



COMMISSIONE EUROPEA

Traduzione non ufficiale del documento
SEC (2011) 1169 def., del 4.10.2011, da
parte della DG Mercato interno e servizi.

DOCUMENTO DI LAVORO DEI SERVIZI DELLA COMMISSIONE

**concernente l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra
amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico")**

INDICE

1.	Introduzione	3
2.	Principio generale: Il diritto UE sugli appalti pubblici si applica agli appalti tra amministrazioni aggiudicatrici	4
3.	Compiti di interesse pubblico svolti con risorse proprie - Cooperazione pubblico-pubblico che può restare esclusa dall'ambito di applicazione delle norme UE in materia di appalti pubblici	5
3.1.	Rassegna dei diversi concetti sviluppati nella giurisprudenza	5
3.2.	Cooperazione tramite persone giuridiche distinte ("cooperazione istituzionalizzata/verticale", "giurisprudenza in-house").....	6
3.2.1.	Partecipazione al capitale di un'entità in-house	8
3.2.2.	Primo criterio Teckal: Il controllo necessario sull'entità in-house (dipendenza organizzativa)	9
3.2.3.	Secondo criterio Teckal: la parte essenziale delle attività dell'entità in-house deve limitarsi ai compiti assegnatili dalla/dalle entità che la controllano (dipendenza economica).....	12
3.2.4.	Altre questioni aperte circa le entità in-house	13
3.3.	Cooperazione non istituzionalizzata/orizzontale per garantire congiuntamente l'esecuzione di compiti di interesse pubblico	14
3.3.1.	Caratteristiche sostanziali di una cooperazione orizzontale tra amministrazioni aggiudicatrici che restano escluse dalle norme UE in materia di appalti pubblici.....	14
3.3.2.	Distinguere una vera "cooperazione" da un normale appalto pubblico	15
3.3.3.	Possibili restrizioni sulle attività di mercato	15
3.4.	Sintesi	16
4.	Compiti di interesse pubblico svolti con risorse esterne – Altri rapporti pubblico-pubblico	20
4.1.	Ridistribuzione delle competenze tra enti pubblici	20
4.2.	Assegnazione non contrattuale di compiti	22
4.3.	Rapporto tra norme in materia di appalti pubblici e determinati diritti esclusivi	22
4.4.	Rapporto tra amministrazioni aggiudicatrici nel contesto di accordi di committenza congiunti o centrali	24

1. INTRODUZIONE

Nel 2009 sono stati pubblicizzati appalti pubblici per circa 420 miliardi di euro, in conformità con le direttive UE sugli appalti pubblici. Le norme contenute in queste direttive mirano a garantire che gli acquisti pubblici pertinenti siano aperti alla concorrenza di fornitori provenienti da tutto il mercato interno¹. Allo stesso tempo la legislazione UE non limita la libertà di un'amministrazione aggiudicatrice di svolgere i compiti di interesse pubblico che le sono stati assegnati avvalendosi delle proprie risorse amministrative, tecniche o di altro tipo e senza ricorrere ad entità esterne alla sua struttura.

È in corso un dibattito sull'applicazione delle direttive UE sugli appalti pubblici anche a diversi tipi di situazioni nelle quali le amministrazioni aggiudicatrici cercano di garantire congiuntamente lo svolgimento di compiti di interesse pubblico. La Corte di giustizia dell'Unione europea (in appresso "la Corte") ha confermato che non si può presumere che gli appalti tra le amministrazioni aggiudicatrici siano automaticamente esclusi dall'applicazione del diritto UE sugli appalti pubblici. La giurisprudenza della Corte, tuttavia, ha anche dimostrato che alcune forme di cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici non possono essere considerate alla stregua di appalti pubblici.

Si deve pertanto operare una distinzione tra, da una parte, le attività di appalto che dovrebbero beneficiare della concorrenza aperta tra operatori economici, come garantito dalle norme UE in materia di appalti, e, dall'altra, altre modalità di cui le amministrazioni aggiudicatrici possono avvalersi per garantire lo svolgimento dei loro compiti di interesse pubblico che non rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive UE sugli appalti pubblici.

Attualmente, le amministrazioni aggiudicatrici che intendono cooperare spesso trovano difficoltà a distinguere i casi in cui le direttive UE sugli appalti pubblici si applicano da quelli in cui non si applicano.

La necessità di chiarire questo aspetto è stata sottolineata nella relazione del Parlamento europeo che ha invitato "*la Commissione e gli Stati membri a diffondere ampiamente informazioni sulle conseguenze giuridiche di tali sentenze [nel settore della cooperazione pubblico-pubblico]*"².

¹ Nell'UE il mercato degli appalti pubblici rappresenta, nel complesso, circa il 17% del PIL dell'UE. Le direttive UE sugli appalti pubblici disciplinano soltanto l'aggiudicazione di quei contratti che superano una determinata soglia. Nel 2009 il valore di tali contratti era pari al 3,6% del PIL dell'UE. Per la parte restante del mercato degli appalti pubblici, gli Stati membri devono osservare i principi - sanciti dal diritto UE - di non discriminazione, parità di trattamento degli offerenti ecc. nella misura in cui l'appalto da aggiudicare è di interesse di imprese stabilite in uno Stato membro diverso.

² Relazione di iniziativa dell'onorevole Heide Rühle sul tema "Nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici" (risoluzione del Parlamento europeo del 18 maggio 2010 sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici 2009/2175(INI)).

Il presente documento cerca di rispondere a questa domanda. Il documento si propone di dare una panoramica dell'esistente giurisprudenza della Corte, consolida e riassume questa giurisprudenza e ne trae alcune conclusioni, per quanto consentito dalle osservazioni della Corte. Non stabilisce nuove norme o nuovi requisiti. Mira, invece, a contribuire ad una migliore comprensione e applicazione del quadro giuridico esistente. È destinato a tutte le parti interessate nel settore degli appalti pubblici, in particolare agli enti pubblici di tutti i livelli di amministrazione³. Le indicazioni contenute nel presente documento si limitano agli appalti pubblici e lasciano impregiudicate le norme UE in materia di concorrenza e aiuti di Stato.

Dopo aver ricordato che gli appalti pubblici tra amministrazioni aggiudicatrici sono soggetti alle direttive UE sugli appalti pubblici (capitolo 2), il documento passa in rassegna diverse forme di cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici che possono restare escluse dall'ambito di applicazione di queste norme (capitolo 3) e poi altri tipi di rapporti alla luce della legislazione UE in materia di appalti pubblici (capitolo 4).

Il presente documento di lavoro è un documento indicativo dei servizi della Commissione e non può in alcun modo essere ritenuto vincolante per l'istituzione. Si osservi che, in ogni caso, l'interpretazione del diritto UE spetta, in ultima analisi, alla Corte.

2. PRINCIPIO GENERALE: IL DIRITTO UE SUGLI APPALTI PUBBLICI SI APPLICA AGLI APPALTI TRA AMMINISTRAZIONI AGGIUDICATRICI

Le direttive UE sugli appalti pubblici si applicano quando le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori concludono contratti a titolo oneroso con una persona giuridica distinta. Se viene sottoscritto un contratto di questo tipo, il fatto che la controparte contrattuale sia privata o pubblica non fa alcuna differenza. Ciò emerge chiaramente dalle pertinenti disposizioni delle direttive, nonché dalla giurisprudenza della Corte.

L'articolo 1, paragrafo 8, della direttiva 2004/18/CE⁴ (“direttiva sul settore pubblico”) stabilisce quanto segue:

“I termini “imprenditore”, “fornitore” e “prestatore di servizi” designano una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi.” (grassetto aggiunto).

³ Una consultazione pubblica è stata lanciata dal Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici - Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti (COM(2011) 15 definitivo, Bruxelles, 27.1.2011), il cui obiettivo è quello di stabilire come ridisegnare nel futuro il settore degli appalti pubblici. In attesa dell'adozione e dell'attuazione di una nuova legislazione, il presente documento di lavoro mira a chiarire la situazione giuridica presente.

⁴ Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134 del 30.4.2004, pagg. 114-240).

L'articolo 1, paragrafo 7, della direttiva 2004/17/CE⁵ (“direttiva sui servizi di pubblica utilità”) stabilisce quanto segue:

“I termini “imprenditore”, “fornitore” e “prestatore di servizi” designano una persona fisica o giuridica o un ente aggiudicatore ai sensi dell’articolo 2, paragrafo 2, lettera a) o b), o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi.” (grassetto aggiunto).

