

LEADING CASES: IL CONTRIBUTO DELLA GIURISPRUDENZA

DIEGO AGUS

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. I vincoli all'esternalizzazione: scelte gestionali e perseguimento degli obiettivi pubblici. - 2.1. Profili soggettivi: l'organismo di diritto pubblico. - 2.2. (Segue) La partecipazione alle gare degli enti pubblici. - 2.3. I limiti oggettivi delle esternalizzazioni. - 3. Le procedure di gara. - 3.1. La titolarità della disciplina generale. - 3.2. Regole di ponderazione e criteri di aggiudicazione. - 3.3. L'inderogabilità delle condizioni contenute nelle procedure concorsuali. - 3.4. Appalto e concessione. - 3.5. La distinzione fra lavori e servizi. - 4. *L'in house*: il "confine esterno" delle esternalizzazioni. - 4.1. Il controllo analogo e l'attività prevalente. - 5. Il partenariato pubblico-privato. - 6. Profili giurisdizionali. - 6.1. La scelta dell'appaltatore e il momento attuativo. - 6.2. Il rapporto di servizio.

1. Premessa

Il presente contributo non risponde all'esigenza di approntare una rassegna di pronunce in materia di appalti, alle quali sono dedicate numerose e ricche trattazioni riferite al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (c.d. Codice degli appalti), approvato con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. L'intento è quello di ricostruire ambito di estensione e alcune caratteristiche peculiari dei processi di esternalizzazione, attraverso il prezioso contributo "demiurgico" fornito dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale. Fino a dove possono spingersi le amministrazioni nell'affidare all'esterno attività o funzioni che gli sono proprie? A quali condizioni possono farlo? Quale è il giudice che può essere invocato per accertare responsabilità e dirimere controversie inerenti ad attività gestite in regime esternalizzato? Queste sono alcune delle più importanti questioni che i giudici sono stati chiamati ad affrontare. Nel fornire le risposte, essi hanno costituito dei riferimenti interpretativi, ai quali deve necessariamente fare riferimento chi intende studiare in termini generali il fenomeno delle esternalizzazioni. Senza pretesa di completezza rispetto ad un'opera tanto significativa quanto vasta, si cercherà, in questa sede, di ricostruire i criteri interpretativi utilizzabili nell'analisi dei principali profili critici.

2. I vincoli all'esternalizzazione. Scelte gestionali e perseguimento degli obiettivi pubblici

La scelta delle amministrazioni di rivolgersi all'esterno per reperire servizi in precedenza prodotti internamente deve essere preceduto da un'analisi costi/benefici che dimostri le economie di gestione conseguibili. L'analisi di tipo organizzativo deve evidenziare le risorse interne utilizzate per la gestione del servizio, il costo della gestione esterna, il costo

della procedura utilizzata ai fini dell'esternalizzazione e il piano di riallocazione del personale interno utilizzato per la gestione interna¹.

Esistono, tuttavia, dei vincoli all'esternalizzazione che impediscono di intraprendere l'analisi di cui si è fatto cenno. Quali sono i soggetti che devono sottoporsi alle regole pubblicistiche per esternalizzare servizi o attività? Chi sono i soggetti ai quali una pubblica amministrazione può chiedere di svolgere tali attività per suo conto? Quali sono, infine, le attività per le quali l'analisi menzionata è preclusa, non potendosi per esse rivolgersi all'esterno? Quelle indicate sono alcune questioni preliminari rispetto al processo di esternalizzazione, per la cui soluzione ha ricoperto un ruolo determinante l'interpretazione giurisprudenziale, sia sul piano nazionale, sia su quello sovranazionale.

2.1. *Profili soggettivi: l'organismo di diritto pubblico*

Nell'affrontare il tema dell'esternalizzazione e dei relativi processi, il riferimento soggettivo è chiaramente alla pubblica amministrazione. Come è noto, non esiste una sola nozione di pubblica amministrazione, ma più nozioni funzionali, la cui ampiezza varia a seconda dello scopo della relativa disciplina². Una delle nozioni più importanti della pubblica amministrazione è stata delineata in ambito comunitario, al fine di individuare l'area alla quale devono applicarsi le procedure in materia di appalti. Fra le conseguenze di particolare momento derivanti dalla qualificazione in termini di "amministrazione aggiudicatrice" vi è certamente l'assoggettamento alle "regole" delle esternalizzazioni.

Al criterio dell'enumerazione, le direttive europee hanno affiancato il riferimento alla categoria degli "organismi di diritto pubblico", individuati attraverso indici di riferimento, oggi confluiti nelle direttive 2004/17/Ce e 2004/18/Ce e, internamente, nel Codice degli appalti³.

Nel complesso processo interpretativo volto ad individuare i tratti tipici dell'organismo di diritto pubblico ha fornito un contributo essenziale la Corte di giustizia.

La definizione funzionale della nozione è stata seguita dalla Corte in una sentenza del 1998⁴, facendo riferimento ad alcuni principi sanciti in precedenza nella sentenza Mannesmann⁵. La Corte ha elaborato una definizione riferita agli obiettivi della disciplina

¹ L. Fiorentino, *Esternalizzazioni: lo stato dell'arte*, in L. Fiorentino, B.G. Mattarella, *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative nelle pubbliche amministrazioni*, Maggioli, 2007, p. 35 ss.

² Sulla nozione di pubblica amministrazione si v., in particolare, S. Cassese, *Il diritto amministrativo e i suoi principi*, in S. Cassese (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, III, Milano, Giuffrè, 2009, p. 3 ss.

³ L'art. 3 del Codice degli appalti definisce l'organismo di diritto pubblico come qualsiasi organismo, anche in forma societaria: a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; b) dotato di personalità giuridica; c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. Sull'organismo di diritto pubblico si v., fra l'ampia letteratura, E. Chiti, *Organismo di diritto pubblico*, in *Dizionario di Diritto pubblico* a cura di S. Cassese, 4014 e ss.; M.P. Chiti, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, in M.A. Sandulli, *Organismi e imprese pubbliche. Natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 67 ss.; V. Caputi Jambrenghi, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 13 ss.

⁴ C. giust. sentenza 10 novembre 1998, C-360/96, BFI Holding.

⁵ C. giust. sentenza 15 gennaio 1998, C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria e a.

degli appalti, precisando, in particolare, l'irrilevanza della circostanza che il soddisfacimento dei bisogni di interesse generale costituisca solo una parte poco rilevante delle attività effettivamente svolte dall'ente. Sulla base di tale precisazione, la Corte ha ritenuto ulteriormente irrilevante che le attività commerciali siano svolte da una persona giuridica distinta, appartenente allo stesso gruppo o consorzio. Infine, la Corte ha precisato che la presenza di un organismo di diritto pubblico fra tutte le imprese appartenenti ad un gruppo o ad un consorzio non è sufficiente affinché le imprese medesime siano considerate quali amministrazioni aggiudicatrici.

La Corte di giustizia ha sciolto le perplessità dei giudici interni riferite al carattere industriale e commerciale, identificandolo con la natura imprenditoriale dell'attività. Il rilievo assunto nella valutazione dall'offerta di servizi sul mercato, in ottica di redditività, ha portato la Corte ad escludere la riconducibilità alla figura dell'organismo di diritto pubblico della gestione che, pur non avendo fine di lucro, si fonda su criteri di rendimento, di efficacia e di redditività e opera in un regime concorrenziale (C.giust. 10 maggio 2001, C-223/99 e 260/99).

