optare per un sistema basato principalmente (se non esclusivamente) sulle prerogative comunitarie di costruzione del mercato interno, allontanandosi dallo schema precedente, di fusione tra queste e le esigenze del diritto della concorrenza. Una scelta simile spiegherebbe l'assenza di valutazione delle conseguenze della scelta della P.A., tratto presente nella precedente fase. Rende comprensibile anche la scarsa attenzione per l'elemento funzionale della fattispecie *Teckal*, nonché l'atteggiamento poco chiaro rispetto alla partecipazione pubblica totalitaria, manifestato nella sentenza *ASI*⁷⁸: entrambi questi caratteri sono fortemente correlati alla funzione di tutela della concorrenza.

La fattispecie *Teckal*, da multifunzionale, diverrebbe per così dire monodimensionale: avrebbe il solo scopo di garantire che la scelta della P.A. per la conclusione di un contratto di appalto o di concessione non ricada su un organismo ad essa non riferibile, senza una procedura valutativa trasparente e non discriminatoria. In questo modo sarebbe garantita l'autonomia organizzativa di ogni Amministrazione; tramite la non estensione dell'obbligo di gara alle ipotesi di affidamento di un incarico ad impresa to-

(76) Così CGCE, sent. *TRAGSA*, cit., che origina inoltre da un procedimento svolto di fronte all'autorità *antitrust* spagnola.

(77) V. CGCE, sent. *SeTCo*, cit.

(78) Rispetto alla quale v. *supra*, Capitolo 6, §3.

talmente controllata, sarebbe altresì preservata l'imparzialità decisionale della P.A., che non si vedrebbe costretta a partecipare ad una gara da essa stessa bandita nel doppio e paradossale ruolo di aggiudicatore e concorrente, in posizione di strutturale conflitto di interessi.

La Corte si limita a valutare le modalità della scelta della P.A., trascurando gli effetti che essa produce sul mercato. Atteggiamento che la CGCE avrebbe manifestato anche in altre occasioni, con riguardo al settore degli appalti pubblici⁷⁹. Da un punto di vista sistematico ciò implicherebbe il rifiuto della (o la rinuncia alla) ricostruzione del sistema dell'aggiudicazione dei contratti pubblici alla luce dell'art. 106, §1, TFUE, e della qualificazione dell'atto di attribuzione quale misura statale potenzialmente in grado di falsare la concorrenza.

Di conseguenza alla P.A. non sarebbe più richiesta la valutazione degli effetti delle proprie scelte sul mercato: essi emergerebbero solo se e quando ricorressero gli elementi che giustificano l'applicazione ad esempio degli artt. 101-102 TFUE.

Una simile lettura sembra però doppiamente criticabile. Va anzitutto rilevato che, se quanto sopra fosse vero, la Corte avrebbe rotto nettamente con il passato: anche qualora si trattasse di un'opzione inconsapevole, probabilmente la CGCE eviterebbe di richiamare a sostegno argomentativo le sentenze della fase precedente, leggendole in chiave di assoluta continuità.

Inoltre, si rileva che il giudice comunitario ha pronunciato delle sentenze in questo

(79) V. CGCE, sentenza 18.12.2007, causa C-357/06, *Frigerio Luigi/Comune di Friuggio (Frigerio)*, annotata da E. MOSTACCI, *Servizi pubblici locali: quando il mercato unico sfavorisce il mercato (con buona pace degli utenti)*, in *RDCE*, 2008, pp. 898 e ss.: la Corte di Giustizia ritiene contraria alle libertà di circolazione la disciplina italiana che limita la partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di servizi pubblici alle sole società di capitali. Per l'Autore la decisione ha il duplice effetto di garantire di meno l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa (ritenuta forse aprioristicamente meglio tutelata dallo svolgimento di servizi pubblici da parte delle società di capitali, nonostante i dati di Unioncamere dimostrino il contrario) e di indurre gli Enti locali a comportamenti di *market closure* tramite affidamenti *in house*; in ogni caso, sottolinea l'A. un atteggiamento della CGCE fortemente orientato alla applicazione ad ogni costo delle libertà di circolazione, senza vagliare attentamente le conseguenze delle sue scelte.

periodo che contraddicono l'idea di un rifiuto o dell'abbandono delle prerogative del diritto della concorrenza nel sistema dei contratti pubblici. Nella sentenza *Acoset*, la CGCE richiama contestualmente il principio della parità di trattamento e l'«*obiettivo di una concorrenza libera e non falsata*»⁸⁰ al fine di valutare la procedura di costituzione di un PPPI con scelta del socio privato tramite gara a c.d. doppio oggetto cui affidare la ristrutturazione e la gestione del servizio idrico integrato nella provincia di Ragusa. La sentenza *Correos*, che forse più di altre risulta asistemica rispetto al complesso delle pronunce *Teckal*, richiama comunque il divieto di ampliare l'oggetto del diritto speciale o esclusivo garantito al gestore del servizio postale universale attribuendogli nuovi servizi liberalizzati, ed esclude che una tale attribuzione possa rientrare nella deroga di cui all'art. 106, §2, TFUE⁸¹; il ragionamento e le conclusioni sono molto simili all'incedere argomentativo della Commissione nella vicenda *Slovenska Posta*⁸², che valuta *sub artt.* 102 e 106, §1, TFUE l'affidamento del servizio di posta ibrida al gestore del servizio universale slovacco: la Commissione condanna la repubblica slovacca per non aver fornito la prova che l'affidamento del servizio di posta ibrida fosse necessario allo svolgimento del servizio universale⁸³.

Questi elementi mettono in dubbio che il giudice comunitario abbia inteso allontanarsi dal sistema da esso stesso costruito. Non eliminano però il dato di fatto: le sentenze in materia di *in house providing* sono poco attente alle conseguenze che possono scaturire dalla soluzione adottata, e si concentrano sulle prerogative organizzative della P.A.

(80) CGCE, sent. *Acoset*, cit., §56.

(81) CGCE, sent. *Correos*, cit., §§67-68; sul punto, v. G. F. FERRARI, *In tema di concorrenza e riserve statali nei servizi postali*, in *Riv. Dir. Comp. Eur.*, 2008, pp. 881 e ss.

(82) Commissione CE, decisione 07.10.2008, COMP/F-1/39.562, in G.U.C.E. 17.12.2008, C/322, pp. 10-11.

(83) La repubblica slovacca ha proposto ricorso al TPICE in data 17.12.2008 (G.U.C.E. 07.03.2009 C 55/35); il procedimento ha assunto il R.G.n. T-556/08; è ancora *sub iudice*.

6. *Segue*: b) la Corte di Giustizia prende atto dell'evoluzione del sistema

Dalle critiche appena svolte risulta che il richiamo alla «*tutela della concorrenza*» e la considerazione delle conseguenze della scelta della P.A., assenti nelle pronunce della seconda fase della giurisprudenza *Teckal*, sono invece presenti in quei casi in cui la P.A. affida un incarico ad un organismo che non controlla appieno. La ragione potrebbe essere ricercata nel grado di prossimità dell'affidatario all'affidante: quando la relazione tra i due è particolarmente forte, la valutazione degli effetti che l'affidamento provoca sul mercato è assente; nelle ipotesi in cui invece il contratto è aggiudicato (direttamente o indirettamente tramite società mista) ad un'impresa non controllata dall'Amministrazione, le esigenze che hanno caratterizzato tutta la prima fase giurisprudenziale riemergono.

La spiegazione di questa doppia misura binario potrebbe forse risiedere nella convinzione che all'Amministrazione affidante non possa essere imposto un *self-restraint* aprioristico: solo alla valutazione negativa degli effetti del suo comportamento – in ipotesi di azione o espansione sul mercato, profittando della posizione di privilegio già acquisita – potrebbe conseguire un'eventuale sanzione, ad esempio la ricontrattazione dell'incarico oppure la scelta di un socio privato⁸⁴. La valutazione della scelta della P.A. di contrattare con se stessa si sposterebbe insomma *ex post*, ed il soggetto pubblico sarebbe in fatto libero di scegliere come organizzarsi come meglio ritiene.

La struttura della fattispecie sembra riconducibile più al §2 che al §1 dell'art. 106 TFUE: l'impresa diretta affidataria agisce al di fuori dei meccanismi concorrenziali, anche espandendosi (tramite apertura del capitale alla partecipazione di altri Enti pubblici); non può agire però sul mercato, se non compiendo operazioni ancillari, necessarie

(84) In questo senso v. CGCE, sent. *Correos*, cit.; CGCE, sent. *SeTCo*, cit.

al compimento degli incarichi affidatigli. Ciò che fa difetto è il compito di interesse economico generale, alla luce del quale l'art. 106, §2, TFUE giustifica il non assoggettamento alla disciplina di cui agli artt. 101-102 TFUE.

Ciò sarebbe sintomo di un più generale rinnovato atteggiamento rispetto al ruolo economico del pubblico e delle imprese da esso controllate. Avrebbe forse perso di vigore l'ideologia che animò la Comunicazione del 1985 sul completamento del mercato interno⁸⁵ e la classe politica nei sistemi ad economia avanzata negli Anni Ottanta e Novanta⁸⁶.

L'evoluzione in questa direzione è da verificare. Al di là dei provvedimenti di tipo emergenziale adottati per far fronte alla crisi finanziaria⁸⁷, se ne possono forse cogliere alcuni segnali nel nuovo testo del Trattato sull'Unione Europea (TUE), che all'art. 3 chiarisce essere obiettivo dell'Unione «*lo sviluppo sostenibile dell'Europa basato [...] su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale*», e riportando il precedente art. 3, §1, lett. g), TCE tra le competenze esclusive dell'Unione⁸⁸.

Ciò spiegherebbe il concentrarsi della Corte di Giustizia sul momento del conferi-

(85) Commissione, comunicazione 14.06.1985 COM (2985) 310 def., *Libro bianco per il completamento del mercato interno*; la Commissione non ha mai proposto un ritrarsi dello Stato dall'economia; lo spirito che anima la comunicazione è comunque rivolto a smantellare l'insieme degli ostacoli giuridici ed economici che i singoli ordinamenti nazionali frappongono al pieno esplicarsi delle libertà di circolazione, compresa la pervasiva presenza dello Stato in ogni attività economica, tipica di alcuni sistemi.

(86) Oltre a quanto predicato dalla corrente del «*new public management*», già analizzata *supra*, Capitolo 1, al quale si rinvia, v. in questo senso ad es. OCSE, *The public sector in the 1990s: its role and effectiveness*, OCDE/GD (91) 171, reperibile sul sito www.oecd.org.

(87) V. ad esempio la comunicazione Commissione, comunicazione del 22.01.2009, *Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica*, in G.U.C.E. 22.01.2009, C 16/01; v. anche la successiva modifica del 25.02.2009.

(88) V. A. RILEY, *The EU Reform Treaty and the Competition Protocol: Undermining EC Competition Law*, in *ECLR*, 2007, pp. 703 e ss.; P. DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. Pubbl. Com. Eur.*, 2009, pp. 85-86, sostiene essere questa una «*inversione di rotta*».

mento dell'incarico⁸⁹. La P.A. dovrebbe concentrarsi solo sull'affidamento, come ogni investitore razionale; se l'attività successiva all'investimento produrrà sul mercato distorsioni significative, chi si reputerà danneggiato farà valere le proprie pretese nelle competenti sedi⁹⁰.