Di conseguenza, la Corte ha ritenuto che *“la circostanza che il prestatore di servizi sia un ente pubblico distinto dal beneficiario dei servizi non osta all’applicazione della [direttiva]”*⁶. Per l’applicazione delle norme UE in materia di appalti pubblici *“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”*⁷. Costituisce quindi una non corretta trasposizione delle direttive UE sugli appalti pubblici escludere dall’ambito di applicazione della legislazione nazionale in materia di appalti pubblici *“i rapporti stabiliti tra le amministrazioni pubbliche, i loro organismi pubblici e, in generale, gli enti di diritto pubblico non commerciali, indipendentemente dalla natura di tali rapporti”*⁸.

3. COMPITI DI INTERESSE PUBBLICO SVOLTI CON RISORSE PROPRIE - COOPERAZIONE PUBBLICO-PUBBLICO CHE PUÒ RESTARE ESCLUSA DALL’AMBITO DI APPLICAZIONE DELLE NORME UE IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI

3.1. Rassegna dei diversi concetti sviluppati nella giurisprudenza

La giurisprudenza della Corte in materia di appalti pubblici ha dimostrato che la legislazione UE non limita la libertà di un’amministrazione aggiudicatrice⁹ di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti,

⁵ Direttiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 31 marzo 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 (GU L 134 del 30.4.2004, pagg. 1-113).

⁶ Causa C-480/06, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania, Racc. 2009, pag. I-04747, punto 33.

⁷ Causa C-107/98, Teckal SRL contro Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, Racc. 1999, pag. I-08121, punto 50.

⁸ Causa 84/03, Commissione delle Comunità europee contro Regno di Spagna, Racc. 2005, pag. I-00139, punto 40.

⁹ Dato l’argomento (cooperazione pubblico-pubblico) questa nota concerne soltanto il comportamento delle “amministrazioni aggiudicatrici” come definite nella direttiva 2004/18/CE, non delle “imprese pubbliche” come definite nella direttiva sui servizi di pubblica utilità o delle imprese private che operano sulla base di diritti speciali o esclusivi come definite nella direttiva 2004/17/CE. Per quanto riguarda le “amministrazioni aggiudicatrici” che rientrano nella definizione di “enti aggiudicatori” contenuta nella direttiva sui servizi di pubblica utilità, si osservi che la loro particolare situazione rispetto alla cooperazione pubblico-pubblico non è mai stata esplicitamente esaminata dalla Corte. Le conclusioni generalmente valide per le “amministrazioni aggiudicatrici” dovrebbero, *mutatis mutandis*, essere valide anche quando esse agiscono in quanto “enti aggiudicatori”, ad eccezione dei casi in cui potrebbero esserci differenze significative tra le norme applicabili. Si osservi inoltre che la direttiva sui servizi di pubblica utilità contiene, all’articolo 23, disposizioni relative a determinati tipi di cooperazione pubblico-pubblico (sono possibili anche situazioni trilaterali).

amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi¹⁰.

Se un'amministrazione aggiudicatrice svolge compiti di interesse pubblico utilizzando le proprie risorse in modo tale da non condurre alla conclusione di un contratto a titolo oneroso perché la situazione è interna ad un'unica persona giuridica, ossia l'amministrazione aggiudicatrice può reperire tutte le risorse necessarie per l'esercizio della funzione all'interno della propria organizzazione, il diritto UE sugli appalti pubblici non si applica. Esempio: un comune che provvede ai servizi di trasporto nel proprio territorio attraverso il proprio ufficio interno preposto ai trasporti.

Inoltre, della possibilità di svolgere compiti di interesse pubblico utilizzando risorse proprie ci si può anche avvalere in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici. Diverse amministrazioni aggiudicatrici possono aiutarsi a vicenda. Se ciò non implica remunerazione o scambio di diritti e obblighi reciproci, ai sensi della legislazione UE in materia di appalti pubblici non si può parlare di prestazione di servizi. In questi casi la normativa UE in materia di appalti pubblici non si applica. Esempio: un'intesa generale tra comuni limitrofi secondo cui le loro rispettive bande musicali si esibiranno l'una alle feste cittadine dell'altra.

Nei casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici concludono tra loro contratti a titolo oneroso (ossia che prevedono diritti e obblighi reciproci), nasce la questione se questi debbano restare esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive UE sugli appalti pubblici, al di là della regola generale secondo la quale i contratti tra persone giuridiche distinte sono inclusi. Stando alla giurisprudenza della Corte, in alcuni casi ciò è in effetti possibile. Nei casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici cooperano con l'intento di garantire congiuntamente l'esecuzione di compiti di interesse pubblico, ciò può comportare che gli appalti vengano aggiudicati senza far scattare l'obbligo di applicare il diritto UE sugli appalti pubblici. Tale cooperazione può assumere la forma di un controllo congiunto su una terza entità incaricata dell'esecuzione del compito ("cooperazione verticale/istituzionalizzata"). In alternativa, la cooperazione può essere intrapresa senza la creazione di un'entità nuova o ad hoc ("cooperazione orizzontale/non istituzionalizzata").

3.2. Cooperazione tramite persone giuridiche distinte ("cooperazione istituzionalizzata/verticale", "giurisprudenza in-house")

È assodato che le direttive UE sugli appalti pubblici si applicano se le amministrazioni aggiudicatrici sottoscrivono appalti pubblici, ossia contratti a titolo oneroso conclusi per iscritto con un terzo e aventi come obiettivo l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi di tali direttive. Esse si applicano anche se le amministrazioni aggiudicatrici concludono contratti di concessione di lavori pubblici ai sensi della direttiva sul settore pubblico.

¹⁰ Causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Recyclingpark Lochau GmbH contro Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Racc. 2005, pag. I-00001, punto 48.

Nella causa *Teckal*¹¹ la Corte ha interpretato questa regola in maniera funzionale, stabilendo due criteri cumulativi affinché un rapporto tra un'amministrazione aggiudicatrice e un'altra persona giuridica possa essere esentato dall'applicazione delle norme UE in materia di appalti pubblici. Stando alla Corte, tale rapporto resta al di fuori dell'ambito di applicazione delle norme UE in materia di appalti pubblici se:

- (1) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un **controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi** e
- (2) nel contempo, questa persona giuridica **realizza la parte più importante della propria attività con l'amministrazione aggiudicatrice/le amministrazioni aggiudicatrici che la controlla/controllano**¹².

Pertanto, in linea con il **potere di auto-organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici**, la Corte ha ritenuto che il diritto UE sugli appalti pubblici (ossia non soltanto le direttive in materia, ma anche i principi del trattato) non si applica se un'amministrazione aggiudicatrice conclude un contratto con un terzo che sia da essa **indipendente solo nella forma, ma non nella sostanza**. Questa giurisprudenza riguarda situazioni nelle quali il terzo **non dispone di capitale privato e dipende dall'amministrazione aggiudicatrice sotto il profilo sia organizzativo che economico**. Esempio: un comune provvede ai servizi di trasporto nel suo territorio attraverso una società di trasporti da esso detenuta e controllata al 100%.

In successive sentenze¹³ la Corte ha specificato che il concetto di in-house è applicabile anche alla cooperazione pubblico-pubblico, stabilendo che i due criteri *Teckal* possano essere soddisfatti congiuntamente da diverse amministrazioni aggiudicatrici. Esempio: due comuni provvedono ai servizi di trasporto nel loro territorio attraverso una società di trasporti da essi detenuta e controllata congiuntamente.

Ai fini del presente documento, questa forma di cooperazione viene definita come "istituzionalizzata" o "verticale" perché implica che le amministrazioni aggiudicatrici appaltino l'esecuzione di un compito ad un'entità separata, detenuta e controllata congiuntamente e che funga da fornitore del servizio.

¹¹ Causa C-107/98, *Teckal*, punti 49 e 50. "Relativamente all'esistenza di un contratto, il giudice nazionale deve verificare se vi sia stato un incontro di volontà tra due persone distinte."; "A questo proposito [...] 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 persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano."

¹² A seguito della sentenza della Corte, il Consiglio di Stato italiano è giunto alla conclusione che l'AGAC era una società in-house di Viano (Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenza n. 2605 del 9 maggio 2001).

¹³ Causa C-324/07, *Coditel Brabant SPRL contro Commune d'Uccle e Région de Bruxelles-Capitale*, Racc. 2008, pag. I-08457; causa C-573/07, *Sea SRL contro Comune di Ponte Nossa*, Racc. 2009, pag. I-08127.