Per quanto riguarda il finanziamento maggioritario, la Corte di giustizia ha ricondotto al "finanziamento pubblico" solamente le prestazioni che, mediante un aiuto finanziario versato senza specifica controprestazione, finanziano o sostengono le attività dell'ente interessato. È quest'ultima forma di finanziamento, infatti, che, ad avviso dei giudici lussemburghesi, produce l'effetto di creare o rafforzare un legame di subordinazione o dipendenza (C. giust. 3 ottobre 2000, C-380/98).

2.2. (Segue) La partecipazione alle gare degli enti pubblici

Nella trattazione generale del fenomeno, gli affidamenti a soggetti pubblici destano più di qualche perplessità, specialmente per quanto concerne la compatibilità delle esternalizzazioni con una concezione unitaria della pubblica amministrazione. Non sembra potersi dubitare, tuttavia, che dal punto di vista del soggetto che si "spoglia" delle attività o dei servizi si possa correttamente far riferimento a ipotesi di esternalizzazione. Al riguardo, quindi, appare opportuno richiamare le posizioni espresse dalla giurisprudenza comunitaria in ordine alla partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica dei soggetti pubblici che non esercitano attività organizzata di tipo imprenditoriale. La possibilità di partecipare alle gare, infatti, è una questione preliminare rispetto alle altre argomentazioni riferite all'esternalizzazione operata verso un'altra pubblica amministrazione.

La Corte di giustizia ha recentemente osservato che il legislatore comunitario non ha inteso fornire una nozione ristretta di operatore economico che offre servizi sul mercato⁶. Oltre ad aver riconosciuto la qualità di "operatore economico" anche a ogni "ente pubblico" nonché ai raggruppamenti costituiti da tali enti che offrono servizi sul mercato, la direttiva 2004/18 enuncia l'obbligo per gli Stati membri di provvedere affinché non si produca una possibile distorsione della concorrenza a motivo della partecipazione ad un appalto pubblico di enti che vanterebbero una posizione privilegiata rispetto a quella degli operatori privati grazie a finanziamenti pubblici che vengono loro erogati. L'eventualità di una posizione privilegiata di un operatore economico a causa di finanziamenti pubblici o aiuti di Stato, in

⁶ C. giust. sentenza 23 dicembre 2009, C-305/08, CoNISMa.

definitiva, non può giustificare l'esclusione a priori, e senza ulteriori analisi, di enti dalla partecipazione a un appalto pubblico. Sulla base del diritto comunitario e della sua lettura fornita dalla Corte, risulta pertanto ammissibile la presentazione di un'offerta o la candidatura di qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando di gara, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione dell'appalto, indipendentemente dalla natura privata o pubblica e dal fatto di essere attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale, o, ancora, dal fatto di essere sovvenzionato tramite fondi pubblici o meno.

2.3. I limiti oggettivi delle esternalizzazioni

Esistono delle attività per le quali, a prescindere dalla valutazione costi-benefici sopra descritta, non può ritenersi praticabile la strada dell'esternalizzazione. Fra queste rientra, ad esempio, la gestione delle strutture di diretta collaborazione con gli organi di indirizzo politico. La Corte costituzionale, pronunciandosi sulla legittimità costituzionale dell'art. 31 della legge della Regione Lazio 27 febbraio 2004, n. 2, ha ritenuto che il particolare legame intercorrente fra le strutture di diretta collaborazione e gli organi di indirizzo politico regionali impedisce di prevedere l'esternalizzazione della gestione delle prime⁷. La previsione regolamentare che consente di assumere i collaboratori esterni per una durata massima di cinque anni, senza poter oltrepassare la scadenza della legislatura, fornisce al Giudice delle leggi conferma di una impostazione che verrebbe meno attraverso l'esternalizzazione della gestione di tali strutture. Meritevole di rilievo è l'effetto sull'organizzazione che ne deriverebbe. Ad avviso della Corte, infatti, il processo di esternalizzazione di tali strutture avrebbe come conseguenza che alla fine della legislatura non si avrebbe più la cessazione del rapporto di lavoro di diritto privato dei soggetti esterni addetti alle strutture di diretta collaborazione del Consiglio regionale, in quanto dipendenti a tempo indeterminato della società privata titolare della gestione esternalizzata. Tale evenienza preclude agli organi di vertice dei Consigli regionali nelle legislature successive di potersi valere, per la durata del mandato, di collaboratori di loro fiducia, diversi dai dipendenti della società, se non accettando che il nuovo personale così assunto si aggiunga ad essi, con inevitabile aggravio del bilancio regionale, già gravato degli oneri connessi alle attività esternalizzate.

In definitiva, l'esternalizzazione introdurrebbe, in questo caso, una modalità di organizzazione degli uffici di vertice del Consiglio regionale che ne pregiudicherebbe il buon andamento, in violazione del precetto di cui all'art. 97, comma 1, della Costituzione. Dal ragionamento seguito dalla Corte deriva un limite fondamentale ai processi di esternalizzazione: questi ultimi non possono comportare una modifica organizzativa degli uffici pubblici, in pregiudizio del principio del buon andamento.

Un ulteriore vincolo all'esternalizzazione è rappresentato dalla possibilità di ricorrere a risorse interne per lo svolgimento di servizi per i quali si intende ricorrere a risorse esterne.

La Corte dei conti ha negato la possibilità di procedere all'esternalizzazione di attività rientranti nelle comuni mansioni del personale dipendente, il cui affidamento si presenti *ab initio* inutile, trattandosi di attività rientranti nelle ordinarie conoscenze di carattere amministrativo dei dipendenti pubblici.

⁷ C. cost. sentenza 15 luglio 2005, n. 277.

Punto fermo della giurisprudenza della Corte dei conti è la subordinazione della scelta di una soluzione esterna alla inesistenza o insufficienza di risorse dell'apparato burocratico a disposizione. Ad avviso del Giudice contabile, un ente pubblico in via di principio è tenuto ad assolvere i compiti istituzionali con il proprio personale e la propria struttura amministrativa, mentre il ricorso a professionalità esterne è consentito allorché determinate incombenze richiedano il possesso di competenze tecniche o scientifiche estranee a quelle ordinarie, oppure quando a queste ultime non possa farvi fronte per temporanee deficienze organiche ed organizzative. In tali ipotesi, l'effettiva sussistenza delle suddette circostanze è requisito indispensabile per l'ammissibilità e la legittimità del conferimento che deve essere congruamente motivato⁸.