La capacità dell'*in house provider* di espandersi tramite semplice apertura alla partecipazione al capitale di nuovi Enti incontrerebbe quindi a) un limite strutturale: il controllo che l'Ente esercita non dovrebbe poter essere troppo diluito, pena l'estraneità del *provider* alla sua struttura (e, se la situazione è generalizzata, alla struttura di tutti gli Enti-soci); e b) un limite funzionale: l'espansione non può assumere dimensioni tali da divenire non più fenomeno comune di auto-gestione, ma impedimento alle libertà di circolazione e di concorrenza intra-comunitarie. La capacità di operare sul mercato del *provider*, a sua volta, potrebbe avere ad oggetto attività meramente ancillari e non gestite in regime di esclusiva.

7. Conclusioni ancora aperte

Va nuovamente precisato che l'attuale stato della giurisprudenza e del diritto comunitari non permettono di propendere per una conclusione o per un'altra. Tra le due ricostruzioni prospettate, sembra preferibile la seconda, che propone una ri-parificazione non solo tra impresa pubblica ed impresa privata, ma anche tra imprenditore pubblico e privato: gli atti di investimento e di avviamento di entrambi divengono in principio ugualmente liberi, con l'accorgimento, per l'imprenditore pubblico che già gode di uno spazio di azione (l'incarico affidato direttamente al *provider*) di impedirgli lo svolgimento di attività economica sul mercato se non in modo ancillare. Nel momento in cui gli

(89) CGCE, sent. *ASI*, cit.; v. *supra*, Capitolo 6, §3.

(90) Con ciò si spiegherebbe anche l'inversione probatoria di CGCE, sent. *ASI*, cit., §30.

effetti sul mercato della posizione dell'*in house provider* non si limitassero a questa trascurabile ancillarità, ma assumessero contorni più decisi, ovvero le relazioni tra questo e l'imprenditore pubblico fossero motivate da ragioni diverse da quelle che animerebbero un investitore razionale (assumendo quindi i caratteri di una sovvenzione vietata), si applicherebbero le disposizioni pertinenti del Trattato, con l'ulteriore sanzione della perdita del privilegio iniziale.

Questa ricostruzione sembra maggiormente coerente con quelle istanze di diritto interno riconducibili al «*new public management*», volte a dotare la P.A. ed i suoi *manager* di poteri e discrezionalità di tipo imprenditoriale, che senza possibilità di esplicitarsi anche in scelte organizzative esterne rimangono claudicanti. Sembra altresì più aderente al dettato dell'art. 345 TFUE (già art. 295 TCE), che predica l'indifferenza del diritto comunitario per il regime proprietario delle imprese.

Tuttavia, lo si ribadisce, la legittimità di questa ricostruzione si fonda sulla conferma del movimento culturale di ripensamento sopra descritto, senza il quale essa resta priva di adeguato sostegno.

Elenco degli autori e delle opere citati

- M. Abbagnale, *La gestione dei servizi pubblici attraverso S.p.A.*, in *Prime note*, 1996, pp. 129 e ss.
- N. ABRIANI, *Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, pp. 155 e ss.
- C. ACOCELLA, F. LIGUORI, *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della plenaria*, in *Foro Amm.vo - CdS*, 2008, pp. 256 e ss.
- B. ACQUAS, C. LECIS, *La società mista*, Giappichelli, Torino 2001
- A. ALAIMO, A. TEMPESTA, *Affidamenti diretti e in house: l'esperienza del Regno Unito*, in *Amministrare*, 2006, pp. 425 e ss
- C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, 2001, pp. 491 e ss.
- R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, II ed., Giuffrè, Milano 1958
- G. AMATO, *Il governo dell'economia: il modello politico*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto pubblico dell'economia. Volume primo – La costituzione economica*, CEDAM, Padova 1977, spec. pp. 226 e ss.
- S. AMBROSINI, *2476. Responsabilità degli amministratori e controllo dei soci*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di) *Commentario*, Jovene, Napoli 2004, Vol. III, pp. 1586 e ss.
- F. AMOEDO SOUTO, *TRAGSA – Medios propios de la Administraciòn y huida del Derecho administrativo*, Atelier, Madrid 2004
- C. ANGELICI, *Note sulle responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata*, in *Riv. Soc.*, 2007, pp. 1217 e ss.,
- A. ARENA, *Contributo alla sistemazione giuridica degli enti pubblici che esercitano un'attività economica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1966, pp. 80 e ss.
- J. ARNOULD, *Les contrats de concession, de privatisation et de services «in house au regard des règles communautaires*, in *Revue Française de Droit administratif*, 2000, janv.-févr., pp. 2 e ss.
- S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Sweet&Maxwell, Londra 1996
- S. ARROWSMITH, *Some problems in delimiting the scope of the public procurement directives: privatisations, purchasing consortia and in-house tenders*, in *PPLR*, 1997, pp. 203-204
- T. ASCARELLI, *Istituzioni di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano 1938
- T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano 1956
- T. ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959
- P. AUCOIN, *Administrative reform in Public Management: Principles, Paradoxes and Pendulums*, in *Governance*, 1990, 2, pp. 115-137.
- O. BACHOF, *German Administrative Law with Special Reference to the Latest Developments in the System of Legal Protection*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1953, Jul., pp. 368 e ss.
- 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., 2005, 5, pp. 1426 e ss.
- M. BALDINATO, *Nota alla sentenza Parking Brixen: la Corte di Giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2006, pp. 227 e ss.
- A. BARESI, B. COMUNALE, *Libertà di iniziativa economica e utilità sociale (il problema della c.d. funzionalizzazione dell'impresa)*, in V. PANUCCIO (a cura di), *Scritti sull'art. 41 della Costituzione*, Casa Editrice Pàtron, Bologna 1969, pp. 201 e ss.
- M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Europa e Diritto privato*, 2008, pp. 33 e ss.
- P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano 1966
- F. BASSI, *Ordine (dir. Amm.)*, in C. MORTATI, F. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Enciclopedia giuridica*, Giuffrè, Milano 1980, *ad vocem*
- G. BASSI, *Ancora sulle società miste degli enti locali: le coordinate giuridiche e tecnoci-industriali che ne definiscono il perimetro di legittimazione alla luce del diritto comunitario e nazionale*, in *App. e Contr.*, 2007, 12, pp. 51 e ss.
- G. BASSI, *Le determinanti del controllo analogo "in forma collettiva" nell'istituto dell'in house providing*, in *Riv. Trim. App.*, 2009, pp. 407 e ss.
- J. BELL, *Convergences and divergences in european Administrative Law*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992, fasc. 1, pp. 3 e ss.
- C. BELLAMY, G. D. CHILD, *Common Market Law of Competition*, Sweet&Maxwell, London, 1973
- U. BELVISO, *Tipologia e normativa della liquidazione coatta amministrativa*, Jovene, Napoli 1973
- P. BENAZZO, *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Soc.*, 2003, p. 1074.
- F. BENVENUTI, *Profili giuridici dell'organizzazione economica pubblica*, in *Riv. Soc.*, 1962, pp. 206 e ss.
- L. BENZONI, *L'impact économique du partenariat public-privé. Quelques considérations économiques*, in *Rev. Dr. Imm*, 2003, Nov./Déc., pp. 504 e s.
- E. BERRY, S. HARGREAVES, *European Union law*, Oxford University Press, 2nd ed., Oxford 2007
- J. BERTANI, M. NOTARI, *Società controllate e società collegate*, in M. NOTARI (a cura di), *Azioni – Artt. 2346 – 2362 c.c.*, Egea, Milano 2008, in P. MARCHETTI (diretto da), *Commentario alla Riforma delle società*.
- A. BERTOLINO, *L'attività economica, funzioni e forme organizzative del lavoro. Il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Barbèra editore, Firenze 1950, pp. 406 e ss.
- M. BERTUZZI, *Art. 2449 c.c. Art. 2450 c.c.*, in G. LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, vol. 7, Giuffrè, Milano 2004, pp. 207 e ss.
- C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, Giuffrè, Milano 1998
- C. M. BIANCA, *Contratto europeo e principio causalista*, in M. PARADISO, *I mobili confini dell'autonomia privata*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 387 e ss.
- F. BLUM, A. LOGUE, *State monopolies under EC Law*, John Wiley & Sons, Chichester 1998
- H. M. BLAKE, J. RAHL, *Business regulation in the Common Market Nations*, McGraw-Hill, New York, 1969
- M. BOIDI, *La disciplina dei controlli nella società a responsabilità limitata*, in *Soc.*, 2005, pp. 35 e ss.

- M BOITARD, *Chronique de Législation e de Jurisprudence françaises – II. Tribunaux de commerce et arbitrage*, in *Rev. Tr. Dr. Comm.*, 1958, pp. 333 e ss.
- L. BOLAFFIO, *Il Codice di Commercio commentato, sub art. 7*, UTET, Torino 1914, pp. 332 e ss
- L. BOLAFFIO, *Il diritto commerciale*, UTET, Torino 1922
- F. BONELLI, *L'art. 129 legge Draghi: l'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza dei soci e l'assicurazione contro i rischi incorsi nella gestione*, in AA.VV., *La riforma delle società quotate*, Giuffrè, Milano 1998
- G. BOTTAI, *La "Carta del Lavoro"*, in *Dir. Lav.*, 1927, pp. 893 e ss.;
- F. BOTTEON, *Il "controllo analogo" a maggioranza: controllo sempre meno "analogo"*, in *Contr. St. Enti pubbl.*, 2009, pp. 38 e ss.
- C. BOVIS, *Recent case law relating to public procurement: a beacon for the integration of public markets*, in *Common Market Law Review*, 2002, pp. 1025 e ss.
- C. BOVIS, *Public Procurement in the European Union*, Palgrave MacMillan, Hampshire, 2005
- J.-D. BREDIN, *L'entreprise semi-publique et publique et le droit privé*, LGDJ, Parigi 1957, p. 140
- B. BRENET, *Groupement d'achats public et droit communautaire*, in *AJDA*, 20.10.2000, pp. 784 e ss.
- F. BRENET, *Qualification jurisprudentielle du contrat administratif*, in *JurisClasseur Administratif*, 02.01.2004, fasc. 603
- BROUSSY, DONNAT, LAMBERT, *La Cour de justice précise la notion du marché in house*, in *AJDA*, 2007, 11 juin, pp. 1125 e s.
- J. L. BUENDIA SERRA, *Exclusive rights and State monopolies under EC Law*, Oxford University Press, Oxford 1999
- V. BUONOCORE, *Le categorie contrattuali alla luce della disciplina comunitaria*, intervento del 10.05.1997 al Convegno *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Roma, 9-10.05.1997, in N. LIPARI, *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, ESI, Roma 1998, pp. 133 e ss.
- F. BURDEAU, *Interventionnisme et droit commun: esquisse d'une histoire*, in *Rapport Public 2002 – Collectivités publiques et concurrence*, La documentation française, Paris 2002, pp. 391 e ss.
- S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, 3° ed., CEDAM, Padova 2008
- O. CAGNASSO, *Gestione attribuita ai soci della società a responsabilità limitata e ruolo degli organi di amministrazione e di controllo*, in *RDS*, 2008, 3, pp. 454 e ss.
- G. CAIA, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova Rass.*, 1995, pp. 1078 e ss.
- G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in MAZZAROLLI *et al.*, *Diritto amministrativo – I*, 2° ed., Monduzzi editore, Bologna 1998, pp. 917 e ss.
- O. CALSOLARO, *S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?*, in *Foro Amm.vo – CdS*, 2006, pp. 1670 e ss.
- C. CAMBOT, *Collectivités locales et initiative privée en matière de télécommunication*, in *AJDA*, 1999, 20 déc., pp. 965 e ss
- G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale – I. Diritto dell'impresa*, 2° ed., UTET, Torino 1993
- G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2 Le società*, 4° ed., UTET, Torino 2002