Questa eccezione in-house è stata riconosciuta dalla Corte in relazione sia ai contratti pubblici e alle concessioni di lavori che rientrano nelle direttive UE sugli appalti pubblici, sia alle concessioni di servizi altrimenti disciplinate dai principi dei trattati.

In questo contesto si osservi che mentre il rapporto tra, da un lato, l'amministrazione aggiudicatrice controllante/le amministrazioni aggiudicatrici controllanti e, dall'altro, l'entità controllata, può essere esente dal diritto UE sugli appalti pubblici data la situazione in-house, un soggetto che ha le caratteristiche per essere un'entità in-house avrebbe di norma anche le caratteristiche per essere un "organismo di diritto pubblico", con l'obbligo di rispettare la legislazione UE in materia di appalti pubblici.

Le pagine che seguono descrivono nei dettagli le condizioni presenti nella giurisprudenza della Corte sulla nozione di in-house che devono essere valutate nel decidere se la legislazione UE in materia di appalti pubblici si applica o meno.

3.2.1. *Partecipazione al capitale di un'entità in-house*

Secondo la giurisprudenza, un'amministrazione aggiudicatrice non può esercitare il controllo in-house su un'entità se alla proprietà di tale entità partecipano anche una o più imprese private¹⁴. Ciò si applica anche se l'amministrazione aggiudicatrice è in grado di prendere autonomamente tutte le decisioni relative all'entità in questione, a prescindere dal capitale privato. La Corte ha argomentato che *"il rapporto tra un'autorità aggiudicatrice ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente"*¹⁵. Ciò è valido anche per i puri apporti di capitale da parte di una società privata nell'entità in-house (ad esempio l'acquisto di azioni, ma non la concessione di prestiti standard¹⁶), anche se ciò non implica alcun contributo operativo.

- Importanza di una possibile futura partecipazione di capitale privato.

Come regola generale, la determinazione dell'esistenza di una partecipazione provata al capitale della società che si aggiudica l'appalto in questione deve essere effettuata **al momento dell'aggiudicazione**^{17, 18}. Della futura apertura del capitale della società si tiene

¹⁴ *"Per contro, la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi."* (Causa C-26/03, Stadt Halle RPL Recyclingpark Lochau GmbH contro Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, punto 49).

¹⁵ Causa C-26/03, Stadt Halle, punto 50.

¹⁶ Il prestito non sarebbe considerato "standard" se, ad esempio, potesse essere convertito in azioni dell'entità in-house come forma di rimborso.

¹⁷ Causa C-26/03, Stadt Halle, punti 15 e 52; causa C-573/07, Sea, punto 47.

¹⁸ Eccezionalmente, circostanze particolari possono richiedere che siano presi in considerazione avvenimenti intervenuti successivamente alla data dell'aggiudicazione dell'appalto di cui si tratta. Ciò accade, in particolare, quando le azioni della società aggiudicataria, precedentemente detenute al 100% dall'amministrazione aggiudicatrice, vengono trasferite ad un'impresa privata poco dopo

conto soltanto in presenza di una prospettiva reale di tale apertura nel breve termine al momento dell'aggiudicazione dell'appalto¹⁹.

La mera possibilità astratta di una partecipazione privata al capitale di un'entità in-house non pregiudica di per sé la configurazione di un rapporto in-house tra l'amministrazione aggiudicatrice e la sua società²⁰.

Tuttavia, **nell'ipotesi in cui** un appalto fosse attribuito alla società senza indizione di una gara sulla base dell'eccezione in-house, la successiva acquisizione di azioni della società da parte di investitori privati durante il periodo di validità di tale appalto costituirebbe un **cambiamento di una condizione fondamentale** dell'appalto. In questo caso si renderebbe necessaria un'indizione di gara²¹.

- Partecipazione al 100% del settore pubblico al capitale dell'entità in-house

Di contro, pur non essendo un fattore di per sé decisivo, la proprietà esclusiva da parte di amministrazioni aggiudicatrici dovrebbe essere ritenuta un'indicazione dell'esistenza del controllo richiesto per l'eccezione in-house²².

Questa indicazione viene meno nei casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici stabiliscano una società lucrativa, pienamente indipendente. Ciò è dimostrato anche dalla causa *Parking Brixen*, nella quale l'entità era, al momento dell'aggiudicazione, detenuta da un'unica amministrazione aggiudicatrice ma godeva di un margine di autonomia²³ (cfr. prossimo capitolo), cosa che ha portato la Corte a negare il suo status di in-house.

3.2.2. *Primo criterio Teckal: Il controllo necessario sull'entità in-house (dipendenza organizzativa)*

L'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sull'entità in-house “un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi”²⁴. Il modo in cui il controllo viene esercitato non è rilevante. Ciò significa che il controllo può essere esercitato **attraverso enti di diritto privato o di diritto pubblico**. La valutazione del requisito del “controllo analogo” “*deve tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze*

l'aggiudicazione del contratto da parte della società in questione attraverso un artificio studiato per aggirare le norme UE (cfr. causa C-29/04, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica d'Austria, Racc. 2005, pag. I-9705, punti da 38 a 41).

¹⁹ Causa Sea, punto 50.

²⁰ Cfr. comunicazione sugli IPPP, nota 14. Questa posizione è stata intanto confermata dalla Corte nella causa C-371/05, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana, Racc. 2008, pag. I-00110, punto 29.

²¹ Causa Sea, punto 53.

²² Causa C-340/04, Carbotermo SpA e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGESP SpA, Racc. 2006, pag. I-04137, punto 37: “*Il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice detenga, da sola o insieme ad altri enti pubblici, l'intero capitale di una società aggiudicataria potrebbe indicare, pur non essendo decisivo, che l'amministrazione aggiudicatrice in questione esercita su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi*”.

²³ Causa C-458/03, Parking Brixen GmbH contro Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG, Racc. 2005, pag. I-08585, punto 70.

²⁴ Causa C-107/98, Teckal, punto 50.

*pertinenti. [...] Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti.*²⁵

A questo proposito, è necessario tenere conto dei seguenti elementi:

- L'entità in-house è sotto il controllo congiunto di diverse amministrazioni aggiudicatrici

La Corte ha stabilito nuovi elementi relativi al primo criterio *Teckal* nella sentenza *Coditel*. La Corte ha chiarito che, benché il controllo esercitato su un'entità in-house debba essere efficace, non è essenziale che venga esercitato individualmente. Ha pertanto confermato il principio secondo il quale il controllo **ai sensi del primo criterio *Teckal* può essere esercitato congiuntamente**.

La Corte ha giustificato l'estensione dell'interpretazione sostanzialmente sulla base del fatto che una lettura più rigorosa di questo criterio renderebbe l'esenzione *Teckal* inapplicabile nella maggior parte dei casi che implicano cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici. Nello stesso spirito, la Corte ha stabilito che la **procedura di cui si avvalgono le autorità di controllo nell'adottare decisioni collettive è irrilevante**. Ad esempio, l'uso del voto a maggioranza non implica la negazione di un controllo (congiunto) da parte di tutte le amministrazioni aggiudicatrici²⁶. Ne discende che *“se un'autorità pubblica diventa socia di minoranza di una società per azioni a capitale interamente pubblico al fine di attribuirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità pubbliche associate a detta società esercitano su quest'ultima può essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, qualora esso sia esercitato congiuntamente dalle stesse.*^{27, 28}

- Il controllo sull'entità in-house è sufficientemente ampio

Per soddisfare il primo criterio *Teckal* l'amministrazione aggiudicatrice deve mantenere un margine di controllo sufficiente, in modo da poter limitare la libertà di azione dell'entità in questione.

Nella sentenza *Coditel* il fatto che gli **organi decisionali** del concessionario fossero **composti** soltanto di rappresentanti delle amministrazioni aggiudicatrici partecipanti alla cooperazione è stato ritenuto una forte indicazione dell'esistenza di un controllo in-house.

²⁵ Causa C-458/03, *Parking Brixen*, punto 65; causa C-371/05, punto 24.

²⁶ Causa C-324/07, *Coditel*, punto 51.

²⁷ Causa C-573/07, *Sea*, punto 63.

²⁸ Nella causa C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) contro Comune di Cingia de' Botti*, Racc. 2005, pag. I-07287, la Corte ha ritenuto che una partecipazione minoritaria dello 0,97% fosse talmente esigua da precludere ad un Comune di esercitare il controllo in-house sul concessionario. In successive conclusioni, tuttavia, la Corte ha accettato la possibilità del controllo congiunto sull'entità in-house da parte di diverse amministrazioni aggiudicatrici (che individualmente potrebbero avere soltanto una partecipazione minoritaria).