3. Le procedure di gara

Con riferimento alle procedure di gara finalizzate all'affidamento esterno delle attività o dei servizi, il contributo della giurisprudenza è stato determinante in tutta la fase di preparazione al recepimento delle direttive comunitarie in tema di appalti e nella successiva fase attuativa, che ancora oggi richiede numerosi interventi interpretativi da parte dei giudici comunitari e nazionali. I principali ambiti ai quali è rivolto l'intervento giurisprudenziale sono quelli riferiti alla titolarità della disciplina generale, alle regole di ponderazione e criteri di aggiudicazione, all'inderogabilità delle condizioni contenute nelle procedure concorsuali, alla distinzione fra appalto di lavori pubblici e appalto di servizi e a quella fra appalto e concessione di servizi. Come precisato in premessa, in questa sede non si intende fornire una disamina degli interventi giurisprudenziali in una materia estremamente vasta come quella degli appalti: sarebbe un proposito inopportuno quanto incompleto nei risultati. S'intende, tuttavia, richiamare gli interventi che, nel conformare le procedure ad evidenza pubblica, hanno contribuito significativamente a delineare i principali connotati delle esternalizzazioni oggetto del presente studio.

3.1. La titolarità della disciplina generale

Il recepimento delle direttive comunitarie in materia di appalti ha posto la Corte costituzionale di fronte al riparto di competenze fra Stato e regioni in ordine alla titolarità della disciplina generale⁹. La Corte, tornando sul tema della concorrenza, ne ha chiarito ambiti di rilevanza, natura e limiti di incidenza con riferimento al corretto riparto della potestà legislativa riferita alle procedure ad evidenza pubblica. L'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore, in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, comporta l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire il rispetto dei principi enunciati. L'osservanza delle prescrizioni comunitarie ed interne di evidenza pubblica garantisce, peraltro, il rispetto delle regole dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dei pubblici poteri, che godono di tutela

⁸ C. conti III sez. centrale n. 74 del 6/2/2006 e II sez. centrale n. 122 del 20/3/2006.

⁹ C. cost. sentenza n. 401 del 23/11/2007.

primaria ad opera della Costituzione. La selezione della migliore offerta assicura, infatti, la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto dell'aggiudicazione.

In relazione al profilo concernente la natura della materia in esame, la Corte ha rilevato la trasversalità della tutela della concorrenza, non presentando quest'ultima i caratteri di una materia con estensione certa, ma quelli di «una funzione esercitabile sui più diversi oggetti». Con riguardo al settore degli appalti, la Corte ha ritenuto opportuno precisare, tuttavia, che l'interferenza con le competenze regionali si atteggia in modo peculiare, dovendosi riscontrare la prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa. Ne consegue che la fase della procedura di evidenza pubblica, riconducibile alla tutela della concorrenza, può essere interamente disciplinata, seppur con i dovuti limiti e specifiche modalità, dal legislatore statale.

Per quanto attiene ai limiti interni, la Corte ha sottolineato che, pur non rientrando nei propri compiti stabilire in concreto la valenza economica degli interventi statali, nondimeno le spetti uno scrutinio di costituzionalità sui singoli atti legislativi dello Stato, al fine di stabilire se la scelta in concreto adottata sia ragionevole e proporzionata rispetto all'obiettivo prefissato, costituito, nella specie, dalla più ampia apertura del mercato degli appalti alla concorrenza.

Pertanto, sono due i livelli di verifica necessari al fine di individuare gli esatti confini della materia. Il primo finalizzato a stabilire se l'intervento statale è astrattamente riconducibile ai principi della concorrenza nel mercato o della concorrenza per il mercato o ad entrambi. Il secondo volto ad accertare se lo strumento utilizzato è congruente rispetto al fine perseguito, alla luce dei criteri di proporzionalità e adeguatezza. Ciò implica che, attestata la riconducibilità alla materia in questione della normativa statale, quest'ultima può avere anche un contenuto analitico.

3.2. Regole di ponderazione e criteri di aggiudicazione

Per quanto riguarda le regole di ponderazione e i criteri di aggiudicazione assumono particolare rilievo gli interventi del giudice comunitario.

Innanzitutto, nell'ottica di promozione della concorrenza, la Corte di giustizia ha sottolineato l'importanza di utilizzare dei criteri di aggiudicazione diversi, che consentano alle amministrazioni aggiudicatrici di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari degli appalti, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo ad assicurare la selezione della migliore offerta. Questo impedisce al legislatore nazionale di delineare in termini generali e astratti un unico criterio di aggiudicazione, come quello del prezzo più basso¹⁰.

Inoltre, la Corte di giustizia ha chiarito che la trasparenza derivante dall'applicazione del principio della parità di trattamento richiede che tutti gli elementi presi in considerazione dall'autorità aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e la loro importanza relativa siano noti ai potenziali offerenti al momento in cui presentano le loro offerte. Ciò impedisce ad un'amministrazione aggiudicatrice di applicare regole di

¹⁰ C. giust. sentenza 7 ottobre 2004, causa C-247/02, Sintesi.

ponderazione o sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti attraverso un'adeguata pubblicità. Sulla base di tali argomentazioni, la Corte ha ritenuto che la direttiva 92/50, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, non consente ad una amministrazione, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, di determinare in un momento successivo coefficienti di ponderazione e sottocriteri per i criteri di aggiudicazione menzionati nel capitolato d'onere o nel bando di gara¹¹.

3.3. L'inderogabilità delle condizioni contenute nelle procedure concorsuali

Chiariti dal giudice comunitario alcuni punti essenziali della ponderazione e dei criteri di aggiudicazione, il giudice nazionale è stato chiamato a risolvere alcune incertezze riguardanti la derogabilità delle condizioni contenute nelle procedure concorsuali.

Il Consiglio di Stato ha negato la possibilità di modificare le condizioni contrattuali di affidamento di un servizio o di una fornitura o della realizzazione di un'opera, sia prima, sia dopo l'aggiudicazione¹². Alla base del diniego è stato posto il limite alla possibilità di assumere impegni delle persone giuridiche pubbliche costituito dalla legislazione che regola la loro attività per il perseguimento dei fini che sono loro assegnati. Il carattere inderogabile delle disposizioni che prevedono tali procedure, sicuramente ascrivibili al novero delle norme imperative, impone l'obbligo di seguire i procedimenti nei quali è "cristallizzata" la "volontà" dell'ente. Volontà che può essere modificata solo attraverso il ricorso ai medesimi procedimenti e, di regola, con l'adozione di atti espressione del potere di autotutela, ove sussistano i presupposti per il ricorso ai relativi istituti. La capacità di agire degli soggetti pubblici, quindi, non si estende oltre i limiti segnati dalle norme dell'ordinamento di settore che fissano le regole che le amministrazioni devono seguire nel contrattare. Oltre tali limiti sono riscontrabili solamente atti riconducibili alla volontà e, quindi, alla responsabilità dei singoli e, come tali, inidonei a produrre effetti nella sfera giuridica delle pubbliche amministrazioni, in quanto adottati in carenza dei poteri idonei ad impegnare l'ente.

In questa circostanza, anche il giudice nazionale assegna un ruolo tutt'altro che marginale al corretto svolgimento delle dinamiche competitive e al rispetto del principio della parità di trattamento. Il giudice rileva correttamente che la modifica di elementi significativi del contratto altera le condizioni di fatto su cui si sono fondate le offerte nella procedura competitiva. Ciò potrebbe consentire la partecipazione di concorrenti che non hanno partecipato ed escludere quella di altri che vi hanno preso parte.