- G. F. CAMPOBASSO, *Articolo 129 – Azione sociale di responsabilità*, in G. F. CAMPOBASSO (diretto da), *Testo Unico della Finanza*, Vol. Emittenti, t. 2, UTET, Torino 2002
- F. CANFORA, *Alcuni interrogativi circa la possibilità di configurare l'ENEL come ente pubblico economico*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1967, I, pp. 162 e ss.
- E. CANNADA BARTOLI, *In tema di impugnazione di asta pubblica*, in *Foro pad.*, 1962, Col 1041 e ss.
- E. CANNADA-BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 1972, ad vocem
- G. CANTILLON, *Création du «Service des achats de l'État»: vers un achat public performant et durable?*, in *Contrats et Marchés publics*, 2009, Mai, étude 5.
- R. CARANTA, *Nozione di opera pubblica e suddivisione artificiosa di appalto*, in *Riv. Dir. Comp. Eur.*, 2001, pp. 327 e ss.
- R. CARANTA, *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica*, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, pp. 2415 e ss.
- R. CARANTA, *Dodo, Rondine o Fenice: Quale futuro per l'in house?*, in *Urb. e App.*, 2007, pp. 1479 e ss.
- R. CARANTA, *Le centrali di committenza*, in R. DE NICOTIS, R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici – I*, Giuffrè, Milano 2008, p. 607 e ss.
- R. CARANTA, *Commentaire*, in *Droit Adm.*, 2, Fév. 2009, comm. 22
- L. CARBONE, *Servizio di riscaldamento fornito da consorzio intercomunale*, in *Corr. Giur.*, 2001, pp. 863 e ss.
- F. CARDARELLI, F. SATTÀ, *Il contratto amministrativo*, in *Dir. Amm.vo*, 2007, 2, pp. 205 e ss.
- F. CARINGELLA, *Il Consiglio di Stato sui rapporti tra appalti di soggetti privati e giurisdizione amministrativa*, in *Urbanistica e appalti*, 2000, pp. 528 e ss.
- F. CARINGELLA, *L'affidamento in house*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella Direttiva 2004/18/CE e nella Legge comunitaria n. 62/2005*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 231 e ss.
- F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2007
- F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, 5° ed., Giuffrè, Milano 2008
- F. CARRESI, *Il contratto*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè editore, Milano 1987, Vol. XXI
- L. CARROZZA, F. FRACCHIA, *Appalti di lavori, attività oggettivamente amministrativa e qualificazione del soggetto*, in *Foro italiano*, 2001, III, col. 161 e ss.
- F. CARUSO, *La regolamentazione internazionale e comunitaria degli appalti pubblici*, in S. CHILLEMI, U. LEANZA (a cura di), *Appalti pubblici – disciplina comunitaria ed adeguamento nazionale*, Editrice IGInfoma s.r.l., Roma 1993, pp. 37 e ss.
- D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Jovene, Napoli 2003
- D. CASALINI, *Appalti pubblici e organizzazioni in house: un caso spagnolo*, in *Foro Amm.vo – CdS*, 2003, pp. 3545 e ss.
- M. CASANOVA, *Sistemi e fonti del diritto del lavoro*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1930, I, spec. pp. 574-577
- M. CASANOVA, *Svolgimento delle imprese pubbliche in Italia: impresa pubblica e impresa privata nella Costituzione*, in *Riv. Soc.*, 1966, pp. 731 e ss.

- M. CASANOVA, *Impresa e azienda (le imprese commerciali)*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, X Vol., UTET, Torino 1974
- E. CASSETTA, *Diritto Amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, ad vocem, UTET, Torino 1990
- E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 9° ed., Giuffrè, Milano 2007
- S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Bologna 1983
- S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, 6° ed., Garzanti, Milano 2000
- S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. It. Dir Pubbl. Com.*, 2002, pp. 291 e ss.;
- S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in S. CASSASE (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo*, Tomo I, *Diritto amministrativo generale*, 2° ed., Giuffrè, Milano 2003, pp. 1 e ss.
- S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo*, Tomo I, *Diritto amministrativo generale*, 2° ed., Giuffrè, Milano 2003, pp. 95 e ss.
- S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 2° ed., Giuffrè, Milano 2006
- C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2005, pp. 30 e ss.
- N. CATALANO, *Manuale di diritto delle Comunità europee*, Giuffrè, Milano 1962
- R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*, 2006, 1, pp. 51 e ss.
- CH. CAVAZZI, *Art. 2449. Art. 2450*, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Vol II, CEDAM 2005, pp. 1707 e ss.
- F. CAVAZZUTI, *Società a partecipazione locale: saggio di diritto provvisorio*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, pp. 685 e ss.
- D. CEPIKU, *L'esternalizzazione nelle amministrazioni pubbliche*, Aracne, Roma 2006
- P. CERBO, *Il principio di economicità nella nozione di impresa e nella pubblica amministrazione*, in *Foro It.*, 2003, IV, col. 332 e ss.
- P. CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella Pubblica Amministrazione*, CEDAM, Padova 2007
- A. CERRI, *Problemi generali della riserva di legge e misure restrittive della libertà economica*, in *Giur. Cost.*, 1968, pp. 2234 e ss.
- V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino 2001
- E. CHADWICK, *Results of Different Principles of Legislation and Administration in Europe: of Competition for the Field, as Compared with Competition within the Field, of Service*, in *Journal of the Statistical Society of London*, 1859, pp. 381 e ss.
- D. CHALMERS *et al.*, *European union law*. Cambridge University Press, Cambridge 2006
- D. CHALMERS, G. MONTI, *European union law. Updating supplement*, Cambridge University Press, Cambridge 2008
- R. CHAPUS, *Le service publique e la puissance publique*, in *Rev. Dr. Publ.*, 1968, pp. 239 e ss.
- E. CHELI, *Le «centrali del latte»: profili costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 1960, pp. 92 e ss.
- R. CHIEPPA, A. D. MAZZILLI, G. MARI, *I contratti esclusi dall'applicazione del codice dei contratti pubblici*, in R. DE NICTOLIS, M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti*

- pubblici - I*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 395 e ss.
- C. CHIOLA, *La concessione delle imprese «riservate» dall'art. 43 Cost.*, in *giur. Cost.*, 1965, pp. 727 e ss.
- G. CHIRICO, *Programmazione economica e funzione dell'imprenditorialità pubblica*, in *Foro Amm.*, 1970, III, pp. 856 e ss.
- M. P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione di pubblica amministrazione*, CLUEB, Bologna 2000
- M. P. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche – natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 66 e ss.
- M. P. CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste?*, disponibile alla pagina web <http://www.astrid-online.it/Riforma-de2/Contributi/CHITI-fine-modello-gestione-spl.pdf>, consultata da ultimo in data 22.09.2008
- F. CINTIOLI, *“Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale”: il bisogno o l'attività? (Brevi note sull'organismo di diritto pubblico)*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche – natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 79 e ss.
- M. G. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in G. E. COLOMBO, G. B. PORTALE (diretto da), *Trattato Delle Società Per Azioni*, UTET, Torino, 1992
- M. CLARICH, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti “in house” e concorrenza per il mercato*, in *Corr. Giur.*, 2007, pp. 893 e ss.
- A. CLARIZIA, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in www.giustamm.it
- A. CLARIZIA, *La Corte suona il de profundis per l'in house*, in www.giustamm.it,
- H. W. CLARKE, *Constitutional and administrative law*, Sweet & Maxwell, London, 1971
- M. COLACITO, *Brevi considerazioni in materia di enti pubblici economici*, in *Foro Amm.*, 1959, II, I, col. 285 e ss.
- A. COLE, G. JONES, *Reshaping the State: Administrative reform and New Public Management in France*, in *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, 2005, Oct., pp. 566 e ss.
- U. COLI, *La proprietà e l'iniziativa privata*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Barbèra editore, Firenze 1950, pp. 341 e ss.
- S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, pp. 275 e ss.
- S. COLOMBARI, *«Delegazione interorganica» ovvero «in house providing» nei servizi pubblici locali*, in *Foro Amm.vo – CdS*, 2004, pp. 1136 e ss.
- M. COMBA, *L'affidamento ad organismo in house in caso di pluralità di soci: i vantaggi dell'ipotesi consortile per il controllo analogo*, in *Urb. e App.*, 2008, pp. 549 e ss.
- C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, Giuffrè, Milano 2003
- J. COPPEL E B. HOOPER, *Ec public procurement rules*, reperibile su www.11kbw.com
- G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distin-*

- guo, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche – natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente*, Giuffrè. Milano 2004, pp. 91 e ss.
- M. COSSU, *Società aperte e interesse sociale*, Giappichelli, Torino 2006
- M. COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. Comm.*, 2008, I, pp. 627 e ss.
- C. COSTAMAGNA, *Carattere Costituzionale della "Carta del Lavoro"*, in *Dir. Lav.*, 1927, pp. 384 e ss.
- M. COSTANZA, *Le società per azioni in mano pubblica sono soggetti di diritto privato?*, in *Giur. Comm.*, 1992, II, pp. 509 e ss.,
- G. COTTINO, *Diritto commerciale. Vol. I*, CEDAM, Padova 1975
- P. P. CRAIG, *Administrative law*, 2nd ed., Sweet&Maxwell, London 1989, pp.15 e ss.
- V. CRISAFULLI, *Osservazioni a C. Cost.*, sentenza 14.02.1962, n. 5, in *Giur. Cost.*, 1962, pp. 43 e ss.
- A. CUNEO, *Appalti pubblici e privati*, CEDAM, Padova 1957
- M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Il Mulino, Bologna 1992
- M. D'ANTINO, *Approvazione del contratto e discrezionalità dell'amministrazione*, in *Foro Amm.*, 1969, II, pp. 231 e ss.
- G. DALLE VEDOVE, *Concentrazioni e gruppi nel diritto antitrust*, CEDAM, Padova 1999
- R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 4° ed. A cura di R. SACCO, CEDAM, Padova 1994
- M. DAVIES, *Establishment of the London Authorities Mutual Limited. A Case Study*, London 2006
- C. R. DAVIS, *Organization theories and public Administration*, Praeger, Westport (USA) 1996
- A. DE BRUN, *Contabilità di Stato*, in E. PESSINA (diretto da), *Enciclopedia giuridica italiana*, Società editrice Libreria, Milano 1911, Vol. III, Parte III, Sez. I, *ad vocem*,
- A. DE CHIARA, L. R. PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio d'impresa. Variazioni su Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sezione V, 22 maggio 2003, C-18/01*, in *Dir. Amm.*, pp. 135 e ss.
- V. DE FALCO, *Affidamenti in house, requisito del controllo analogo e cessione del capitale sociale: la Corte apre ai privati, ma rischia di destabilizzare il sistema interno*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, pp. 2016 e ss.
- G. DE FERRO, *In margine alla riforma della società per azioni: delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Riv. Soc.*, 1967, pp. 791 e ss.
- J.-M. DE FORGES, *Les institutions administratives françaises*, PUF, Paris 1985
- A. DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale. Imprenditori – società*, VI ed., Soc. Ed. Dante Alighieri, Milano 1965
- A. DE LABAUDÈRE, *Organisation administrative et professionnelle du commerce*, in *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 1955, pp. 326 e ss.
- A. DE LAUBADÈRE, *Manuel de droit administratif*, 10^{ème} éd., LGDJ, Paris 1976
- A. DE LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA, *Traité de Droit Administratif*, Tomo 3 - *Les grands services publics administratifs*, 6^{ème} éd., LGDJ, Paris 1997
- A. DE LAUBADÈRE, Y. GAUDEMET, J.-C. VENEZIA, *Traité de droit administratif*, Tomo 1 – *Droit administratif général*, 15^{ème} éd., LGDJ, Paris 1999