La **forma societaria** dell'entità in-house in quanto tale non è decisiva, ma può costituire un'indicazione. Nella causa *Coditel*, ad esempio, la Corte ha sottolineato che l'entità in-house non è costituita in forma di società per azioni o di società anonima “*tale da poter perseguire obiettivi indipendentemente dai suoi azionisti, ma in forma di una società cooperativa intercomunale*”. Secondo la legislazione nazionale in materia, quest'ultima non può avere carattere commerciale²⁹.

Nella causa *Carbotermo*³⁰, la Corte ha ritenuto che il controllo esercitato da un'amministrazione aggiudicatrice su un'altra entità, che non va oltre la **libertà conferita dalla legge societaria** alla maggioranza degli azionisti, potrebbe non essere sufficiente per costituire un controllo ai sensi del primo criterio *Teckal*. In tal caso, i poteri dell'amministrazione aggiudicatrice di influenzare le decisioni dell'entità in questione risultano fortemente limitati³¹. Analogamente, se l'amministrazione aggiudicatrice influenza le decisioni dell'entità soltanto attraverso una **società holding**, ciò potrebbe indebolire qualsiasi possibile controllo esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice. Il primo criterio *Teckal*, pertanto, potrebbe non essere rispettato³².

Nella causa *Sea*³³, l'entità in-house era una società per azioni. Benché questa forma societaria non escluda la possibilità di un controllo in-house, la Corte ha esaminato nei dettagli i poteri specifici di cui godono le amministrazioni aggiudicatrici, in particolare quelli che consentirebbero loro di controllare gli organi di gestione dell'entità in-house e che vanno al di là delle norme abitualmente applicabili a siffatto controllo in una società per azioni.

- Potenziale autonomia/vocazione commerciale dell'entità in-house

Nelle cause *Coditel* e *Sea*, la Corte ha ritenuto che se l'entità controllata assumesse una vocazione commerciale e godesse un grado di autonomia che renderebbero precario il controllo esercitato dalle autorità pubbliche che le sono associate, il primo criterio *Teckal* non sarebbe più rispettato. A questo proposito, ad esempio, occorre esaminare la **portata geografica e materiale** delle attività dell'entità controllata e la **possibilità per quest'ultima d'instaurare relazioni con imprese private**³⁴. L'assenza di vocazione commerciale da parte dell'entità controllata potrebbe essere desunta nei casi in cui la **portata geografica** delle attività dell'entità controllata è limitata al territorio delle amministrazioni aggiudicatrici che la detengono e la **gamma delle sue attività** (in altre parole il suo scopo statutario)³⁵ è limitata all'esecuzione di compiti per quelle amministrazioni aggiudicatrici. Questa verifica ha portato a concludere che il controllo in-house fosse presente nelle cause *Coditel* e *Sea*, e non nella causa *Parking Brixen*.

²⁹ Causa *Coditel*, punto 37.

³⁰ Cfr. nota 22.

³¹ Causa *Carbotermo*, punto 38; causa *Parking Brixen*, punto 70.

³² Causa *Carbotermo*, punti 38 e 39.

³³ Cfr. nota 27.

³⁴ Causa C-324/07, *Coditel*, punto 36; causa C-573/07, *Sea*, punto 73.

³⁵ Causa *Coditel*, punto 38; causa *Sea*, punti da 74 a 76.

L'entità controllata può stabilire **rapporti con imprese del settore privato** a condizione che ciò rimanga accessorio alla sua attività principale, ossia la gestione di servizi pubblici³⁶. Un divieto totale dei rapporti con imprese del settore privato renderebbe inutile il secondo criterio *Teckal*.

Esempio: Se l'attività principale dell'entità in-house è la raccolta di rifiuti per le amministrazioni aggiudicatrici controllanti e lo smistamento selettivo dei rifiuti, ciò può richiedere, come attività accessoria, la rivendita ad enti privati specializzati di talune categorie specifiche di rifiuti recuperati per effettuare il riciclaggio³⁷.

3.2.3. *Secondo criterio Teckal: la parte essenziale delle attività dell'entità in-house deve limitarsi ai compiti assegnati dalla/dalle entità che la controllano (dipendenza economica)*

Per beneficiare dell'esenzione in-house, l'entità controllata deve svolgere la **parte più importante della sua attività** con l'amministrazione aggiudicatrice/le amministrazioni aggiudicatrici che la controlla/controllano. Questo criterio mira a garantire che il diritto UE in materia di appalti pubblici resti applicabile nel caso in cui un'entità controllata da una o più amministrazioni aggiudicatrici sia attiva sul mercato e possa pertanto essere in concorrenza con altre imprese³⁸.

Nella causa *Carbotermo*, la Corte ha ritenuto che la soglia del fatturato dell'80% prevista dalla direttiva sui servizi di pubblica utilità, al di sopra della quale i contratti aggiudicati alle imprese collegate possono restare esclusi dall'ambito di applicazione di quella direttiva, non può essere usata come riferimento ai fini della direttiva sui servizi pubblici³⁹.

Nella stessa sentenza, tuttavia, la Corte fornisce chiarimenti essenziali circa l'espressione "parte più importante della sua attività"⁴⁰. Secondo la Corte, questo criterio è soddisfatto soltanto se le attività dell'entità in-house sono destinate **principalmente** all'amministrazione aggiudicatrice. Ogni altra attività dovrebbe avere solo un **carattere marginale**.

Per effettuare questa valutazione sono rilevanti **tutte quelle attività che l'entità in-house svolge come parte di un appalto aggiudicato dall'amministrazione aggiudicatrice. Questa considerazione è pertinente** a prescindere dall'identità del beneficiario (l'amministrazione aggiudicatrice stessa o l'utente dei servizi), dall'entità che paga l'aggiudicatario (l'amministrazione controllante o l'utente dei servizi) o dal territorio nel quale tali servizi sono forniti.

³⁶ Causa C-573/07, *Sea*, punti 79-80.

³⁷ Causa C-573/07, *Sea*, punto 78.

³⁸ Causa *Carbotermo*, punto 60.

³⁹ Causa *Carbotermo*, punto 55. (Questa sentenza faceva riferimento alla "vecchia" direttiva sui servizi di pubblica utilità (93/38). L'articolo 23 della "nuova" direttiva sui servizi di pubblica utilità (2004/17/CE) prevede tuttavia, analogamente, una soglia del fatturato dell'80%, al di sopra della quale i contratti assegnati alle cosiddette imprese collegate possono restare esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva stessa.

⁴⁰ Causa *Carbotermo*, punti da 63 a 68.

Se l'entità in-house è controllata congiuntamente da diverse amministrazioni aggiudicatrici, la condizione relativa alla "parte più importante della sua attività" può essere soddisfatta se l'entità in-house svolge tali attività non necessariamente con questa o quella amministrazione, ma con tali amministrazioni complessivamente considerate. Di conseguenza, **l'attività da prendere in considerazione nel caso di un'entità in-house detenuta da varie amministrazioni aggiudicatrici è quella realizzata da detta entità con tutte queste autorità**⁴¹.

3.2.4. Altre questioni aperte circa le entità in-house

Le seguenti questioni non sono ancora state affrontate direttamente nella giurisprudenza della Corte, ma potrebbero verificarsi nella pratica.

- È possibile che nell'entità controllante sia presente capitale privato?

La questione della possibile partecipazione di capitale privato nell'entità controllante può emergere nel caso di organismi di diritto pubblico. Non si può escludere che questi possano continuare a trovarsi in posizione da esercitare un controllo in-house su un'altra entità.

- È possibile un'aggiudicazione di appalti "bottom-up" (l'entità controllata aggiudica un appalto all'entità madre)?

Nel caso di aggiudicazione di appalti "bottom-up" si può osservare che la logica del concetto di in-house, ossia l'assenza di due entità con volontà autonome, resterebbe valida.

- Sono possibili appalti tra entità in-house "sorelle" (appalti tra due entità in-house controllate dalla stessa entità madre)?

In caso di appalti tra entità in-house sorelle, nessuna delle due entità controlla l'altra, ma entrambe sono controllate dalla stessa entità madre. La giurisprudenza sul concetto di in-house non sembra escludere i normali appalti pubblici tra queste entità (le entità in-house "sorelle") dall'ambito di applicazione delle norme in materia di appalti, dato che nessuna delle due controlla l'altra. È tuttavia possibile rispettare formalmente la giurisprudenza sul concetto di in-house se, ad esempio, un'amministrazione aggiudicatrice che detiene e controlla due entità in-house ordina determinate merci da una delle sue società in-house e le consegna all'altra.