In ultimo, non può trascurarsi il rilievo che la corretta gestione delle finanze pubbliche ha con riguardo alle procedure di gara e, volendo estendere la prospettiva d'analisi, con riferimento al fenomeno delle esternalizzazioni. Il Consiglio di Stato ha posto in evidenza che le procedure di gara sono volte a soddisfare la primaria esigenza delle amministrazioni di provvedere nel modo più economico e conveniente alla provvista di beni e servizi e alla realizzazione di opere. Queste, tuttavia, assolvono anche alla funzione essenziale di consentire a tutti i soggetti dell'ordinamento di partecipare, a parità di condizioni, alla redistribuzione

¹¹ C. giust. sentenza 24 gennaio 2008, causa C-532/06, Lianakis e a.

¹² Cons. Stato, Sez. V, sentenza 18 gennaio 2006, n. 126.

delle risorse statali attraverso il sistema degli affidamenti pubblici. L'utilizzo di risorse conseguite prevalentemente con il prelievo fiscale e con gli altri strumenti propri della finanza pubblica determinano l'esigenza di garantire il libero accesso a tutti gli operatori economici tecnicamente idonei per fornire i beni, prestare i servizi e realizzare le opere nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

3.4. Appalto e concessione

Parte significativa del fenomeno delle esternalizzazioni riguarda la gestione dei servizi pubblici. Ambito che, come si avrà modo di verificare in seguito, non risulta privo di criticità legate, in particolare, all'utilizzo delle società *in house*. Proprio i servizi pubblici hanno costituito l'importante scenario che ha fatto da sfondo al dibattito concernente una delle più significative forme di gestione: la concessione. In tale dibattito, poi, ha avuto particolare importanza la distinzione fra appalto e concessione di servizi.

Come è noto, prima delle direttive 17 e 18/2004 sia in ambito comunitario, sia in quello nazionale non era rinvenibile una nozione codificata della concessione di servizi. La definizione, che ha lo scopo di delimitare, in negativo, l'ambito di applicazione delle citate direttive, prende a riferimento il contratto di appalto pubblico, dal quale si differenzia per il fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo¹³. Pur non essendo stata fornita una nozione autonoma e caratteristica del contratto di concessione, la definizione ha risolto, almeno in parte, la delicata questione della delimitazione della figura dell'appalto di servizi in rapporto alle contigue nozioni di concessione di servizi e di figure similari, che ha impegnato per anni la giurisprudenza comunitaria e quella nazionale.

La definizione fornita dalla direttiva citata, tuttavia, non ha fugato i dubbi concernenti gli elementi di distinzione fra concessione e appalto. Il confronto fra i due piani, comunitario e nazionale, sembra mostrare ancora posizioni non perfettamente coincidenti.

Sul piano nazionale, il Consiglio di Stato ha affrontato la questione evidenziando la circostanza che vede l'assenza di univocità e chiarezza fra i dati normativi di diritto interno e di diritto comunitario, dovuta ad un complesso itinerario evolutivo, tuttora in corso¹⁴. Il Consiglio di Stato ha richiamato la posizione della dottrina tradizionale, la quale, ha individuato una serie di criteri ai fini della distinzione in parola: a) la natura unilaterale del titolo concessorio di affidamento del servizio pubblico, contrapposta al carattere negoziale dell'appalto; b) il carattere surrogatorio dell'attività svolta dal concessionario di pubblico servizio, chiamato a realizzare i compiti istituzionali dell'ente pubblico concedente, mentre l'appaltatore compie attività di mera rilevanza economica nell'interesse del committente pubblico; c) l'effetto accrescitivo della concessione, che attribuisce al privato concessionario una capacità estranea alla sua originaria sfera giuridica; d) il trasferimento di potestà pubbliche (autoritative o certificative) in capo al concessionario, che opererebbe quale organo

¹³ L'art. 1, co. 4 della Direttiva 2004/18 definisce la concessione di servizi come «un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

¹⁴ Cons. St. sentenza 30 aprile 2002, n. 2294.

indiretto dell'amministrazione, mentre l'appaltatore eserciterebbe solo prerogative proprie di qualsiasi soggetto economico¹⁵.

Oltre ai criteri richiamati, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto opportuno assegnare ruolo di particolare rilievo a un'ulteriore argomentazione sviluppata dalla dottrina meno risalente: la diversità dell'oggetto dei due contrapposti istituti, che si riflette anche sulla fisionomia dei rapporti considerati. L'appalto di servizi, infatti, riguarda prestazioni rese in favore dell'amministrazione, mentre la concessione di servizi si riferisce sempre a un articolato rapporto trilaterale, che si instaura fra amministrazione, concessionario e gli utenti del servizio. Ciò ha conseguenze sotto il profilo soggettivo inerente al pagamento del corrispettivo dell'attività svolta. Normalmente, nella concessione di pubblici servizi il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato. Quest'ultimo può costituire un criterio integrativo apprezzabile, tuttavia, solo quando il servizio pubblico, per le sue caratteristiche oggettive, è divisibile tra gli utenti che, in concreto, ne beneficiano direttamente.

Sul fronte comunitario, alcuni chiarimenti in merito sono stati forniti dalla Commissione europea con una comunicazione interpretativa¹⁶. La Corte, inizialmente non interessata ad assumersi la responsabilità di fornire una nozione chiara, è sembrata intenzionata ad incentrare la distinzione fra le due fattispecie sul trasferimento della responsabilità di gestione¹⁷.

Più recentemente, la Corte ha fornito ulteriori coordinate di riferimento ai fini della demarcazione della linea di confine fra le due fattispecie¹⁸. I Giudici lussemburghesi, richiamandosi alla definizione fornita dalla direttiva 2004/18, hanno precisato che la remunerazione del prestatore di servizi attraverso pagamenti da parte di terzi (es. gli utenti del servizio), è una delle forme che può assumere l'esercizio del diritto, riconosciuto al prestatore, di gestire il servizio. Nel chiarire la nozione di "diritto di gestire" come "corrispettivo della prestazione" presente nella menzionata direttiva, la Corte ha respinto le tesi che ritenevano possibile l'integrarsi della concessione solamente in presenza di un rischio "rilevante". Di conseguenza, affinché il trasferimento della gestione assuma rilievo ai fini dell'integrazione di un rapporto concessorio, non è necessario che si trasferisca in capo al concessionario un rischio economicamente rilevante. D'altra parte, ha precisato la Corte, è noto che la gestione di alcuni servizi possa essere, per varie ragioni legate ad interessi pubblici, accompagnata da una disciplina specifica che ne diminuisca il rischio economico. Tuttavia, se, da un lato, la configurazione giuspubblicistica alla quale è soggetta la gestione economica e finanziaria di alcuni servizi facilita il controllo di tale gestione e riduce i fattori che possono pregiudicare la trasparenza e falsare la concorrenza; dall'altro, le amministrazioni aggiudicatrici devono conservare la possibilità di assicurare la fornitura dei servizi attraverso una concessione,

¹⁵ Si v., in merito, B. Mameli, *Concessioni amministrative*, in Dizionario di Diritto pubblico a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, p.1117; A. Cianfalone, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1993.

¹⁶ Commissione europea, *Comunicazione interpretativa della commissione sulle concessioni nel diritto comunitario* (2000/C 121/02), in GUCE C 121/2 del 29/04/2000.