- A. DÉLION, *Nozione di impresa pubblica secondo l'art. 90 del Trattato istitutivo del Mercato Comune Europeo*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1963, I, pp. 39 e ss.
- P. DELVOLVÉ, *Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique*, in *Rev. Droit. Imm.*, 2003, Nov/Déc., pp. 489 e ss.
- G. DE MAIO, *Il Fallimento*, Edizioni dell'Ateneo, Roma 1950
- G. DE MINICO, *Le società per azioni a prevalente capitale pubblico secondo l'art. 22, lett. E, legge 8.6.1990 n. 142*, in *Foro Amm.*, 1994, pp. 1669 e ss.
- I. DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, pp. 780 e ss.
- I. DEMURO, *Impresa pubblica (cenni introduttivi)*, in *Riv. Dir. Impr.*, 2008, 1, pp. 15 e ss.
- A. DE NICOLA, *Articolo 2394 – Responsabilità verso i creditori sociali*, in F. GHEZZI (a cura di), *Amministratori*, in P. MARCHETTI et al (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Vol. 3, Giuffrè, Milano 2005, pp. 651 e ss.
- R. DE NICTOLIS, I. MOSCARDI, G. STANCANELLI, *Gli affidamenti in house*, in R. DE NICTOLIS, M. A. SANDULLI, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici - I*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 307 e ss.
- R. DE NICTOLIS, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata negli affidamenti in house e a società miste*, in *Urb. e App.*, 2005, pp. 295 e ss.
- S. DENOIX DE SAINT MARC, M. DEWOST, *Chronique*, in *AJDA*, 1969, p. 428
- P. DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. Pubb. Comp. Eur.*, 2009, pp. 81 e ss.
- C. DESBONNET, P. LIGNIÈRES, *Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : un besoin de lisibilité*, in *Dr. Adm.*, 2004, Janv., p. 38
- S. A. DE SMITH, *Constitutional and administrative law*, Penguin, 2nd ed., Harmondsworth 1973
- J. DE SOTO, *Grands services publics et entreprises nationales*, Montchrestien, Paris 1971
- R. DE STEFANO, *Libertà privata e potere pubblico nell'art. 41 della Costituzione*, in V. PANUCCIO (a cura di), *Scritti sull'art. 41 della Costituzione*, Casa Editrice Pàtron, Bologna 1969, pp. 183 e ss.
- S. DETTORI, *La società in house tra interesse pubblico e mercato. Spunti ricostruttivi*, ESI, Roma 2008
- G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, CEDAM, Padova 2001
- G. DEVOTO, *Dizionario etimologico*, Lemonnier, Firenze 1968, lemma *controllo*
- S. DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, pp. 286 e ss.
- A. V. DICEY, *An introduction to the Law of the Constitution*, 10^o ed., MacMillan Press Ltd, Londra 1959
- G. DI CHIO, *L'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, in *giustamm.it*, 2004, n. 11
- A. DI MAJO, *La causa del negozio giuridico*, in *Enc. Giur. Treccani, ad vocem*
- F. M. DI MAJO, *La nozione di organismo pubblico negli appalti pubblici di servizi – La definizione di «amministrazione aggiudicatrice»*, in *Europa e Dir. Priv.*, 1998, pp. 365 e ss.
- F. M. DI MAJO, *La nozione di organismo di diritto pubblico negli appalti pubblici di servizi. La Corte di Giustizia fornisce ulteriori criteri per individuare i «bisogni di interesse generale aventi carat-*

- tere non industriale o commerciale», in *Europa e Dir. Priv.*, 1999, pp. 920 e ss.
- L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, ESI, Roma 2003
- A. DI PAOLO, *La riforma dell'amministrazione pubblica italiana attraverso l'applicazione dei principi del new public management. Seconda parte*, in *Amm. It.*, 2006, pp. 819 e ss.
- A. DI PAOLO, *La riforma dell'amministrazione pubblica italiana attraverso l'applicazione dei principi del new public management. Seconda parte*, in *Amm. It.*, 2006, pp. 992 e ss.
- R. DI RAIMO, *Diritto comune societario e diritto delle società miste locali: profili generali*, in G. LISELLA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Nuovi strumenti giuridici nelle autonomie locali. Le società miste il lavoro regionale*, ESI, Napoli 2000, pp.17 e ss.
- F. DI SABATO, *La nozione di impresa nell'ambito delle organizzazioni non-profit*, in *Riv. Dir. Impr.*, 2002, pp. 51 e ss.
- U. DRAETTA, *Articolo 85*, in R. MONACO et al. (diretto da), *Trattato istitutivo della comunità europea – Commentario*, Giuffrè, Milano 1965, pp. 595 e ss.
- W. DRECHSLER, *The Re-Emergence of "Weberian" Public Administration after the Fall of New Public Management: The Central and Eastern Europe Perspective*, in *Halduskultuur Journal*, 2005, 6, pp. 94 e ss.
- W. DRECHSLER, *Towards a Neo-Weberian European Union? Lisbon Agenda and Public Administration*, in *Hladuskltuur Journal*, 2009, pp. 6 e ss.
- J.-D. DREYFUS, *La notion de besoins d'intérêt général dans la directive 93/36/CEE*, in *AJDA*, 2003, 23 juin, pp. 1228 e ss.
- J.-D. DREYFUS, *Le partenariat public-privé et le financement de l'opération*, in *Revue de Droit Imm.*, 2003, Nov./Déc., pp. 494 e ss.;
- L. DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles 2006
- J.-P. DUBOIS, *Le controle administratif sur les établissements publics*, LGDJ, Paris 1982
- C. DUCOULOUX, *Les sociétés d'économie mixte en France et en Italie*, Pichon et Durand-Auzias, Parigi, 1963
- M. DUGATO, *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali. Costituzione della società, dismissioni, affidamento del servizio, rapporto tra ente e società*, in *Riv. Trim. App.*, 1996, pp. 236 e ss.
- L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Tomo 2, 3° ed., Boccard, Bordeaux 1928
- G. ECKERT, *Contrats «in house» et sociétés d'économie mixte locales*, in *Contrats et Marchés Publics*, 2005, mars, pp. 23 e ss.;
- P. ESPLUGAS, *Notion de service public*, fasc. 149, LexisNexis-JurisClasseur, 2006
- C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1962, pp. 33 e ss.
- C. ESPOSITO, *Gli art. 3, 41 e 43 della Costituzione e le misure legislative e amministrative in materia economica*, in *Giur. Cost.*, 1962, pp. 48 e ss.
- R. W. EVANS, *French and German Administrative Law: with some English comparisons*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1965, Oct., pp. 1104 e ss.
- D. FARIAS, *Le dichiarazioni costituzionali generiche e i rapporti fra Stato e diritto*, in V. PANUCCIO (a cura di), *Scritti sull'art. 41 della Costituzione*, Casa Editrice Pàtron, Bologna 1969, pp. 41 e ss.
- E. FATÔME, A. MÉNÉMÉNIS, *Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques: éléments*

- d'analyse, in *AJDA*, 2006, 16 janvier, pp. 67 e ss.
- R. FERORELLI, *Convenzione urbanistica – Nozione di appalto pubblico di lavori*, in *Giur. It.*, 2007, pp. 288 e ss.
- S. FERNANDEZ, D. W. PITTS, *Under what conditions do public managers favor and pursue organizational change?*, in *American review of Public Administration*, 2007, pp. 324 e ss.
- F. FERRANDO, *Disciplina degli appalti pubblici e affidamento diretto a società miste: la partecipazione minoritaria del socio privato esclude il controllo analogo della pubblica amministrazione*, in *Dir. Comm. Int.*, 2005, pp. 169 e ss.
- F. FERRARA jr, *Gli imprenditori e le società*, IV ed., Giuffrè, Milano 1962
- F. FERRARA jr, *Gli imprenditori e le società*, V ed. Giuffrè, Milano 1971
- G. FERRARI, *Parking Brixen: Teckal da totem a tabù?*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2006, pp. 271 e ss.
- G. F. FERRARI, *Un raro esempio di controllo analogo*, in *Riv. Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2007, p. 1376
- G. F. FERRARI, *In tema di concorrenza e riserve statali nei servizi postali*, in *Riv. Dir. Comp. Eur.*, 2008, pp. 881 e ss.
- G. F. FERRARI, *Affidamento di servizi pubblici locali: la Corte apre la strada al consorzio tra Comuni*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2009, I, pp. 354 e ss.
- V. FERRARO, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 3-4. pp. 1004 e ss.
- G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, II ed., Giuffrè, Milano 1959
- G. B. FERRI, *La «cultura» del contratto e le strutture del mercato*, intervento del 10.05.1997 al Convegno *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Roma, 9-10.05.1997, in N. LIPARI, *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, ESI, Roma 1998, pp. 155 e ss.
- M. FERRI, *La costituzione di società per azioni per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Comuni d'Italia*, 1994, 1463 e ss.
- J. M. FERRIS, S.-Y. TANG, *The New Institutionalism and Public Administration: an overview*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 1993, pp. 4 e ss.
- M. FIMIANI, *Le società miste nel servizio pubblico ambientale*, Giuffrè, Milano 1998
- G. FIORENTINI, *Società a capitale misto nell'offerta di servizi sanitari*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2000, pp. 93 e ss.
- L. FIORENTINO, *Modello Consip: il quadro normativo vigente*, in *Urb. E App.*, 2005, pp. 121 e ss.
- M.-A. FLAMME, P. FLAMME, *Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, fév. 1993, pp. 151 ss.
- S. FLOGAÏTIS, *Administrative law et droit administratif*, LGDJ, Parigi 1986
- S. FOIS, *«Riserva originaria» e «riserva di legge» nei «principi economici» della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1961, pp. 476 e ss.
- P. FORTE, *Forme di gestione associata dei servizi pubblici locali*, in G. LISELLA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Nuovi strumenti giuridici nelle autonomie locali. Le società miste il lavoro regionale*, ESI, Napoli 2000, pp. 101 e ss.
- F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. Ec.*, 2004, pp. 611 e ss.