⁴¹ Causa Carbotermo, punti 70-71.

3.3. Cooperazione non istituzionalizzata/orizzontale per garantire congiuntamente l'esecuzione di compiti di interesse pubblico⁴²

3.3.1. Caratteristiche sostanziali di una cooperazione orizzontale tra amministrazioni aggiudicatrici che restano escluse dalle norme UE in materia di appalti pubblici

Nella sentenza *Amburgo*⁴³, la Corte ha accettato che l'utilizzo di entità in-house a controllo congiunto non è l'unico modo per realizzare una cooperazione pubblico-pubblico. La Corte ha sottolineato che la legislazione UE non impone alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare congiuntamente le loro funzioni di servizio pubblico⁴⁴. Ai fini del presente documento, questo tipo di cooperazione viene ritenuta "non istituzionalizzata" o "orizzontale" e coinvolge diverse amministrazioni aggiudicatrici.

Finora questa è l'unica sentenza della Corte sulla cooperazione pubblico-pubblico che non fa riferimento ad entità in-house a controllo congiunto. Per arrivare alla sua conclusione la Corte sembra essersi basata su numerose circostanze specifiche, pertinenti a questo caso particolare.

Ciononostante, considerando gli aspetti della sentenza che potrebbero essere di pertinenza generale, sembra ragionevole concluderne che le amministrazioni aggiudicatrici possono stabilire una cooperazione orizzontale tra loro (senza creare un'entità in-house a controllo congiunto) che implica la conclusione di accordi non coperti dalle norme UE in materia di appalti pubblici se almeno le seguenti condizioni sono soddisfatte:

- la cooperazione coinvolge soltanto amministrazioni aggiudicatrici, senza partecipazione di capitale privato⁴⁵;
- la cooperazione ha carattere di una cooperazione reale, intesa all'esecuzione congiunta di un compito comune, contrariamente ad un normale appalto pubblico; e
- la cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico.

⁴² La Corte non ha dato una definizione specifica di questo termine quando vi ha fatto riferimento nelle sentenze. Esso può pertanto riferirsi a compiti i) effettivamente svolti dall'amministrazione aggiudicatrice, ii) che possono essere legittimamente svolti dall'amministrazione aggiudicatrice, o iii) che l'amministrazione aggiudicatrice ha l'obbligo giuridico di svolgere. I servizi della Commissione ritengono possibile interpretare questo concetto in senso ampio.

⁴³ Cfr. nota 6.

⁴⁴ Idem, punto 47.

⁴⁵ Benché nella sentenza *Amburgo* la Corte faccia riferimento ad "autorità pubbliche", secondo i servizi della Commissione questa cooperazione orizzontale potrebbe essere aperta a tutte le categorie di amministrazioni aggiudicatrici, ossia anche agli organismi di diritto pubblico. D'altra parte, la conseguenza logica del criterio secondo cui in questa cooperazione orizzontale non dovrebbe essere coinvolto alcun capitale privato è che essa non è accessibile agli organismi di diritto pubblico nei quali è presente capitale privato.

3.3.2. *Distinguere una vera “cooperazione” da un normale appalto pubblico*

Sulla base della sentenza *Amburgo*, la cooperazione mira a **garantire congiuntamente l'esecuzione di compiti di interesse pubblico che tutte le parti della cooperazione sono chiamate a svolgere**. Tale esercizio congiunto è caratterizzato dalla partecipazione e dagli obblighi reciproci delle parti contrattuali, cosa che porta ad effetti sinergici. Ciò non implica necessariamente che ciascuna delle parti cooperanti partecipi nella stessa misura all'effettiva esecuzione del compito: la cooperazione può infatti essere basata su una divisione dei compiti o su una certa specializzazione. Ciononostante, il contratto deve indirizzarsi verso un **obiettivo comune**, ossia l'esecuzione congiunta dello stesso compito.

Esempio: se le parti cooperanti perseguono come obiettivo comune il trattamento dei rifiuti, potrebbero suddividersi i compiti, in modo che una assicuri la raccolta e l'altra l'incenerimento.

Una lettura generale della giurisprudenza suggerisce inoltre che il carattere dell'accordo deve essere quello di una cooperazione reale, contrariamente a un normale appalto pubblico, dove una delle parti esegue un determinato compito dietro compenso⁴⁶. Se un'amministrazione aggiudicatrice assegna unilateralmente un compito ad un'altra, ciò non può essere considerato una cooperazione.

Esempio: la fornitura di elettricità agli edifici amministrativi di una città da parte di un'impresa di servizi pubblici di un'altra città senza ricorrere ad una procedura di appalto.

La cooperazione è retta da considerazioni relative al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Essa può pertanto comportare diritti e obblighi reciproci, ma non **trasferimenti finanziari** tra le parti cooperanti pubbliche, ad esclusione di quelli corrispondenti al rimborso dei costi **effettivi** dei lavori/servizi/forniture: la fornitura di servizi dietro remunerazione è una caratteristica degli appalti pubblici soggetti alle norme UE in materia.

3.3.3. *Possibili restrizioni sulle attività di mercato*

La Corte ha dichiarato che la cooperazione dovrebbe essere retta unicamente da considerazioni di interesse pubblico. Essa, pertanto, non sarebbe esente se fosse guidata - ossia determinata in via principale - da altre considerazioni, in particolare di tipo commerciale.

⁴⁶ Cfr. causa C-275/08, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania, Racc. 2009, pag. I-00168.

Le parti cooperanti, pertanto, non dovrebbero, in linea di principio, svolgere attività di mercato nel quadro della cooperazione. In altre parole, il servizio che costituisce l'oggetto della cooperazione non dovrebbe essere offerto sul mercato⁴⁷.

Esempio: se nel caso *Amburgo* le parti cooperanti avessero costruito un impianto di incenerimento dei rifiuti di una capacità superiore al necessario, con lo scopo di vendere la capacità in eccesso sul mercato, la loro cooperazione non sarebbe stata retta soltanto da considerazioni e requisiti di interesse pubblico.

3.4. Sintesi

Alla luce di quanto sopra, si può affermare che i normali appalti pubblici tra amministrazioni aggiudicatrici continuano ad essere soggetti all'obbligo di indire gare di appalto (ad esempio l'acquisto di alcuni servizi da un'altra amministrazione aggiudicatrice). Le amministrazioni aggiudicatrici, tuttavia, possono stabilire strutture per cooperare tra di loro, a prescindere dal fatto che siano istituzionalizzate o meno⁴⁸.

I servizi della Commissione ritengono che le due forme di cooperazione pubblico-pubblico (ossia verticale e orizzontale) siano due modalità alle quali le amministrazioni aggiudicatrici hanno pari accesso per organizzare l'esecuzione dei compiti di interesse pubblico che non rientrano nell'ambito di applicazione della legislazione UE in materia di appalti pubblici. La Corte ha confermato chiaramente che la legislazione UE non impone alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare congiuntamente le loro funzioni di servizio pubblico. Benché i tipi di cooperazione pubblico-pubblico esistenti al di fuori della legislazione UE in materia di appalti pubblici siano strutturalmente diversi, essi condividono varie caratteristiche.

⁴⁷ Nei casi in cui, per ragioni pratiche, l'esclusione totale sarebbe contraria all'interesse pubblico generale che regge la cooperazione (ad esempio l'uso economicamente ragionevole delle risorse), un'attività strettamente accessoria e marginale con gli enti che non partecipano alla cooperazione (ad esempio l'uso ragionevole di una possibile capacità in eccesso) potrebbe risultare accettabile.

⁴⁸ Si è argomentato che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona pone questa specifica sentenza della Corte in una luce diversa. È vero che con il Trattato di Lisbona l'intero sistema giuridico dell'UE ha subito grossi cambiamenti, dei quali si dovrebbe tenere conto anche nell'interpretazione del diritto derivato dell'UE. Una delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona è il riconoscimento delle autonomie locali e regionali (articolo 4, paragrafo 2 del TUE). Inoltre, l'articolo 1 del protocollo (n. 26) sui servizi di interesse generale riconosce il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti. Queste disposizioni confermano il diritto delle amministrazioni di decidere come svolgere i servizi che esse sono obbligate a fornire al pubblico. D'altra parte, benché l'esistenza di questo diritto non sia stata in discussione neanche nel passato, è chiaro che esso deve essere esercitato in linea con altre disposizioni della legislazione UE. Pertanto, certe scelte operate dalle amministrazioni aggiudicatrici possono comportare la necessità di conformarsi alla legislazione UE in materia di appalti pubblici. La legislazione UE non obbliga le amministrazioni aggiudicatrici ad esternalizzare, ma assicura che se le amministrazioni aggiudicatrici decidono di coinvolgere un'entità separata – pubblica o privata – su base commerciale, ciò venga fatto in maniera trasparente e non discriminatoria.