¹⁷ C. giust. sentenza 26 aprile 1994, causa 272/91, Commissione c. Italia. Per una riflessione concernente l'ambito comunitario, si v. in particolare, N. Assini, A. Marotta, *La concessione di opere pubbliche*, Padova, Cedam, 1981; F. Mastragostino, *L'appalto di opere pubbliche. Norme interne e disciplina comunitaria*, Bologna, Il Mulino, 1993; A. Barone, U. Bassi, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi*, in Foro. It., 2000, IV, p. 389 ss.

¹⁸ C. giust. sentenza 10 settembre 2009, C-206/08, WAZV Gotha.

agendo in buona fede, qualora esse reputino che si tratti del modo migliore per assicurare il servizio pubblico in oggetto, anche a prescindere dal fatto che il rischio legato alla gestione sia molto ridotto.

In ogni caso, ha concluso la Corte, anche se il rischio corso dall'amministrazione aggiudicatrice è molto ridotto, per poter ritenere sussistente una concessione di servizi è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca il rischio di gestione che essa corre a carico completo o, almeno, significativo del concessionario. La valutazione in ordine a tale trasferimento spetta al giudice nazionale.

Deve, in ultimo, essere tenuto presente che, ad avviso della Corte di giustizia, anche se le concessioni di servizi sono escluse dalle direttive appalti, non possono anche con riferimento alle prime essere disattesi i principi del Trattato posti a tutela della concorrenza, e, in particolare, quelli di trasparenza e di adeguato livello di pubblicità¹⁹.

3.5. La distinzione fra lavori e servizi

L'art. 3 del Codice degli appalti, recependo i contenuti delle direttive comunitarie del 2004, ha definito gli appalti pubblici di lavori, come quelli aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero, previa acquisizione in sede di offerta del progetto definitivo, la progettazione esecutiva e l'esecuzione relativamente a lavori o opere rientranti nell'elenco predisposto, allegato al Codice. Il medesimo articolo definisce anche gli appalti pubblici di servizi, come gli appalti pubblici diversi da quelli pubblici di lavori o di forniture, aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'ulteriore elenco allegato al Codice.

Seguendo l'impostazione delle direttive, quindi, l'identificazione delle due fattispecie è stata ricondotta ad un criterio "elencativo". Ciò non implica, tuttavia, che anche con riferimento a tale distinzione il contributo della giurisprudenza non sia stato significativo, soprattutto in vista della formazione degli elenchi poi riportati nelle direttive e nella normativa nazionale. Senza con ciò escludere il rilievo che tali orientamenti hanno con riferimento al processo interpretativo delle disposizioni. Si pensi, ad esempio, alle criticità riscontrabili nell'utilizzo dei contratti a contenuto misto²⁰.

La Corte di giustizia ha stabilito che, qualora i lavori da effettuare abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dell'aggiudicazione, l'aggiudicazione nel suo insieme non può essere qualificata come appalto di lavori pubblici. Inoltre, ha ritenuto compito del giudice nazionale accertare se i lavori abbiano carattere accessorio o meno rispetto all'oggetto principale dell'aggiudicazione²¹.

Il problema dei contratti misti è stato affrontato in termini generali dalla Corte di giustizia in una sentenza più risalente, con la quale si è pronunciata in ordine ad una procedura d'inadempimento mossa nei confronti della Repubblica italiana. In tale occasione,

¹⁹ C. giust. sentenza 13 settembre 2007, C-260/2004, Commissione c. Italia.

²⁰ Come precisato dalla Commissione europea, anche se i principi sono stati sviluppati in materia di appalti pubblici, può utilizzarsi un approccio analogo con riferimento alle concessioni. Il campo di applicazione *ratione materiae* non muta sia in caso di appalto, sia in caso di concessione. Si v. in merito la *Comunicazione interpretativa della commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, cit. p. 5.

²¹ C. giust. sentenza 19 aprile 1994, causa C-331/92, Gestion Hotelière.

la Corte ha precisato che se un contratto ha due oggetti distinti (come forniture e servizi) è opportuno applicare a ciascuno di essi le rispettive norme specifiche²².

Sul piano interno, il Consiglio di Stato ha operato, innanzitutto, una distinzione fra appalto d'opera e appalto di servizi. Il primo è stato ricondotto al contratto con cui l'appaltatore si obbliga a produrre un'attività di elaborazione e di trasformazione della materia (attività la cui designazione come "opera" deriva dalla parola latina "*opus*" che esprime appunto il concetto di un prodotto materiale). Nel secondo, invece, l'obbligazione dell'appaltatore consiste nel produrre una diversa utilità (ad es. la manutenzione di immobili di un'amministrazione pubblica per un determinato periodo)²³.

I giudici di Palazzo Spada, infine, hanno escluso che ricorra un appalto di servizi nel caso in cui l'oggetto principale dell'appalto sia l'esecuzione di lavori sul patrimonio pubblico e le altre prestazioni richieste all'aggiudicatario siano strumentali rispetto alla prestazione principale, in quanto preordinate alla esecuzione di questa²⁴.

4. *L'in house: il "confine esterno" delle esternalizzazioni*

Il processo attraverso il quale una pubblica amministrazione reperisce un bene o un servizio o affida un lavoro all'interno della propria compagine organizzativa, o tramite una società interamente controllata, è stata concepita come contrapposta al processo di esternalizzazione²⁵. Sulla base della concezione delineata in ambito comunitario e trasposta in campo nazionale, l'affidamento a società che rappresentano una *longa manus* delle amministrazioni locali non integra una esternalizzazione in senso stretto. In altri termini, appare invece corretto concepire l'*in house* quale "confine esterno" delle esternalizzazioni. Un confine "mobile", che varia in funzione delle condizioni poste all'utilizzo di uno strumento di carattere eccezionale: più le condizioni per l'utilizzo dell'*in house* sono restrittive, più viene incentivato il processo di esternalizzazione in senso stretto. Ai fini dello studio del fenomeno delle esternalizzazioni, assume particolare importanza, quindi, il processo di definizione delle condizioni alle quali è subordinato l'utilizzo dell'*in house*. In tale processo il contributo della giurisprudenza comunitaria e nazionale è di tutta evidenza.

Trattandosi, come detto, della delimitazione esterna dei confini di un fenomeno diverso, non s'intende, in questa sede, affrontare dall'interno la fattispecie dell'*in house*. Si tenterà, invece, di fornire un quadro delle pronunce che hanno contribuito a delineare le principali caratteristiche e, soprattutto, i confini dell'*in house*, in funzione dell'utilità che questi hanno al fine di analizzare più approfonditamente il fenomeno delle esternalizzazioni.

²² C. giust. sentenza 5 dicembre 1989, causa 3/88, Data Processing.

²³ Cons. St., Sez. V, sentenza 4 ottobre 1994, n. 1102.

²⁴ Cons. St., Sez. V, sentenza 11 giugno 1999 n. 630.