- F. FRACCHIA, *Studio delle società «pubbliche» e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*, in *Foro It.*, 2005, III, col 38 e ss.
- F. FRACCHIA, C. OCCHIENA, *Società pubbliche tra golden share e 2449: non è tutto oro ciò che luccica*, in *Conc. e merc.*, 2008, pp. 1225 e ss.
- R. FRANCESCHELLI, *Cenni per memoria sul monopolio statale della televisione*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1960, II, pp. 305 e ss.
- R. FRANCESCHELLI, *Trattato di diritto industriale. Parte generale*, voll. I e II, Giuffrè, Milano 1973
- V. FRANCESCHELLI, *Introduzione al diritto privato*, Giuffrè, Milano 2000
- G. FRÈ, *Società per azioni*, in G. BRANCA, A. SCIALOJA (a cura di), *Commentario del Codice civile*, 2° ed., Zanichelli, Bologna 1956
- E. FREGONARA, *I nuovi poteri di controllo del socio di società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, pp. 788 e ss.
- W. FRIEDMANN, *The new public corporations and the law (continued)*, in *Modern Law review*, 1947, pp.377 e ss.
- W. FRIEDMANN, *The legal status and organization of public corporations*, in *Law and Contemporary Problems*, 1951, pp. 576 e ss.
- W. FRIEDMANN, *The State and the rule of law in a mixed economy*, Steven & Sons, London 1971.
- L. GALATERIA, M. STIPO, *Manuale di diritto amministrativo. Principi generali*, 3° ed., UTET, Torino 1998
- D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2007, pp. 17 e ss.
- F. GALGANO, «Pubblico» e «privato» nella qualificazione della persona giuridica, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1966, pp. 279 e ss.
- F. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto pubblico dell'economia. Volume primo – La costituzione economica*, CEDAM, Padova 1977, pp. 3 e ss.
- F. GALGANO, *L'imprenditore commerciale*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia. Volume secondo - L'impresa*, CEDAM, Padova 1978
- F. GALGANO, *La società per azioni*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Vol. VII, 2° ed., CEDAM, Padova 1988
- F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano 1988
- F. GALGANO, *Imprenditore commerciale*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sez. Comm.*, UTET, Torino 1992, ad vocem, §7
- F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, Tomo I, CEDAM, Padova 1999
- F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in P. SCHLESINGER, D. BUSNELLI, (diretto da), *Il codice civile commentato*, Giuffrè editore, Milano 2002
- GALIANI, *Controllo di gestione (interno) e controllo sui risultati di gestione (esterno) – note analogiche e differenziali*, in *Riv. Corte Conti*, 1997, 1, pp. 278 e ss.
- A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, II ed., UTET, Torino 2002
- A. GAMBLE, *Privatization, Thatcherism and the British State*, in *Journal of Law and Society*, 1988, pp. 1 e ss

- J. F. GARNER, *Administrative law*, Butterworths, London 1974
- J. W. GARNER, *French administrative law*, in *Yale Law Journal*, 1924, Vol 33, Apr., pp. 597 e ss.
- R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici nazionali al confronto*, in *Foro italiano*, 1998, IV, col. 133 e ss.
- R. GAROFOLI, *Gli organismi di diritto pubblico: scelta dell'appaltatore e profili di giurisdizione*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche – natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente*, Giuffrè. Milano 2004, pp. 37 e ss.
- R. GAROFOLI, *Gli organismi di diritto pubblico: il recente allineamento tra giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella Direttiva 2004/18/CE e nella Legge comunitaria n. 62/2005*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 155 e ss.
- R. GAROFOLI., *Organismo di diritto pubblico*, in R. DE NICTOLIS, M. A. SANDULLI. R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici - I*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 555 e ss..
- Y. GAUDEMET, *Regolazione e servizi pubblici: l'esperienza continentale*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna 2000, pp. 49 e ss.
- F. GHEZZI, M. VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli Enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, in *Riv. Soc.*, 2008, pp. 668 e ss.
- P. GIACOMELLI, *I controlli di efficienza e di efficacia secondo la legge 8 giugno 190, n. 142*, (estratto da *L'Amministrazione Italiana*, nn. 10, 11, 12/1993 e 1/1994)
- M. S. GIANNINI, *Lezioni di Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 1950
- M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Enc. Del Diritto, ad vocem*, Giuffrè, Milano 1964;
- M. S. GIANNINI, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di Diritto amministrativo*, Vol. I, CEDAM, Padova 1988
- A. GIAQUINTO, *Diritto amministrativo*, in *Nuovo Dig. it.*, 1935, *ad vocem*
- A. GIDE *et al*, *Le droit de la concurrence des communautés européennes*, Joly, Parigi 1969
- B. GILBERTI, *In house providing: questioni vecchie e nuove*, in *Foro Amm.vo – CdS*, 2006, pp. 44 e ss.
- M. GIORELLO, *Gestions «in house», entreprises publiques et marchés publics: la Cour de Justice au croisement des chemins du marché intérieur et des services d'intérêt économique général*, in *Rev. Dr. Un. Eur.*, 2006, 1, pp. 23 e ss.
- T. GLIOZZO, *La notion d'organisme de droit public au sens de la directive 92/50/CEE*, in *AJDA*, 2003, 8 sept., p. 1560
- F. GOISIS, *I giudici comunitari negano la «neutralità» del modello societario (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, pp.1914 e ss.
- F. GOISIS, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e suoi confini*, in *Dir. Amm.*, 2008, p. 590.
- R. GRASSANO, *Società miste per la gestione di servizi pubblici: criteri di scelta del socio di minoranza*, in *Nuova Rass.*, 1999, p. 407
- A. GRAZIANI, *Istituzioni di scienza delle finanze*, Fratelli Bocca, Milano 1911
- A. GRAZIANI, *Le entrate e le spese dello Stato*, Federazione Italiana delle Biblioteche popolari, Milano

- A. GRAZIANI, G. MINERVINI, *Manuale di diritto commerciale*, Morano, Napoli 1972
- G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, pp. 839 e ss.
- G. GRECO, *Gli affidamenti «in house» di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio di gara*, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, 2000, pp. 1461 e ss.
- G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti «in house»: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, pp. 61 e ss.
- J. A. G. GRIFFITH, *Public Corporations as civil servants*, in *Modern Law Review*, 1949, pp. 496 e ss.
- J. A. G. GRIFFITH, *A Council's powers*, in *Modern Law Review*, 1951, pp. 509 e s.
- G. GRUENING, *Origini e basi teoriche del New Public Management*, in *Azienda pubblica*, 1998, pp. 669 e ss.
- S. GRUNDMANN, *The structure of European contract law*, in *European Review of Private Law*, 2001, pp. 501 e ss.
- S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2001, pp. 257 e ss.
- C. GUCCIONE, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2003, 10
- C. GUCCIONE, *L'affidamento diretto di servizi a società mista*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, pp. 271 e ss.
- P. GUERRA, *Le forme giuridiche d'intervento dello Stato nell'attività economica*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1953, p. 148
- R. GUIDOTTI, *I diritti di controllo del socio nella s.r.l.*, Giuffrè, Milano 2007
- R. GUIDOTTI, *Società a responsabilità limitata e tutela dei soci di minoranza: un raffronto tra ordinamenti*, in *Contr. e Impr.*, 2007, pp. 668 e ss.
- E. GUILLET, *Sociétés d'économie mixte – Sociétés d'économie mixte en général et sociétés d'économie mixte d'Etat*, in *LexisNexis – Jurisclasseur*, Fasc. 579, 2002
- G. GUIZZI, *L'assemblea: ovvero, delle competenze dei soci e del modo di esercitarle nella società a responsabilità limitata riformata (Due esperienze a confronto)*, in *RDS*, 2007, 3, pp. 27 e ss.
- I. HARDEN, *The contracting State*, Open University Press, Londra 1992, pp. 18 e ss.
- TC. HARTLEY, *The foundations of european community law*, Oxford University Press, 6th ed., Oxford 2007
- M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^{ème} éd., Sirey, Paris 1927
- F. T. HERBERT, D. S. WRIGHT, J. I. BRUDNEY, *Challenges to State Governments: Policy and Administrative leadership in the 1990s*, in *Public Productivity and Management*, 1992, pp. 1 e ss.
- C. HILSON, *The Europeanization of English Administrative Law: Judicial Review and Convergence*, in *European Public Law*, 2003, 1, pp. 125 e ss.
- J. HOLMES, *The competition rules and the acts of the member States*, in P. ROTH, V. ROSE (a cura di), *Bellamy&Child European Community Law of Competition*, 6th ed., Oxford University Press, London 2008, pp. 1031 e ss.
- C. HOOD, *A Public Management for all Seasons?*, in *Public Administration*, 1991, pp. 6 e ss.

- C. HOOD, *The "New Public Management" in the 1980s: variations on a theme*, in *Accounting, Organizations and Society*, 1995, n° 2/3, pp. 93 e ss.
- M. HORSPOOLM, M. HUMPHREYS, *European Union law*, Oxford University Press, Oxford 2006
- R. HOUIN, *La gestion des entreprises publiques et les méthodes de droit commercial*, in P. ROUBIER, R. MASPETIOL (diretto da), *La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique*, Sirey, Parigi 1952, pp. 79 e ss.
- CH. IAIONE, *Le società in house degli enti locali*, ANCI Lazio, Roma 2006
- CH. IAIONE, *Gli equilibri instabili dell'in house providing fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?*, in *Giust. Civ.*, 2006, pp. 13 e ss.
- C. IBBA, *Le società «legali»*, Giappichelli, Torino 1992
- C. IBBA, *La gestione dell'impresa sociale tra amministratori e non amministratori*, in *AS*, 2005, p. 424.
- C. IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, pp. 145 e ss.
- P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law & economics*, Giuffrè, Milano 2004
- L. IDOT, *Transparence et contrats de concession*, in *Europe*, 2005, oct., n° 338, pp. 23 e s.
- L. IDOT, *La notion d'entreprise*, in *Rev. des sociétés*, 2001, pp. 191 e ss.
- R. IMPERIALI, *Appunti sull'evoluzione della responsabilità amministrativa*, in *Riv. Corte Conti*, 2005, 4, pp. 280 e ss.
- N. IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1993, pp. 465 e ss.
- N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Il Mulino, Bologna 1995
- V. ITALIA, G. LANDI, G. POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, 13° ed., Giuffrè, Milano 2002
- A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI, *Trattato di Diritto privato europeo – Volume III – L'attività e il contratto*, CEDAM, Padova 2003, pp. 3 e ss.
- A. JANNARELLI, *Beni, interessi, valori. Profili generali*, N. LIPARI, *Trattato di Diritto privato europeo – Volume II – I Soggetti. Beni, interessi, valori*, CEDAM, Padova 2003, pp. 291 e ss.
- JAVIER FUERTES, *Contratación Administrativa y Entes Instrumentales: Sentencia del TJCE en el Caso TRAGSA*, nella rivista on-line *Actualidad Jurídica Aranzadi*, alla pagina web <http://www.aranzadi.es/>, consultata da ultimo in data 06.07.2007
- D. JEAN-PIERRE, *Rémunérer le mérite dans la fonction publique: la grande illusion ou un nouvel espoir?*, in *Sem. Jur. - Coll. Terr.*, 15.11.2004, pp. 1738 e ss.
- G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, M. Giard & E. Brière, Paris 1914
- G. JÈZE, *Les principes généraux de droit administratif*, Dalloz, Paris 1926
- J. M. JIMENO FELIU, *La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria*, in *Informe Comunidades Autónomas*, 2005, pp. 838 e ss.
- A. JONES, B. SURFIN, *EC Competition Law*, 2nd Ed., Oxford University Press, Oxford 2004, spec. p. 867