- Uso di risorse proprie in cooperazione con altri

Un'amministrazione aggiudicatrice può svolgere compiti di interesse pubblico con le proprie risorse senza fare ricorso ad entità esterne ai propri servizi, e può farlo in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici⁴⁹, stabilendo una cooperazione istituzionalizzata attraverso un'entità in-house a controllo congiunto o senza stabilire tale forma istituzionalizzata.

- Partecipazione esclusiva delle amministrazioni aggiudicatrici, senza la partecipazione di capitale privato

In secondo luogo, sembra evidente, sulla base della giurisprudenza della Corte⁵⁰, che, per essere esclusa dall'ambito di applicazione delle norme UE in materia di appalti pubblici, qualsiasi forma di cooperazione pubblico-pubblico dovrà rimanere puramente pubblica. Pertanto, in caso di partecipazione di capitale privato ad una delle entità cooperanti, la cooperazione non potrà essere esentata dall'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici⁵¹.

- Assenza di vocazione commerciale

Se le entità cooperanti hanno vocazione commerciale, esse sono in concorrenza diretta con gli operatori privati, con obiettivi e strumenti commerciali identici o analoghi. La cooperazione esente dalle norme in materia di appalti pubblici e intesa ad adempiere a compiti di interesse pubblico dovrebbe riguardare esclusivamente entità la cui attività principale non ha fini commerciali.

Ciò discende essenzialmente dal fatto che tali parti devono essere amministrazioni aggiudicatrici. Lo status di enti pubblici comporta restrizioni sulle loro attività, mentre gli organismi di diritto pubblico devono essere "istituiti per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale".

In una cooperazione verticale, inoltre, l'entità in-house deve svolgere la parte essenziale della sua attività per le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano. Qualsiasi eventuale attività svolta sul mercato deve rimanere accessoria rispetto alle attività principali, perché una possibile vocazione al mercato renderebbe precario il controllo congiunto necessario in una cooperazione verticale.

Per quanto riguarda la cooperazione orizzontale, la Corte ha dichiarato che laddove tale cooperazione tra enti pubblici è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, essa non rimette in questione l'obiettivo principale delle norme UE in materia di appalti pubblici, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati

⁴⁹ Causa Coditel, punti 48 e 49; causa Amburgo, punto 45.

⁵⁰ Causa C-26/03, Stadt Halle.

⁵¹ Causa Stadt Halle; causa Amburgo, punti 44 e 47.

membri⁵². È questo il caso se la cooperazione non implica considerazioni di carattere commerciale.

- Tipo di rapporto esistente tra le parti cooperanti

Nella sentenza *Amburgo* la Corte ha sottolineato che la legislazione UE non obbliga le amministrazioni aggiudicatrici ad avvalersi di una particolare forma giuridica per svolgere congiuntamente i loro compiti di servizio pubblico. Pur in assenza di tale obbligo, guardando alle due forme di cooperazione pubblico-pubblico, ossia verticale e orizzontale, è opportuno osservare che il tipo di rapporto che sussiste tra le entità cooperanti è diverso, e deve essere esaminato.

Nell'ambito di una cooperazione istituzionalizzata, è la presenza di un controllo in-house (congiunto) che potrebbe portare a escludere dall'ambito di applicazione del regime degli appalti pubblici anche un accordo che normalmente vi sarebbe assoggettato. In altre parole, l'eccezione in-house si riferisce ad un appalto pubblico per adempimento di una funzione a titolo oneroso soggetto ad altre disposizioni.

Per distinguere la cooperazione non istituzionalizzata da un normale appalto pubblico, invece, sembra importante che la prima abbia il carattere di una cooperazione che comporti diritti e obblighi reciproci che vadano al di là dell'“adempimento di una funzione a titolo oneroso” e che l'obiettivo della cooperazione non sia di natura commerciale.

⁵² Causa *Amburgo*, punto 47.

Tabella riassuntiva

I. Appalti pubblici tra amministrazioni aggiudicatrici indipendenti → applicazione delle norme in materia di appalti pubblici

II. Compiti di interesse pubblico svolti congiuntamente da amministrazioni aggiudicatrici che utilizzano risorse proprie

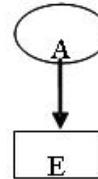
a) Controllo in-house (un'amministrazione aggiudicatrice assegna un appalto alla propria entità in-house)

Tre condizioni comuni:

- la partecipazione di capitale privato è esclusa
- l'amministrazione aggiudicatrice (o le amministrazioni aggiudicatrici congiuntamente) esercitano sull'entità in-house un controllo analogo a quello che un'amministrazione aggiudicatrice eserciterebbe sui propri servizi
- l'entità in-house svolge la parte essenziale delle sue attività per l'amministrazione aggiudicatrice che la controlla/le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano

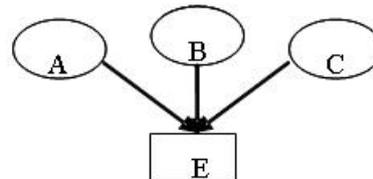
L'entità in-house è controllata da un'unica amministrazione aggiudicatrice, dalla quale dipende

A è un'amministrazione aggiudicatrice mentre E è un'entità giuridica separata che dipende da A sotto il profilo sia organizzativo che economico



L'entità in-house è controllata congiuntamente da diverse amministrazioni aggiudicatrici

A, B e C sono amministrazioni aggiudicatrici mentre E è un'entità giuridica separata che dipende da tutte e tre le amministrazioni aggiudicatrici sotto il profilo sia organizzativo che economico



b) Cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici senza la presenza di una struttura specifica

Tre condizioni:

- la cooperazione coinvolge soltanto amministrazioni aggiudicatrici, senza partecipazione di capitale privato
- la cooperazione ha carattere di una cooperazione reale, intesa all'esecuzione congiunta di un compito comune, contrariamente ad un normale appalto pubblico
- la cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico.

4. COMPITI DI INTERESSE PUBBLICO SVOLTI CON RISORSE ESTERNE – ALTRI RAPPORTI PUBBLICO-PUBBLICO

Questo capitolo analizza situazioni nelle quali i compiti di interesse pubblico assegnati ad un'amministrazione aggiudicatrice vengono poi svolti con risorse esterne all'amministrazione aggiudicatrice stessa. Ciò può accadere quando la **competenza** di un determinato compito di interesse pubblico viene trasferita in quanto tale ad un'altra amministrazione pubblica. Anche l'**esecuzione** di un determinato compito può essere affidata ad un'altra entità. Questo può essere fatto i) senza stabilire vincoli contrattuali, ii) ricorrendo ad un'altra amministrazione aggiudicatrice che gode di un diritto esclusivo, oppure iii) attraverso appalti comuni con un'altra amministrazione aggiudicatrice o tramite centrali di committenza.

4.1. Ridistribuzione delle competenze tra enti pubblici

La competenza giuridica per svolgere un compito di interesse pubblico può essere interpretata come l'obbligo e il diritto esclusivi di svolgere questo compito con mezzi propri amministrativi, tecnici e di altro tipo oppure ricorrendo ad entità esterne. Il concetto di competenza per un determinato compito di interesse pubblico comprende i pubblici poteri necessari per stabilire il quadro normativo che disciplina lo svolgimento del compito al livello dell'ente interessato.

L'organizzazione dell'amministrazione nazionale in quanto tale non rientra nelle competenze dell'UE. Compete quindi a ciascuno Stato membro (ri)organizzare la propria amministrazione e – nel quadro di tale riorganizzazione – predisporre il trasferimento di competenze per determinati compiti di interesse pubblico da un ente pubblico all'altro (per sua natura, il processo qui descritto non coinvolge entità a capitale privato o misto).

L'obiettivo delle norme in materia di appalti pubblici è quello di disciplinare situazioni nelle quali un'amministrazione aggiudicatrice contrae beni, servizi o lavori, ossia acquista il prodotto di determinate attività economiche per soddisfare i propri bisogni o quelli dei cittadini. Un'amministrazione aggiudicatrice che cede tutte le proprie competenze su un determinato compito di interesse pubblico non acquista alcun servizio per i propri fini, ma cede la responsabilità di un determinato compito ad un'altra entità.