²⁵ Si v. in merito C. Lacava e G. Mazzantini, *Affidamenti in house e regole di concorrenza*, in L. Fiorentino, *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Bologna, Il Mulino, p. 161 ss. Con specifico riferimento alla disciplina delineata dall'art. 23 bis d.l. n. 112/2008, si v., in particolare, L. Arnaudo, *I servizi pubblici, l'antitrust e l'articolo 23 bis. Bandoli da un imbroglio*, in *MCR*, 2009, p. 355 ss.; R. De Nictolis, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 1109 ss.; M. Dugato, *La manovra finanziaria prevista dalla legge n. 133/2008 - i servizi pubblici locali (art. 23-bis)*, in *questa Rivista*, 2009, p. 1219 ss.

4.1. Il controllo analogo e l'attività prevalente

Si è in precedenza affermato che l'autoproduzione può essere identificata quale strumento alternativo all'esternalizzazione. Tuttavia, affinché l'autoproduzione risulti compatibile con i principi comunitari è necessario il rispetto di alcune condizioni che consentano di considerare il soggetto esterno un diretta emanazione dell'amministrazione. Le condizioni alle quali è subordinata la sussistenza del controllo analogo sono state oggetto di noti arresti della Corte di giustizia. Appare opportuno richiamare brevemente il percorso svolto dalla Corte con riferimento a questa fondamentale condizione preliminare rispetto all'utilizzo dell'*in house*.

Nella nota sentenza *Teckal* la Corte di giustizia ha subordinato la possibilità di affidare direttamente un servizio ad un soggetto dotato di personalità giuridica diversa dall'amministrazione affidante al rispetto di due condizioni. Innanzitutto, l'amministrazione affidante deve esercitare sulla società affidataria un controllo analogo a quello esercitato nei confronti dei propri organi. In secondo luogo, la società affidataria deve svolgere la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o i soggetti che la controllano²⁶.

La particolare astrattezza dei principi sanciti con la richiamata sentenza, ha richiesto un nuovo intervento volto a chiarire il concetto di "controllo analogo" esercitato su un soggetto esterno. Con l'altrettanto nota sentenza *Stadt Halle* la Corte ha precisato che la presenza di capitali privati, anche minoritari, nell'azionariato di un modello misto rende particolarmente precario l'esercizio del controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice²⁷. La Corte ha rilevato, in particolare, che il rapporto tra un'amministrazione aggiudicatrice e i suoi servizi è subordinato a considerazioni e ad esigenze legate al perseguimento di interessi pubblici. Al contrario, l'investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente, mal conciliabili, quindi, con i fini pubblici di cui sopra. La portata del principio ora richiamato è di particolare rilievo, in quanto esclude la società mista dal campo d'utilizzo dell'*in house*, ponendo in luce, nel contempo, la delicata questione dell'inquadramento sistematico del partenariato pubblico-privato, che si avrà modo di affrontare nel prosieguo della trattazione.

Ulteriori precisazioni delle caratteristiche fra amministrazione e società controllata sono state fornite nella sentenza *Parking Brixen*²⁸. In tale arresto la Corte ha affermato che la vocazione commerciale della società affidataria, evidenziata dall'estensione dell'oggetto sociale, dall'apertura ad altri capitali e dall'ampliamento dell'ambito territoriale di attività, costituiscono un ostacolo all'affidamento *in house* di servizi da parte dell'amministrazione controllante.

In una domanda pregiudiziale, i giudici di Lussemburgo sono stati investiti della questione inerente alla sussistenza del controllo analogo da parte di più amministrazioni nei confronti della medesima società²⁹. La Corte ha risolto la questione prospettata ritenendo sussistente il requisito del controllo analogo a due condizioni. La prima è che la società sia partecipata esclusivamente amministrazioni pubbliche. La seconda è che la società partecipata svolga la parte essenziale della sua attività con le amministrazioni che detengono il capitale

²⁶ C. giust. sentenza 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*.

²⁷ C. giust. sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*.

²⁸ C. giust. sentenza 13 ottobre 2005, C- 458/03, *Parking Brixen*.

²⁹ C. giust. sentenza 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*.

sociale. Il controllo analogo, peraltro, non è escluso dalla circostanza che le decisioni relative alle attività di una società partecipata sono adottate da organi statutari composti da rappresentanti delle amministrazioni pubbliche associate. Infine, la Corte ha precisato che il controllo esercitato sulla società dalle amministrazioni associate, per poter essere qualificato come analogo a quello esercitato nei confronti dei propri organi, può essere esercitato congiuntamente dalle amministrazioni, eventualmente deliberando.

La giurisprudenza nazionale ha sostanzialmente seguito le direttrici fornite dai giudici comunitari, non mancando, tuttavia, di rappresentare un parametro di riferimento atto ad evidenziarne incoerenze e lacune. Di particolare importanza, ai fini della ricostruzione generale operata, è la sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 1/2008. In tale sentenza, il Consiglio di Stato ha ricostruito le caratteristiche dell'*in house* delineate dalle pronunce della Corte di giustizia, impegnandosi in un ulteriore sforzo di sistematizzazione. In particolare, l'Adunanza Plenaria ha stabilito che, oltre alla partecipazione pubblica totalitaria, ai fini della sussistenza del controllo analogo è necessario che: a) lo statuto della società non consenta che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati; b) il consiglio di amministrazione della società non abbia rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante sia consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale; c) l'impresa non abbia acquisito una vocazione commerciale che renda precario il controllo dell'ente pubblico; d) le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante. Infine, ha ribadito l'essenzialità del concorso di ulteriori fattori, ritenuti idonei a realizzare un controllo effettivo e non formale: a) il controllo del bilancio; b) il controllo sulla qualità della amministrazione; c) la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti; d) la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali.

5. Il partenariato pubblico-privato

Si è avuto modo di rimarcare la contrapposizione fra affidamenti *in house* ed esternalizzazione. Rimane da chiarire come si pone rispetto a questi due estremi il fenomeno del partenariato pubblico-privato. In particolare, è opportuno interrogarsi in questa sede sulla riconducibilità o meno al fenomeno dell'esternalizzazione e i termini in cui ciò sia possibile.

Le posizioni della Corte di giustizia riferite agli affidamenti diretti a società controllate da amministrazioni pubbliche appaiono caratterizzate da una minor sicurezza con specifico riferimento alla sussistenza del controllo analogo in caso di apertura del capitale sociale ai privati. In una prima pronuncia, la Corte ha negato la sussistenza del controllo analogo in caso di società interamente controllate da amministrazioni pubbliche che hanno aperto il proprio capitale sociale a imprese private³⁰. In un secondo momento, sembra aver, almeno parzialmente, contraddetto tale posizione, ritenendo che la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula di una convenzione, per escludere il controllo dell'autorità pubblica³¹.

³⁰ C. giust. sentenza 10 novembre 2005, C-29/04, Modling.

³¹ C. giust. sentenza 17 luglio 2008, C-371/05, Commissione c. Italia.

Come anticipato, sul piano interno è riscontrabile una posizione più salda nei confronti dell'ingresso di capitale privato nella compagine societaria, al quale viene ricondotta l'impossibilità di configurare il modello dell'*in house*³². Nella citata sentenza, il Consiglio di Stato ha confermato la posizione espressa nel parere n. 456/2007, nel quale ha escluso definitivamente la, pur discussa, riconducibilità del modello organizzativo della società mista a quello dell'*in house providing*. In tale sede, ha anche precisato, tuttavia, che in assenza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non fosse elaborabile una soluzione univoca o un modello definitivo³³.