- J. KAHN, *The discretionary power and the administrative judge*, in *International and Comparative Law quarterly*, 1980, April, pp. 521 e ss.
- O. KAHN-FREUND, *A note on status and contract in British labour law*, in *The Modern Law Review*, 1967, p. 635 e ss.
- C. KATZAROV, *L'Etat commerçant et les nationalisations*, in *Revue Trim. Dr. Comm.*, 1950, pp. 20 e ss.
- C. KATZAROV, *Les entreprises d'Etat continuent-elles la personne juridique des anciennes entreprises?*, in *Revue Trim. Dr. Comm.*, 1957, pp. 313 e ss.
- C. KNILL, A. LENSCHOW, *Compliance, Competition and Communication: different approaches of European Governance and their Impact on National Institutions*, in *Journal of Common Market Studies*, 2005, 3, pp. 583 e ss.
- H. KÖTZ, K. ZWEIGERT, *Introduzione al diritto comparato*, Giuffrè, Milano 1998
- M. KRAJEWSKI, M. FARLEY, *Non-economic activities in upstream and downstream markets and the scope of competition law*, in *Eur. Law Rev.*, 2007, pp. 111 e ss.
- R. KUSTERMANN, *La struttura della s.p.a. nella proposta di quinta direttiva comunitaria*, in *Riv. Not.*, 1975, I, pp. 361 e ss.
- C. LACAVA, *In house providing e tutela della concorrenza*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, 8, pp. 841 e ss.
- C. LACAVA, *Occorre una disposizione di legge per ricorrere all'in house? Il caso Zetema*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2007, 8, pp. 844 e ss.
- P. LAEGREID, R. S. STEINTEHORSSON, B. THORHALLSSON, *Europeanization of central government administration in the nordic States*, in *Journal of Common Market Studies*, 2004, 2, pp. 347 e ss.
- M. LAMANDINI, *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, Giuffrè, Milano 1995
- G. LANDI, *Rassegna di giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di attività economiche*, in *Riv. Soc.*, 1965, spec. p. 946
- G. LANGROD, *Administrative contracts. A comparative analysis*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1955, pp. 325 e ss.
- M. LA TORRE, *Nozioni di diritto amministrativo*, VII ed., Casa editrice stamperia nazionale, Roma 1954
- F. LAURIA, *I pubblici appalti – Disciplina comunitaria e giurisprudenza italiana*, Giuffrè editore, Milano 1998
- U. LEANZA, *Mercato unico ed appalti pubblici*, in S. CHILLEMÌ, U. LEANZA (a cura di), *Appalti pubblici – disciplina comunitaria ed adeguamento nazionale*, Editrice IGInfoma s.r.l., Roma 1993, pp. 19 e ss.
- F. LEGGIADRO, *Affidamento in house e concessione per la gestione di una rete di teledistribuzione: controllo analogo e controllo pubblico*, in *Urb. e App.*, 2009, pp. 285 e ss.
- R. LENER, *L'organo di amministrazione*, in *Foro It.*, 1987, IV, col 164 e ss.
- R. LENER, A. TUCCI, *Decisioni dei soci e responsabilità degli amministratori*, in *AGE*, 2003, pp. 277 e ss.
- F. LEPRON, P. LIGNIÈRES, *Société d'économie mixte et Loi Sapin*, in *Dr. Adm.*, 2002, Oct., p. 34
- M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, pp. 433 e ss., e in L. PARADISO, *I mobili confini dell'autonomia privata*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 749 e ss.

- M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in RDS, 2008, pp. 198 e ss.
- M. LIBERTINI, *Parte XII. Il mercato e la concorrenza*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Vol. III, Giuffrè, Milano 2007, pp. 159 e ss.
- M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contratto e Impresa*, 2008, pp. 1201 e ss.
- F. LICHÈRE, *Le Conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public/privé : bis repetita non placent*, in *Rev. Droit Public*, 2003, 4, pp.1163 e ss.
- F. LICHÈRE, *Note à CJCE, 9 juin 2009, aff. C-480/06*, in *Sem. Jur. - Adm. Coll. Terr.*, 44, 26.10.2009, pp. 2248 e ss.
- G. LIET-VEAUX, *Organisation administrative et professionnelle du commerce*, in *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 1948, pp. 643 e ss.
- F. LINDITCH, *La Cour de justice des Communautés accepte les prestations inter-collectivités dès lors qu'elles traduisent une véritable démarche de coopération*, in *Sem. Jur. - Adm. Coll. Terr.*, 44, 26.10.2009, pp. 2248 e ss.
- N. LIPARI, intervento del 25.09.1995 al Convegno *Le Fonti e i principi comunitari*, organizzato dall'Università di Camerino, 25-29.09.1995, in V. RIZZO (a cura di), *Diritto privato comunitario – Fonti, principi, obbligazioni e contratti*, ESI, Roma 1997, pp. 133 e ss.
- F. LINDITCH, *Quel est le contenu du Code des marchés publics?*, in *La Semaine Juridique – Adm. Coll. terr.*, n° 13, 24.03.2003, 1285
- M. A. LIVI, F. MACARIO, *Profili generali*, in N. LIPARI, *Trattato di Diritto privato europeo – Volume I – Il Diritto privato europeo nel sistema delle fonti. I Soggetti*, CEDAM, Padova 2003, p. 293 e ss.
- F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, *La CJCE scelle le sort des contrats de mandat*, in *Contrats et Marchés Publics*, 11, Nov. 2005, Rep. 9
- F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, *Le “in house” au secours de l'intercommunalité*, in *Contrats et Marchés publics*, 1, Janv. 2009, rep. 1.
- G. LOMONACO, *Appalto*, in E. PESSINA (diretto da), *Enciclopedia giuridica italiana*, Società editrice Libreria, Milano 1910, Vol. I, parte III, *ad vocem*.
- M. LOTTINI, *Mixed (semi-public) companies and the provision of “public services”: a recent Opinion of the Italian Council of State*, in *European Public Private Partnership Law Review*, 2007, 3, pp. 125 e ss.
- J.-V. LOUIS *et al.*, *Le Droit de la Communauté économique européenne*, Vol. 1, Editions de l'Université de Bruxelles, 2° ed., Bruxelles 1973
- V. LOURI, *The FENIN judgement: the notion of undertaking and Purchasing Activity*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2005, pp. 87 e ss.
- F. LUCHAIRE, *Le Statut des entreprises publiques*, in *Droit social*, 1947, pp. 253 e ss.
- F. LUCIANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Dir. Amm.*, 1995, pp. 289 e ss.
- M. V. LUPÒ AVAGLIANO (a cura di), *L'efficienza della Pubblica Amministrazione. Misure e parametri*, FrancoAngeli, Milano 2001
- I. MAFFEZZONI, *Articolo 2364. Assemblea ordinaria nelle società prive di consiglio di sorveglianza*, in A. PICCIAU (a cura di), *Assemblea*, in P. MARCHETTI *et al* (diretto da), *Commentario alla riforma*

- delle società, Vol. 3, Giuffrè, Milano 2008, pp. 9 e ss.
- B. MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano 2003
- G. MARCHEGIANNI, *Gli affidamenti "in house" e la sindrome del cavallo a dondolo. Sentenze a confronto*, in www.giustamm.it
- G. MARCHEGIANNI, *La Corte di giustizia europea ignora la sua giurisprudenza in materia d'organismi di diritto pubblico quando esamina casi di affidamenti "quasi in-house"*, in www.giustamm.it.
- G. MARI, *Gli appalti di servizi affidati in base ad un diritto esclusivo ad altra amministrazione aggiudicatrice*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella Direttiva 2004/18/CE e nella Legge comunitaria 65/2000*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 118 e ss.
- A. MASSARI, *E-procurement: il modello CONSIP e il progetto di razionalizzazione della spesa negli enti locali*, in *Comuni d'Italia*, 2002, pp. 1413 e ss.
- A. MASSERA, *L'attività contrattuale*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 175 e ss.
- CH. MAUGUE, *A propos de l'arrêt Stadt Halle de la Cour de Justice des Communautés européennes du 11 janvier 2005 aff. c-26/03, A) peut-il y avoir contrat "in house" entre un pouvoir adjudicateur et une société dans le capital de laquelle participe une entreprise privée? B) quelles sont les implications de la directive recours pour les décisions prises en dehors d'une procédure formelle de passation de marche?*, in *Bulletin Juridique des Contrats publics*, 2005, mars, n° 40, pp. 180 e ss.
- M. MAZZAMUTO, *Le società miste locali. Organi indiretti? Un modello da superare a tutela della concorrenza?*, in *Nuove Aut.*, 1998, pp. 304 e ss.
- K. J. MEIER, L. O'TOOLE, *The Proverbs of New Public Management. Lessons from an evidence-based research agenda*, in *American Review of Public Administration*, 2009, pp. 4 e ss.
- M. MELI, *Armonizzazione del diritto contrattuale europeo e quadro comune di riferimento*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2008, pp. 59 e ss.
- G. MELIS, *La storia del diritto amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo*, Tomo I, *Diritto amministrativo generale*, 2° ed., Giuffrè, Milano 2003, pp. 95 e ss.
- L. MENGONI, *Problemi e vicende della legislazione sulle partecipazioni statali*, in *Riv. Soc.*, 1964, pp. 920 e ss.
- P. MENGOZZI, *Diritto privato e diritto comunitario*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di Diritto Privato – Premesse e disposizioni preliminari*, 2° ed., UTET, Torino 1999, pp. 503 e ss.
- L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Giappichelli, Torino 2002
- L. MERCATI, *Efficienza della Pubblica Amministrazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 2006
- J. D. B. MITCHELL, *The contracts of Public Authorities*, G Bell and Sons Ltd, London 1954
- G. MOLLO, *La responsabilità per danni nella s.r.l.*, in *Giur. Comm.*, I, pp. 806 e ss.
- R. MONACO, *Articolo 2 e Articolo 3*, in R. MONACO *et al.* (diretto da), *Trattato istitutivo della comunità europea – Commentario*, Giuffrè, Milano 1965, pp. 34 e ss.
- G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M. P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, Tomo I, 2° ed., Giuffrè, Milano 2004
- S. MORÒN, *Derecho Administrativo – Parte General*, Tecnos, Madrid 2006