Il trasferimento di competenze per un determinato compito di interesse pubblico da un'amministrazione aggiudicatrice ad un'altra non è retto dalle norme in materia di appalti pubblici, che si basano, in parte, sull'articolo 56 del TFUE (ex articolo 49 del TCE), ossia sulla libera prestazione dei servizi.

Trasferire le competenze per un determinato compito di interesse pubblico da un organismo pubblico ad un altro implica trasferire sia i pubblici poteri che le attività economiche associate. Nel settore della gestione dei rifiuti, ad esempio, trasferire tutte le competenze significa trasferire il diritto di stabilire tariffe, determinare regole per raccogliere, smistare, immagazzinare e trattare i rifiuti, nonché il diritto di gestire e poi svolgere il compito sulla base di queste regole. Tutti questi diritti costituiscono i pubblici poteri. Tra questi diritti figura quello di determinare da chi devono essere svolte le attività economiche concrete necessarie per eseguire il compito di interesse pubblico in questione (ad esempio la raccolta, il trasporto, l'immagazzinamento, l'eliminazione e il

riciclaggio di rifiuti), ossia dall'organismo pubblico stesso o da un terzo da esso incaricato.

Benché negli Stati membri si verificano situazioni di cessione di competenze, né la legislazione UE né la giurisprudenza della Corte lo riconoscono esplicitamente.

La Corte, in una causa⁵³, ha fatto riferimento al trasferimento di pubblici poteri quando uno Stato membro ha invocato il trasferimento di competenze da un organismo pubblico a un terzo. In base a questa giurisprudenza, il trasferimento di competenze **non** sussiste se:

- l'ente pubblico originariamente competente resta il responsabile primario di un progetto, perché ha l'obbligo giuridico di non recedere dal proprio compito;
- il nuovo ente può adottare legalmente le misure necessarie soltanto dopo che l'ente pubblico originariamente competente ha dato la sua approvazione, e
- il nuovo ente è finanziato dall'ente pubblico originariamente competente a svolgere il suo ruolo, con il risultato che esso non dispone di margine di manovra.

Su questa base, la caratteristica distintiva del trasferimento di competenze da un organismo pubblico ad un altro nel quadro della riorganizzazione dell'amministrazione pubblica è la completezza del trasferimento. L'organismo che trasferisce le competenze non conserva alcuna responsabilità. Il beneficiario del trasferimento deve esercitare le competenze indipendentemente e sotto la propria responsabilità.

In particolare, l'organismo che trasferisce le competenze non mantiene il diritto di determinare l'esecuzione di attività economiche svolte nel quadro del relativo compito di interesse pubblico. Tali compiti economici vengono svolti sotto l'autorità del beneficiario del trasferimento.

Ciò, tuttavia, non esclude che l'organismo che trasferisce le competenze possa avere qualche influenza sull'organizzazione concreta dello svolgimento dei compiti di interesse pubblico in questione. I funzionari dell'organismo pubblico che trasferisce le competenze, infatti, potrebbero essere membri degli organi esecutivi o di direzione dell'organismo al quale è stata trasferita la competenza per il compito di interesse pubblico in questione. L'organismo che trasferisce le competenze può anche conservare il diritto di ricevere determinate informazioni.

Su questa base, si può concludere che se, per esempio, diversi enti pubblici decidessero di creare una nuova entità alla quale trasferire interamente una particolare competenza, o se un ente pubblico decidesse di trasferire la sue competenze ad un'entità già esistente, il compito di interesse pubblico venisse poi svolto dal cessionario in piena indipendenza e sotto la propria responsabilità, e le autorità pubbliche che trasferiscono le competenze

⁵³ Causa C-264/03, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica francese, Racc. 2005, pag. I-08831, punto 54. Cfr. anche il parere dell'avvocato generale Maduro del 24 novembre 2004, punti da 39 a 41.

non mantenessero alcun controllo sul servizio, allora la legislazione UE in materia di appalti pubblici non sarebbe applicabile.

4.2. Assegnazione non contrattuale di compiti

Le direttive UE sugli appalti pubblici presuppongono l'esistenza di un contratto, che necessita di almeno due entità giuridicamente distinte indipendenti l'una dall'altra sul piano decisionale⁵⁴. Un contratto è essenzialmente un incontro di volontà, cosa che implica che le parti contraenti possano decidere se intendono iniziare o cessare il vincolo contrattuale⁵⁵. Altri elementi che indicano l'esistenza di un contratto sono la capacità delle parti di negoziare gli effettivi contenuti dei servizi da rendere e le tariffe di tali servizi⁵⁶. Un contratto implica un rapporto sinallagmatico. In assenza di contratto, le direttive UE sugli appalti pubblici non si applicano. La giurisprudenza della Corte conclude che se un'entità svolge un'attività sulla base degli obblighi che le derivano dalla legislazione nazionale piuttosto che su base contrattuale, tale attività non rientra nell'ambito di applicazione delle direttive UE in materia di appalti pubblici.

Più specificamente, nella causa *Tragsa*⁵⁷ la Corte ha concluso che, sulla base della legislazione nazionale in materia, la Tragsa, in qualità di impresa pubblica, è tenuta ad accettare l'assegnazione del compito o la tariffa stabilita per i suoi servizi, ma è obbligata per legge a realizzare gli incarichi affidatili dall'amministrazione aggiudicatrice, essendo uno strumento esecutivo interno e un servizio tecnico di tale amministrazione. La Corte ha ritenuto che i rapporti della Tragsa con gli enti pubblici che si avvalgono dei suoi servizi non hanno natura contrattuale, bensì, sotto tutti gli aspetti, carattere interno, dipendente e subordinato⁵⁸. A questo rapporto, pertanto, le direttive UE sugli appalti pubblici non si applicano.

Si osservi tuttavia che l'applicazione del TFUE non dipende dall'esistenza di un contratto. Il trattato si applica nel caso in cui “*un'autorità pubblica affidi la prestazione di attività economiche ad un terzo*”⁵⁹. Per contrasto, la Corte riconosce anche l'eccezione in-house nel quadro del Trattato.

4.3. Rapporto tra norme in materia di appalti pubblici e determinati diritti esclusivi

Se un'amministrazione aggiudicatrice gode di un diritto esclusivo in virtù dell'articolo 18 della direttiva 2004/18/CE, altre amministrazioni aggiudicatrici non possono fare altro che aggiudicare i rispettivi appalti sui servizi a questa entità. La ragione principale alla base dell'introduzione di questa disposizione era quella di evitare procedure di

⁵⁴ Causa Teckal, punto 51.

⁵⁵ Causa C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contro Transformación Agraria SA (Tragsa) e Administración del Estado, Racc. 2007, pag. I-02999, punto 54; causa C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia contro Administración General del Estado, Racc. 2007, pag. I-12175, punto 55.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Causa C-295/05, Tragsa.

⁵⁸ Causa C-295/05, Tragsa, punto 51.

⁵⁹ Causa Parking Brixen, punto 61.

aggiudicazione nei casi in cui - data l'esistenza di un diritto esclusivo - era soltanto un'entità che poteva vedersi aggiudicato l'appalto in questione.

Nel quadro del dibattito generale, il termine "diritti esclusivi" potrebbe riferirsi a situazioni molto diverse, che vanno dal riservare un intero settore economico agli enti pubblici fino all'assegnazione esclusiva di un compito specifico ad un'impresa specifica. Non tutti i diritti esclusivi, tuttavia, giustificano l'esenzione dell'assegnazione di un appalto di servizi pubblici mediante aggiudicazione. L'articolo 18 dispone che del diritto esclusivo si beneficia in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato. Inoltre, **l'articolo 18 riguarda esclusivamente diritti, di cui beneficiano particolari organismi del settore pubblico, di fornire determinati servizi, su base esclusiva, al settore pubblico.** Limitare questa eccezione agli appalti aggiudicati ad entità che sono esse stesse amministrazioni aggiudicatrici garantisce un'aggiudicazione competitiva sui mercati a valle, dato che l'amministrazione aggiudicatrice che gode del diritto esclusivo deve seguire, per i propri acquisti, le direttive UE in materia di appalti pubblici.

- Compatibilità con il trattato

Le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate devono essere compatibili con le pertinenti norme del trattato, in particolare con l'articolo 49 (ex articolo 43 TCE) e con l'articolo 56 (ex articolo 49 TCE) del TFUE e con le norme ed i principi che derivano da questi articoli. Tali norme e principi includono la non discriminazione, la trasparenza, la proporzionalità, il mutuo riconoscimento e la tutela dei diritti individuali.