Per individuare le caratteristiche di questa particolare forma di esternalizzazione, è opportuno prendere in considerazione due elementi sui quali è stata chiamata a pronunciarsi la giurisprudenza comunitaria e nazionale: la scelta del socio privato e l'attribuzione del servizio.

Come ravvisato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 1/2008), la necessità di ricorrere a procedure selettive per la scelta del socio privato in una società mista costituisce una regola ormai acquisita nell'ordinamento interno. I dubbi che è stata chiamata a sciogliere riguardavano, pertanto, la possibilità di affidare direttamente il servizio a società partecipate dall'amministrazione pubblica, nel caso in cui fosse stata esperita preventivamente la pubblica gara indetta per l'individuazione del *partner* privato. Circostanza, quest'ultima, sulla quale erano riscontrabili posizioni giurisprudenziali non univoche. I giudici di Palazzo Spada hanno sposato la posizione espressa dalla sezione consultiva nel citato parere n. 456/2007, in base alla quale si può ritenere legittimo l'affidamento diretto a una società mista, quale modalità organizzativa con cui l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al socio operativo della società, evitando che quest'ultima finisca con il risultare, in sostanza, la beneficiaria di un affidamento diretto. Il ricorso a tale figura, ha precisato la sezione consultiva, deve comunque avvenire a condizione che sussistano garanzie tali da fugare ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza che ne deriva. Nel caso in cui vi siano giustificate ragioni per non ricorrere a un affidamento esterno integrale, devono essere rispettate due garanzie.

Innanzitutto, vi deve essere una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest'ultimo si configuri come un socio industriale od operativo, che concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso. Ciò implica che la gara deve essere preordinata alla scelta del socio e alla definizione dell'affidamento del servizio operativo.

In secondo luogo, deve essere previsto un rinnovo della procedura di selezione alla scadenza del periodo di affidamento, evitando di stabilizzare il socio all'interno della società mista. A tal fine, sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato, dovrebbero essere specificate le modalità d'uscita del socio privato nel caso non risulti più aggiudicatario all'esito della gara espletata successivamente.

La Corte di giustizia, pronunciandosi su una questione pregiudiziale sottoposta dal TAR siciliano, ha confermato la praticabilità di tale soluzione³⁴. Condividendo le

³² Cons. St. Ad. Plen. n. 1/2008.

³³ La *Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati*, 2008/C 91/02, è stata pubblicata il 12 aprile 2008.

³⁴ C. giust. sentenza 15 ottobre 2009, C-196/08, Acoset.

argomentazioni espresse sul punto dall'Avvocato generale, la Corte ha ritenuto che l'introduzione di una doppia gara sarebbe difficilmente compatibile con l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, dato che l'istituzione di questi organismi riunisce in uno stesso atto la scelta di un socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire a tale esclusivo fine.

Dato che i criteri di scelta del socio privato si riferiscono non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, la Corte ha ritenuto che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetti i principi del diritto comunitario, non giustificando, così, una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario. Peraltro, il ricorso a una duplice procedura – la prima per la selezione del socio privato e la seconda per l'aggiudicazione della concessione – disincentiverebbe, ad avviso della Corte, la costituzione di partenariati pubblico-privati istituzionalizzati. Ciò in ragione della durata inerente alla realizzazione di siffatte gare e dell'incertezza giuridica riferita all'aggiudicazione della concessione al socio privato selezionato in precedenza.

Posto in questi termini dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, il partenariato pubblico-privato può essere considerato una modalità peculiare di ricorso al mercato e, in termini più ampi, una specifica forma di esternalizzazione. Date le argomentazioni sviluppate dalla Corte di giustizia in ordine alla modalità di scelta del socio privato e all'aggiudicazione del servizio, si può, peraltro, affermare che questo modello di ricorso al mercato riceve un doppio incentivo. Da un lato le norme poste a difesa della concorrenza che limitano il ricorso all'*in house*. Dall'altro la possibilità di ricorrere ad un'unica procedura di gara per consentire l'operatività della società mista.

6. Profili giurisdizionali

I processi di esternalizzazione implicano una inevitabile estensione dell'applicazione della disciplina pubblicistica a contesti privatizzati, generando, in qualche caso, situazioni contraddittorie³⁵. Due sono, infatti, i principali aspetti peculiari ravvisati con riferimento all'estensione del fenomeno dell'esternalizzazione. Il primo è rappresentato dal noto alleggerimento dei compiti assegnati alle pubbliche amministrazioni, attraverso la dislocazione di attività all'esterno dei confini pubblici. Il secondo è l'applicazione di regole pubblicistiche a contesti normalmente assoggettati a logiche del tutto differenti³⁶.

Tale processo di estensione delle regole pubblicistiche riguarda anche la giurisdizione. In particolare, quella amministrativa si trova ad espandersi di pari passo con il crescere delle attività affidate all'esterno. In tale contesto, quindi, appare sin troppo scontato il rilievo che

³⁵ Si v., in merito, G. Napolitano, *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, in *MCR*, 2003, p. 537 ss.

³⁶ Colpisce, quindi, la costituzione di «amministrazioni fuori dell'amministrazione», soggetti di diritto privato che impegnandosi in attività sottoposte ad esternalizzazione, diventano destinatari anche delle regole del diritto amministrativo. Si v., sul punto, G. Piperata, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. amm.*, 2005, n. 4, p. 985.

vengono ad assumere le problematiche concernenti il riparto di giurisdizione e quelle afferenti alla tutela di posizioni giuridiche specifiche in materia di appalti³⁷.

6.1. La scelta dell'appaltatore e il momento attuativo

Come è noto, le controversie relative a procedure di affidamento svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Tuttavia, non è sempre agevole individuare la corretta linea di demarcazione fra i due ambiti in ragione di difficoltà interpretative che insorgono nella valutazione di fattispecie peculiari. Una di esse è rappresentata, ad esempio, dalla circostanza in cui una stazione appaltante abbia seguito una procedura ad evidenza pubblica pur non essendo obbligato a farlo in base alla normativa vigente. Richiamando quanto statuito dalla Corte di Cassazione³⁸, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, nel caso in cui un ente appaltante abbia liberamente preferito disciplinare con una procedura simile a quelle di evidenza pubblica (e non in quanto obbligato) l'affidamento di un appalto inferiore alla soglia comunitaria, le relative controversie sulla procedura di scelta del contraente sfuggono alla giurisdizione amministrativa, rientrando, invece, nella giurisdizione del giudice ordinario. Quindi, ai fini del radicamento della giurisdizione amministrativa non è sufficiente che una stazione appaltante sia tenuta, anche per gli appalti sotto soglia, ad osservare i principi fondamentali del Trattato CE, ma occorre, invece, che sussista l'obbligo specifico di osservare le procedure ad evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria.