- S. MORRONE, *Artt. 28-33 – Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di rilevanza comunitaria nei settori ordinari: ambiti soggettivi e oggettivi*, in M. BALDI, R. TOMEI (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici*, IPSOA, Milano 2007
- G. MOTZO, A. PIRAS, *Espropriazione e pubblica utilità*, in *Giur. Cost.*, 1959, pp. 151 e ss.
- M. MOZZARELLI, *Decisioni dei soci e profili di responsabilità degli amministratori nei confronti della s.r.l.*, in *Riv. Soc.*, 2008, pp. 408 e ss.
- P.-C. MÜLLER-GRAFF, *Diritto privato comunitario – Realtà in Germania e prospettive per l'Europa*, intervento del 25.09.1995 al Convegno *Le Fonti e i principi comunitari*, organizzato dall'Università di Camerino, 25-29.09.1995, in V. RIZZO (a cura di), *Diritto privato comunitario – Fonti, principi, obbligazioni e contratti*, ESI, Roma 1997, pp. 6 e ss.
- G. NAPOLITANO, *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 1 e ss.
- G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna 2009, pp. 81-82.
- U. NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, Vol. I, Fratelli Bocca, Torino 1922, pp. 397 e ss.
- F. M. NICOSIA, «*Modello CONSIP*» *tra Stato e mercato (lineamenti e prospettive evolutive)*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, pp. 711 e ss.
- M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano 1966
- M. NIGRO, *Amministrazione pubblica (organizzazione dell')*, in *Enc. Giur.*, ad vocem
- M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1985, pp. 162 e ss.,
- A. NIUTTA, A. POLICE, *Forma e realtà nella gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1999, I, pp. 474 e ss.
- V. R. NOGUELLOU, *Intercommunalité, délégation de maîtrise d'ouvrage publique et droit communautaire, alerte n. 27* in *Dr. Adm.*, 2007, ALERTE N. 27 IN *DR. ADM.*, 2007.
- R. NOGUELLOU, *La coopération entre collectivités publiques et le droit communautaire*, in *Dr. Adm.*, 7, Juillet 2009, alerte n° 26
- M. NOTARI, *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano 1996
- R. OCCHILUPO, *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*, in questa *Giur. Comm.*, 2007, II, pp. 62 e ss.
- F. OLIVIER, *Règles générales de formation des marchés publics*, LexisNexis-Jurisclasseur, fasc. 635, 2003
- V. E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Barbera, Firenze 1915
- V. OTTAVIANO, *Il Ente pubblico*, in F. CALASSO (diretto da), *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1960, ad vocem
- L. M. PAIS ANTUNES, *L'article 90 du Traité CEE. Obligations des Etats membres et pouvoirs de la Commission*, in *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 1991, pp. 187 e ss.
- P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano 1969
- P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, II ed., Giuffrè, Milano 1983,
- E. K. PAKUSCHER, *Administrative Law in Germany – Citizen v. State*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1968, pp. 309 e ss.

- G. PALEOLOGO, *Organizzazione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, 1981, *ad vocem*
- K. J. PAPADOULIS, *EU integration, Europeanization and administrative convergence: the Greek case*, in *Journal of Common Market Studies*, 2005, 2, pp. 349 e ss.
- A. PAPPALARDO, *Articolo 37*, in R. MONACO *et al.* (diretto da), *Trattato istitutivo della comunità europea – Commentario*, Giuffrè, Milano 1965, pp. 209 e ss.
- A. PAPPALARDO, *Articolo 90*, in R. MONACO *et al.* (diretto da), *Trattato istitutivo della comunità europea – Commentario*, Giuffrè, Milano 1965, pp. 676 e ss.
- A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, UTET, Torino 2007
- E. PARESCE, *Interpretazione (filosofia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano 1972, *ad vocem*
- F. PASQUARIELLO, *Art. 2364. Art. 2364 bis. Art. 2365. Art. 2366*, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario*, CEDAM, Padova 2005, Vol. I, p.438 e ss.
- M. PELLINGRA CONTINO, *Una nuova pronuncia del Consiglio di Stato in materia di affidamenti a società miste: una lettura in senso restrittivo dell'istituto tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Rass. Amm. Reg. Sic.*, 2008, 2, pp. 619 e ss.
- R. PELTIER, *Les prestations "in house" entre un pouvoir adjudicateur et une société à la poubelle?*, in *Petites affiches*, 2006, n° 14
- L. R. PERFETTI, *L'organismo di diritto pubblico e le sue nuove incerte frontiere. Il caso Grandi Stazioni tra diritti speciali ed esclusivi ed obblighi di gara*, in *Foro Amm.-CdS*, 2004, pp. 870 e ss.
- A. PERICU, *2449. Società con partecipazione dello Stato o di Enti pubblici. 2450. Amministratori e sindaci nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di) *Commentario*, Jovene, Napoli 2004, Vol. III, pp. 1291 e ss.
- A. PERINI, *L'affidamento dei pubblici servizi locali a società miste e procedure di evidenza pubblica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1997, pp. 95-96
- C. PERULLI, *La responsabilità civile, penale, amministrativa degli amministratori pubblici*, 3° ed., Giuffrè, Milano 2000
- C. PERULLI, *Autonomia e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, CEDAM, Padova 2005
- S. PESCATORE, *L'impresa societaria a base capitalistica. Amministrazione e controllo*, in V. BUONOCORE (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Giappichelli, Torino 2003, pp. 235 e ss.
- D. PETTINATO, *Affidamenti in house: ulteriori sviluppi*, in www.filodiritto.com
- D. PIAZZONI, *Teckal contre Correos: émergence d'une nouvelle exception jurisprudentielle à la discipline communautaire des marchés publics?*, in *RLC*, 2008, avr.-juin, pp. 60 e ss.
- D. PIAZZONI, *In house providing: la Corte di Giustizia riconosce la ricorrenza dei requisiti Teckal*, in *Giur. Comm.*, II, in corso di pubblicazione
- D. PIAZZONI, *In house providing, partenariati pubblico-privato istituzionalizzati e a scopo di finanziamento*, in *Giur. Comm.*, 2009, II, pp. 4 e ss.
- A. PICILLO, G. ZOCOLLI, *Il partenariato. Uno strumento di condivisibilità ovvero le opportunità create dalla partecipazione*, in *Enti Pubbl.*, 2002, 5, pp. 264 e ss.
- L. PICARDI, *La causa e il tipo*, in N. LIPARI, *Trattato di Diritto privato europeo – Volume III – L'attività e il contratto*, CEDAM, Padova 2003, pp. 264 e ss.
- A. PICCIAU, *Articolo 2393 – Azione sociale di responsabilità. Articolo 2393-bis – Azione sociale di re-*

- sponsabilità esercitata dai soci. Articolo 2394-bis – Azione di responsabilità nelle procedure concorsuali*, in F. GHEZZI (a cura di), *Amministratori*, in P. MARCHETTI *et al* (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Vol. 3, Giuffrè, Milano 2005, pp. 569 e ss.
- E. PICOZZA, *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. Dir.*, 1987, *ad vocem*
- G. PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Giorn. Dir. Amm.vo*, 2006, pp. 137
- P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Giuffrè, Milano 1994
- A. PISANI MASSAMORMILE, *Invalidità delle delibere consiliari*, in P. ABBADESSA, G. B. PORTALE, *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, UTET, Torino 2006, pp. 562 e ss.
- G. PIVATO, *L'efficienza delle imprese pubbliche (Le imprese pubbliche in forma di società per azioni)*, in *Riv. Soc.*, 1967, pp. 758 e ss.
- J. PONCE SOLÉ, *Derecho público, derecho privado y control judicial de la actividad administrativa en España*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, pp.1227 e ss.
- G. B. PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. Giur.*, 2003, pp. 145 e ss.
- G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in P. ABBADESSA, G. B. PORTALE, *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, UTET, Torino 2006, pp. 3 e ss.
- A. PREDIERI, *In tema di pianificazioni agrarie e riserve di legge*, in *Giur. Cost.*, 1963, pp. 180 e ss.
- G. PRESTI, P. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale. Vol. I*, Zanichelli, Bologna 2004
- E. PRESUTTI, *Istituzioni di Diritto amministrativo italiano*, Casa Ed. G. Principato, Messina 1932, pp. 356-357.
- A. PRETTO, M. BALDINATO, *Il concetto di in house providing: recenti evoluzioni sul piano comunitario e prospettive nel diritto nazionale italiano*, in *Contr. E impr./Europa*, 2009, 1, pp. 345 e ss.
- PH. PROOT, *Coopération et mutualisation de services*, in *Sem. Jur. - Adm. Coll. Terr.*, 27, 29.06.2009, pp. 2158 e ss.
- R. PROVINCIALI, *Diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano 1951
- R. PROVINCIALI, *Lezioni di diritto fallimentare*, II ed., CEDAM, Padova 1966
- R. PROVINCIALI, G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, CEDAM, Padova 1988
- G. RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare. Vol. 1*, Morano, Napoli 1974
- G. RAGUSA MAGGIORE, *Imprenditore, impresa e fallimento*, CEDAM, Padova 1979
- G. RAGUSA MAGGIORE, *Artt. 2188-2202. Il registro delle imprese*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Commentario*, Giuffrè 2002
- J. REILJAN, K. TIMPMANN, K. OLENKO, *Key issues in developing the public administration system of Estonia before joining the European Union*, Tartu University Press, Tartu 2003, reperibile anche su www.ssrn.com
- M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Soc.*, 2003, pp. 331 e ss.
- M. RICOLFI, *Antitrust*, in N. ABRIANI, G. COTTINO, M. RICOLFI, *Diritto industriale*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di Diritto commerciale*, Vol. II, CEDAM, Padova 2001

- L. RIGHI, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica e appalti di servizi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, pp. 347 e ss.
- A. RILEY, *The EU Reform Treaty and the competition protocol: undermining EC competition law*, in *ECLR*, 2007, pp. 703 e ss.
- G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Parigi, 1959-1960
- J. RIVERO, *Le régime des Entreprises nationalisés et l'évolution du Droit administratif*, in P. ROUBIER, R. MASPETIOL (diretto da), *La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique*, Sirey, Parigi 1952, spec. pp. 147 e ss.
- W. A. ROBSON, *The public coropration in Britain today*, in *Harvard Law Review*, 1950, pp. 1321 e ss.
- A. ROCCO, *Principii di diritto commerciale. Parte generale*, UTET, Torino 1928
- N. ROCCO DI TORREPADULA, *Aspetti di diritto societario delle società per azioni con partecipazione comunale*, in *Riv. Soc.*, 1997, pp. 128 e ss.
- G. ROEHRSEN DI CAMMERATA, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Zanichelli, Bologna 1961
- F. ROLIN, *Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats in house*, in *AJDA*, 2005, 25 avr., pp. 898 e ss.
- A. ROMANO, *Introduzione*, in L. MAZZAROLLI *et al.* (a cura di), *Diritto amministrativo – I*, II ed., Monduzzi editore, Bologna 1998, pp. 9 e ss.
- S. ROMANO, *Principii di Diritto amministrativo italiano*, Soc. Ed. Libreria, III ed., Milano 1912
- G. RONDONI, *Convenzione tra amministrazioni aggiudicatrici come appalto pubblico di lavori*, in *Urb. e App.*, 2007, pp. 555 e ss.
- E. ROPPO, *Contratto*, in *Dig. Disc. Priv.*, *ad vocem*
- V. ROSE, P. ROTH, *Article 81(1)*, in V. ROSE, P. ROTH (a cura di), *Bellamy&Child European Community Law of Competition*, 6th ed., Oxford University Press, London 2008, pp. 91 e ss.
- F. ROSSI, *Gli affidamenti (quasi) in house: la partecipazione pubblica totalitaria come elemento essenziale*, in *Serv. pubbl. App.*, 2005, 453 e ss.
- G. ROSSI, *Impresa pubblica e riforma delle società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1971, pp. 293 e ss.
- G. ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2007, 3, pp. 685 e ss.
- M. ROSSI, *La revoca cautelare degli amministratori nella nuova società a responsabilità limitata: spunti per una ricerca*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2007, pp. 101 e ss.
- S. ROSSI, *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in N. CRISCI *et al.* (a cura di), *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Vol. 3, *Diritto commerciale*, t. III, Gluffrè, Milano 2005, pp. 3687 e ss.
- C. RUPERTO, *Delle imprese commerciali e delle altre imprese soggette a registrazione*, in A. TORRENTE (diretto da), *Commentario del Codice civile - Libro V, T. I*, UTET, Torino 1962, *sub art.* 2201, pp. 474 e ss.
- R. SACCO, *Il contratto*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, UTET, Torino 1998,
- R. SACCO, *La nozione del contratto*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di Diritto privato*, UTET, Torino 2002, 3° ed., Vol. 10, p. 5 e ss.
- R. SACCO, *La causa*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di Diritto civile*, UTET, Torino 2002, 3° ed., Vol. 10, pp. 319 e ss.