Un diritto esclusivo, che per definizione limita la libertà di altre entità di fornire servizi, è giustificato soltanto se sussistono determinate condizioni⁶⁰.

Pertanto, il diritto esclusivo deve essere giustificato o da una deroga espressamente prevista dal trattato (esercizio dei pubblici poteri (articolo 51 TFUE, ex articolo 45 TCE), motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica (articolo 52 TFUE, ex articolo 46 TCE)) o, in base alla giurisprudenza della Corte, da motivi imperativi di interesse generale, che siano idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito, non vadano oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo e, in ogni caso, siano applicati in modo non discriminatorio^{61 62}.

⁶⁰ Causa 203/08, Sporting Exchange Ltd, operante con la denominazione Betfair, contro Minister van Justitie, Racc. 2010, non ancora pubblicata, punti da 23 a 25; causa C-124/97, Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd e Oy Transatlantic Software Ltd contro Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) e Suomen valtio (Stato finlandese), Racc. 1999, pag. I-06067, punti da 29 a 31; causa C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International Ltd, già Baw International Ltd, contro Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, Racc. 2009, pag. I-07633, punti da 52 a 55.

⁶¹ Causa C-243/01, Piergiorgio Gambelli e altri, Racc. 2003, pag. I-13031, punto 65; causa C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda e altri contro Commissariaat voor de Media, Racc. 1991, pag. I-04007.

⁶² Inoltre, le decisioni di assegnare diritti esclusivi alle imprese possono equivalere ad una violazione del trattato se le esigenze di servizio pubblico che il fornitore di servizi deve rispettare non sono adeguatamente specificate (causa C-66/86, Silver Line Reisebüro, Racc. 1989, pag. I-803), se il fornitore di servizi è manifestamente incapace di far fronte alle richieste (causa C-41/90, Höfner,

- Il requisito della non discriminazione richiede che il diritto esclusivo sia concesso in condizioni di concorrenza?

Come osservato, l'articolo 18 riguarda diritti, di cui beneficiano particolari organismi del settore pubblico, di fornire determinati servizi, su base esclusiva, al settore pubblico. Se la restrizione della libertà di prestazione di servizi è giustificata da un motivo imperativo di interesse generale, una delle condizioni da soddisfare è che la misura in questione sia non discriminatoria. Ciò significa che, in generale, nessuna entità privata dovrebbe trovarsi in una posizione più vantaggiosa rispetto a quella dei suoi concorrenti. Quindi, nel caso in cui un diritto esclusivo dovesse essere concesso ad un'amministrazione aggiudicatrice nella quale è presente capitale privato (cosa che può verificarsi nel caso di un organismo di diritto pubblico), è difficile immaginare come questo principio potrebbe essere rispettato senza una procedura trasparente in grado di assicurare parità di trattamento⁶³. D'altra parte, visti i precedenti, l'obiettivo dell'articolo 18 e la giurisprudenza recente su situazioni comparabili, ciò potrebbe non essere necessario se il beneficiario del diritto esclusivo è un organismo statale, come ad esempio un'amministrazione aggiudicatrice senza capitale privato⁶⁴.

4.4. Rapporto tra amministrazioni aggiudicatrici nel contesto di accordi di committenza congiunti o centrali

Gli appalti comuni possono assumere molte forme diverse, che vanno dall'organizzazione di una gara di appalto comune specifica al ricorso sistematico alla specializzazione (ad esempio un'amministrazione aggiudicatrice è responsabile di alcuni tipi di appalti che devono essere utilizzati da tutte le entità interessate, un'altra si occupa di un altro tipo di appalto ecc), fino alla creazione di una struttura specifica (organo) per gli appalti comuni. I rapporti tra i diversi partecipanti possono o meno essere soggetti alle norme UE in materia di appalti pubblici, a seconda del metodo scelto.

In caso di semplice cooperazione amministrativa per l'elaborazione di specifiche comuni che non necessitano di contratti a titolo oneroso tra le parti, ossia quando le amministrazioni aggiudicatrici si limitano ad organizzare una gara di appalto comune, esse applicano le norme in materia di appalti pubblici insieme, ma la loro cooperazione non è soggetta a queste regole. L'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18/CE definisce le "amministrazioni aggiudicatrici", tra l'altro, come associazioni costituite da uno o più enti pubblici, ossia da uno o più enti pubblici territoriali o organismi di diritto pubblico. Questa disposizione potrebbe essere interessante nel quadro della cooperazione pubblico-pubblico.

Negli Stati membri, inoltre, sono state messe a punto alcune tecniche di centralizzazione delle committenze. Le centrali di committenza sono amministrazioni aggiudicatrici

Racc. 1991, pag. I-1979) o se esiste un'alternativa per rispettare le esigenze di servizio pubblico meno dannosa per la concorrenza (causa T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij, Racc. 1999, pag. II-2329). La condizione in base alla quale la concessione del diritto esclusivo deve essere compatibile con il trattato non è poi soddisfatta se la disposizione attributiva del diritto esclusivo è incompatibile con il diritto derivato dell'UE (C-220/06, Correos, punti da 64 e 66).

⁶³

Cfr., per analogia, la causa C-203/08, Sporting Exchange Ltd, punti 47 e 50.

⁶⁴

Idem, punti 59-60.

incaricate di procedere ad acquisti o di aggiudicare appalti pubblici/stipulare accordi quadro destinati ad altre amministrazioni aggiudicatrici. L'articolo 11 della direttiva 2004/18/CE prevede esplicitamente che le amministrazioni aggiudicatrici possono acquistare lavori, forniture e/o servizi facendo ricorso ad una centrale di committenza. Le centrali di committenza possono agire da grossisti (procedono ad acquisti in modo che altre amministrazioni possano comprare *da loro*) oppure da intermediari (gestiscono le procedure di aggiudicazione e l'amministrazione di appalti in modo che altre amministrazioni possano acquistare *attraverso* di loro). In entrambi i casi, non è necessario organizzare una procedura di appalto per quanto riguarda il rapporto tra la centrale di committenza e le amministrazioni che vi fanno ricorso, a condizione che la centrale di committenza abbia essa stessa aggiudicato i suoi contratti in conformità con la pertinente direttiva UE in materia di appalti pubblici.

ALLEGATO I

Elenco delle cause

Causa C-480/06, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania, Racc. 2009, pag. I-04747.

Causa C-107/98, Teckal Srl contro Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, Racc. 1999, pag. I-08121.

Causa 84/03, Commissione delle Comunità europee contro Regno di Spagna, Racc. 2005, pag. I-00139.

Causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Recyclingpark Lochau GmbH contro Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Racc. 2005, pag. I-00001.

Causa C-324/07, Coditel Brabant SA contro Commune d'Uccle e Région de Bruxelles-Capitale, Racc. 2008, pag. I-08457.

Causa C-573/07, Sea SRL contro Comune di Ponte Nossa, Racc. 2009, pag. I-08127.

Causa C-29/04, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica d'Austria, Racc. 2005, pag. I-9705.

Causa C-340/04, Carbotermo SpA e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGESP SpA, Racc. 2006, pag. I-04137.

Causa C-458/03, Parking Brixen GmbH contro Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG, Racc. 2005, pag. I-08585.

Causa C-371/05, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana, Racc. 2008, pag. I-00110.

Causa C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) contro Comune di Cingia de' Botti, Racc. 2005, pag. I-07287.

Causa 275/08, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania, Racc. 2009, pag. I-00168.

Causa C-264/03, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica francese, Racc. 2005, pag. I-08831.

Causa C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contro Transformación Agraria SA (Tragsa) e Administración del Estado, Racc. 2007, pag. I-02999.

Causa 203/08, Sporting Exchange Ltd, operante con la denominazione Betfair, contro Minister van Justitie, Racc. 2010, non ancora pubblicata.

Causa C-124/97, Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd e Oy Transatlantic Software Ltd contro Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) e Suomen valtio (Stato finlandese), Racc. 1999, pag. I-06067.

Causa C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International Ltd, già Baw International Ltd, contro Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, Racc. 2009, pag. I-07633.

Causa C-243/01, Piergiorgio Gambelli e altri, Racc. 2003, pag. I-13031.

Causa C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda e altri contro Commissariaat voor de Media, Racc. 1991, pag. I-04007.

Causa C-66/86, Silver Line Reisebüro, Racc. 1989, pag. I-803.

Causa C-41/90, Höfner, Racc. 1991, pag. I-1979.

Causa T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij, Racc. 1999, pag. II-2329.

Causa C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia contro Administración General del Estado, Racc. 2007, pag. I-12175.