I giudici di Palazzo Spada non hanno mancato di rimarcare, tuttavia, quanto affermato nella propria decisione cassata per difetto di giurisdizione³⁹. In quest'ultima pronuncia, la sezione aveva dato rilevanza, in un appalto sotto soglia comunitaria, alla procedura di evidenza pubblica svolta da un soggetto che non vi era tenuto, in quanto in caso contrario ciò avrebbe reso di fatto la stazione appaltante arbitra di scegliersi in prospettiva il giudice ritenuto preferibile.

Appare opportuno sottolineare, in questa sede, l'importanza del principio richiamato da ultimo ai fini dello studio generale del fenomeno delle esternalizzazioni. Sulla base del principio espresso dalla Corte di Cassazione, infatti, i processi di esternalizzazione sottoposti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sono solamente quelli in cui è obbligatoria la procedura ad evidenza pubblica. I processi di esternalizzazione in riferimento ai quali non è prevista l'obbligatorietà della procedura ad evidenza pubblica, invece, sono sottoposti alla giurisdizione del giudice civile.

³⁷ Fra l'ampia letteratura dedicata alla giurisdizione amministrativa in materia di contratti pubblici si v., in particolare, R. Garofoli, *La giurisdizione*, in *Trattato dei contratti pubblici*, vol. VI, *Il contenzioso*, diretto da M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Milano, Giuffrè, 2008, p. 3841 ss.; A. Mezzotero, *Il riparto di giurisdizione e gli strumenti di tutela*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di F. Saitta, Padova, Cedam, 2008, p. 1249 ss.; A. Police, *La tutela giurisdizionale*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione*, I, Torino, 2007, p. 749 ss.; R. De Nictolis, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici alla luce del codice dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 52 ss.

³⁸ Cass. SS.UU. civ. sentenza 20 novembre 2003, n. 17635.

³⁹ Cons. St., sez. IV, sentenza 15 febbraio 2002 n. 934.

Un ulteriore profilo di criticità risiede nell'individuazione del confine fra procedura selettiva e momento attuativo della prestazione.

È appena il caso di ricordare che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si riferisce alla sola fase pubblicistica dell'appalto e non riguarda anche la fase relativa all'esecuzione del rapporto. Nella menzionata seconda fase, che comprende anche le controversie in tema di appalto pubblico aventi ad oggetto la risoluzione o la cessazione del contratto con l'appaltatore, deve ravvisarsi la competenza giurisdizionale del giudice ordinario, come giudice al quale spetta verificare la conformità alla normativa positiva delle regole con le quali i contraenti hanno disciplinato i contrapposti interessi e le condotte attuative. Ciò posto, le sezioni unite della Cassazione civile hanno operato una significativa precisazione. Nella stipulazione di appalti con la pubblica amministrazione, il perfezionamento del vincolo contrattuale non avviene dalla formale sottoscrizione del contratto, che riproduce lo scambio dei consensi già realizzatosi con il completamento della procedura di aggiudicazione, bensì dalla definitiva aggiudicazione con cui si conclude la procedura ad evidenza pubblica. Tale circostanza, in definitiva, segna il termine entro il quale vengono esercitati dalla pubblica amministrazione i poteri discrezionali conferiti per la realizzazione di un pubblico interesse⁴⁰.

6.2. Il rapporto di servizio

Un aspetto critico di particolare interesse, ai fini della presente ricostruzione, è rappresentato dal confine giurisdizionale in tema di responsabilità amministrativa per atti compiuti nell'ambito di formule di gestione esternalizzate.

Nel 2003 le sezioni unite della Cassazione civile hanno operato un importante *revirement* giurisprudenziale, stabilendo che la linea di demarcazione fra giurisdizione ordinaria e quella contabile risiede nella qualità del soggetto passivo, e, quindi, nella natura pubblica o privata delle risorse finanziarie di cui esso si avvale⁴¹.

La Cassazione, successivamente, ha affrontato anche la questione della responsabilità nell'ipotesi di gestione di attività d'interesse pubblico attraverso società partecipate da amministrazioni pubbliche⁴². Anche escludendo che una società partecipata agisca come *longa manus* dell'ente locale azionista, in una situazione di compenetrazione organica, non ha negato che tra la società partecipata e l'ente territoriale possa stabilirsi un rapporto di servizio, ravvisabile ogni qual volta si instauri una relazione funzionale - anche se non organica - caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'*iter* procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo. Tale rapporto di servizio implica l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità patrimoniale per danno erariale. Non rileva a tal fine, ricordano le Sezioni Unite, la natura privatistica dell'ente affidatario o dello strumento contrattuale con il quale si è costituito e attuato il rapporto.

Le Sezioni Unite civili della Cassazione sono tornate ulteriormente sulla questione, chiarendo che la Corte dei Conti può condannare anche i soggetti privati che ricevono

⁴⁰ Cass. SS.UU. civ., sentenza 4 febbraio 2009, n. 2634.

⁴¹ Cass. SS.UU. civ., sentenza 22 dicembre 2003 n. 19667.

⁴² Cass. SS.UU. civ., sentenza 26 febbraio 2004, n. 3899.

indebitamente finanziamenti pubblici per la loro attività di carattere privato⁴³. In particolare, le Sezioni Unite hanno osservato che, in tema di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice contabile, il baricentro si è spostato dalla qualità del soggetto (privato o pubblico) alla natura del danno e degli scopi perseguiti. Qualora i soggetti privati incidano negativamente, attraverso proprie scelte, sul programma delineato dalla pubblica amministrazione, alla cui realizzazione sono chiamati a partecipare - e a condizione che l'incidenza sia tale da potere determinare uno sviamento dalle finalità perseguite - si realizza un danno per i soggetti pubblici di cui devono rispondere dinanzi al giudice contabile. Tale danno rileva, ad avviso della Corte, anche sotto il mero profilo di sottrarre ad altre imprese il finanziamento necessario per realizzare il programma delineato dalle amministrazioni pubbliche con il concorso dei privati.

La posizione espressa dalla Cassazione è sposata dalla Corte dei conti, la quale ha ricordato che, a causa del sempre più frequente operare dell'amministrazione fuori dagli schemi del regolamento di contabilità di Stato e tramite soggetti in essa non organicamente inseriti, ai fini del riconoscimento della propria giurisdizione è irrilevante il titolo in base al quale la gestione del pubblico denaro è svolta, potendo consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione amministrativa o in un contratto di diritto privato. Ad avviso della Corte dei conti, la discriminazione fra giurisdizione ordinaria e quella contabile è trasferito dalla qualità del soggetto, che può essere un privato o un ente pubblico non economico, alla natura del danno e degli scopi perseguiti⁴⁴.

Appare evidente, anche in questo caso, l'estensione delle regole pubblicistiche che deriva dai processi di esternalizzazione richiamata in precedenza. Probabilmente non è corretto parlare di un limite interno all'esternalizzazione, pur potendosi riscontrare, in questo caso, una riduzione del perimetro di quanto viene spostato oltre i confini pubblici. Tuttavia è senza dubbio un elemento che, assieme agli altri, dovrebbe essere oggetto della valutazione in ordine alla collocazione esterna dello svolgimento di attività aventi rilievo pubblico.

⁴³ Cass. SS.UU. civ. sentenza 1 marzo 2006, n. 4511.

⁴⁴ C. Conti, Lombardia, sentenza 10 luglio 2009, n. 494.