- A. SAITTA, *Il principio di buon andamento della pubblica amministrazione nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1988, pp. 53 e ss.
- F. SALBERINI, *Disciplina comunitaria della concorrenza e intervento statale nella economia*, Giuffrè, Milano 1969
- L. SAMBUCCI, *2394 – Responsabilità verso i creditori sociali*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di) *Commentario*, Jovene, Napoli 2004, Vol. II, pp. 698 e ss.
- M. A. SANDULLI, *Imprese pubbliche e attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche – natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente*, Giuffrè. Milano 2004, pp. 5 e ss.
- F. SATTÀ, *Le aziende di soggiorno e cura sono enti pubblici non economici?*, in *Foro It.*, 1965, I, col. 1137 e ss.
- F. SCIAUDONE, *La scelta della disciplina applicabile è determinata dal valore economico dei servizi*, in *Guida al Diritto*, 1999, 47, pp. 112 e s.
- F. G. SCOCA, *Sguardo d'insieme sugli aspetti sostanziali e processuali della responsabilità amministrativa*, in F. G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, CEDAM, Padova 1997, pp. 11 e ss.
- F. G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in L. MAZZAROLLI *et al.*, *Diritto amministrativo – I*, 2° ed., Monduzzi editore, Bologna 1998, pp. 541 e ss.
- A. SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici ex art. 2458 c.c.*, in *Foro amm.*, 1984, I, pp. 569 e ss.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale – Dei requisiti del contratto – Artt. 1321-1352*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA, *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Roma 1970
- E. SCOTTI, *Nota a TAR Lombardia 625/1995*, in *Foro It.*, 1996, col. 160 e ss.
- E. SCOTTI, *I nuovi confini dell'«organismo di diritto pubblico» alla luce delle più recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Foro italiano*, 1999, IV, col. 140 e ss.
- E. SCOTTI, *L'attività extraterritoriale delle aziende speciali e delle società miste tra vincoli funzionale, regole procedurali e principi concorrenziali*, in *Foro It.*, 1999, col. 399 e ss.
- E. SCOTTI, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali*, in *Foro italiano*, 2002, III, col. 554 e ss.
- E. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico-privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Foro Amm.vo - CdS*, 2005, pp. 670 e ss.
- S. SCOTTI-CAMUZZI, *L'art. 6 della direttiva servizi non si applica agli appalti di forniture*, in *Riv. Dir. Comp. Eur.*, 2000, pp. 254 e ss.
- A. SÉE, *Les contrats passés entre les personnes publiques et les structures de coopération intercommunales peuvent bénéficier de l'exception in house*, in *Contrats Concurrence Consommation*, 2009, Fév., n°2, chron. 1;
- G. SENA, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv. Soc.*, 1958, pp. 43 e ss.
- O. SEPE, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè 1975
- V. G. SETSER, *The immunities of the State and Government economic activities*, in *Law and Contemporary Problems*, 1959, pp. 291 e ss.

- F. S. SEVERI, *Amministrazione dello Stato*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET 1987, ad vocem
- F. S. SEVERI, *Delegazione amministrativa e utilizzazione degli uffici*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET, Torino 1989, ad vocem.
- S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, in P. SCHLESINGER, D. BUSNELLI, (diretto da), *Il codice civile commentato*, Giuffrè editore, Milano 2003
- P. SIMONE, *Appalti pubblici: contratto misto e possibile esenzione applicativa delle norme CE*, in *Contratti*, 2000, p. 397
- H. SIMONETTI, *Nota a Cons. Stato, Parere 456/2007*, in *Foro It.*, 2007, IV, col 616.
- PH. SIMONNOT, *L'invention de l'Etat*, Les Belles Lettres, Paris 2003
- G. SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2007, pp. 325 e ss.
- L. SOLARI, *L'impresa pubblica nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, Giuffrè, Milano 1965
- J. A. SOHRAB, *The single European market and public procurement*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1990, pp. 522 e ss.
- A. SONCINI, *Gli affidamenti in house: rassegna della giurisprudenza comunitaria sino alla sentenza TRAGSA II del 2007*, in *Dir. Com. Sc. Int.*, 2007, pp. 281 e ss.
- D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1997, pp. 51 e ss.
- P. SPADA, *Società: II) Tipi di società: in generale*, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1993, ad vocem
- P. SPADA, *Classi e tipi dopo la riforma organica (guardando alla «nuova» società a responsabilità limitata)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, pp. 489 e ss.
- P. SPADA, *Diritto commerciale I. Parte generale*, CEDAM, Padova 2004
- P. SPADA, *Diritto commerciale II. Elementi*, CEDAM, Padova 2006
- C. SPANOU, *European integration in administrative terms: a framework for analysis of the Grekk case*, in *Journal of European Public Policy*, sept., 1998, pp. 466 e ss.
- M. S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. Soc.*, p. 463 e ss.
- M. STADERINI, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici tra risarcimento e sanzione*, in *Riv. Corte Conti*, 1996, 2, pp. 294 e ss.
- J. STEINER, CH, TWIGG-FLESNER, L. WOODS, *EU Law*, Oxford University Press, 9th ed., Oxford 2006
- M. STELLA RICHTER jr, *Di alcune implicazioni sistematiche della introduzione di una nuova disciplina per le società a responsabilità limitata*, in N. CRISCI et al (a cura di), *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Vol. 3, *Diritto commerciale*, t. III, Giuffrè, Milano 2005, pp. 3925 e ss.
- M. SZYDŁO, *Contracts beyond the scope of the EC procurement Directives – who is bound by the requirement for transparency?*, in *Eur. Law Rev.*, 2009, Oct., pp. 720 e ss.
- A. TAILLEFAIT, *Coordination, groupement de commandes et centrale d'achats*, LexisNexis-Jurisclasseur, *Contrats et Marchés publics*, fasc. 50, 2007
- G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in A. CICU, F. MESSINEO, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milano 1980

- S. TAYLOR, *Court of Appeal and ECJ beg to differ on legality of shared service arrangements: Brent LBC v Risk Management Partners (the LAML case) and Commission v Germany*, 16.06.2009, www.wragge.com
- A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Giuffrè, Milano 2008
- A. TRABUCCHI, *Preambolo*, in R. MONACO *et al.* (diretto da), *Trattato istitutivo della comunità europea – Commentario*, Giuffrè, Milano 1965, pp. 17 e ss.
- A. TORRENTE, *Del lavoro nell'impresa*, in A. TORRENTE (diretto da), *Commentario del Codice civile - Libro V, T. I*, UTET, Torino 1962, pp. 52 e ss.
- A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 43° ed., CEDAM, Padova 2007
- M. TRIMARCHI, intervento del 25.09.1995 al Convegno *Le Fonti e i principi comunitari*, organizzato dall'Università di Camerino, 25-29.09.1995, in V. RIZZO (a cura di), *Diritto privato comunitario – Fonti, principi, obbligazioni e contratti*, ESI, Roma 1997, pp. 148 e ss.
- C. TURPIN, *Government contracts*, Penguin, Harmondsworth 1972
- M. URBANI, *Evoluzione della normativa generale in materia di convenzioni CONSIP*, in *Nuova Rass.*, 2006, 9, pp. 1227 e ss.
- R. URSI, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*, in *Foro Amm.vo – CdS*, 2004, pp. 685 e ss.
- R. URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è «casa» per le società a capitale misto*, in *Foro It.*, 2005, IV, col. 136 e ss.
- R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. Amm.*, 2005, pp. 179 e ss.
- R. URSI, *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società in house*, in *Foro It.*, 2006, IV, col. 79 e ss.
- R. URSI, *Nota*, in *Foro It.*, 2006, IV, col. 512 e ss.
- M. URSO, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, in *Urb. e App.*, 2006, pp. 1420 e ss.
- J. H. VAN DE GRONDEN, *The internal market, the State and private initiative*, in *Legal Issues of European Integration*, 2006, pp. 105 e ss.
- F. VASSALLI, *Art. 2393-bis – Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di) *Commentario*, Jovene, Napoli 2004, Vol. II, pp. 693 e ss.
- G. VERUCCI, *La revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici*, in *iv. Dir. Comm.*, 1965, II, pp. 35 e ss.
- F. VESSIA, *Società in house e società miste nei servizi pubblici locali alla luce della disciplina antitrust*, in *Dir. Ind.*, 2008, 1, p. 41
- P. VIRGA, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Palermo 1971
- F. VITO, *Il controllo dell'impresa pubblica*, in *Riv. Soc.*, 1958, pp. 445 e ss.
- C. VOLPE, *Subventionrecht v. Konkurrenzfähigkeit: l'incerto equilibrio comunitario tra aiuti pubblici e concorrenza nel settore dei servizi*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2001, pp. 347 e ss.
- C. VOLPE, *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, in *Urb. e App.*, 2008, pp. 1401 e ss.
- H. R. WADE, *Administrative law*, 5th ed., Clarendon Press, Oxford 1982

- J. WALDRON, *Theoretical Foundations of Liberalism*, in *The Philosophical Quarterly*, 1987, pp. 127 e ss.
- J. WALINE, *La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif*, in AA.VV. *Etudes offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XXI siècle*, LGDJ, Paris 2001, pp. 948 e ss.
- W. WALLACE, *Introduction*, in W. WALLACE (a cura di), *The Dynamics of European Integration*, Pinter, London 1990, pp. 5 e ss.,
- C. WINTER, *Parliamentary, Ministerial, Judicial Control of Nationalized Industries in Great Britain*, in *Law and Contemporary Problems*, 1951, pp. 670 e ss.
- E. R. YESCOMBE, *Public-Private Partnerships – Principles of Policy and Finance*, Elsevier, Oxford (UK) 2007, 1° ed.
- W. ZIMMER, *Le mandat de délégation de maîtrise d'ouvrage prévu par la loi MOP est incompatible avec le droit communautaire*, in *Contrats et Marchés Publics*, 12, Déc. 2005, comm. 296
- W. ZIMMER, *Notion de pouvoir adjudicateur au sens de la directive 2004/18*, in *Contrats et Marchés Publics*, 2008, 1, comm. 4
- W. ZIMMER, *“In house” et intercommunalité*, in *Contrats et Marchés Publics*, 2, Fév. 2009, comm. 34