

30 SETTEMBRE 2015

I partenariati pubblico-pubblico
orizzontali, in rapporto alla disciplina
dell'aggiudicazione degli appalti

di Gerolamo Taccogna
Professore aggregato di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Genova



I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*

di Gerolamo Taccogna

Professore aggregato di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Genova

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Nozioni e relativa portata. **3.** Elementi dell'appalto pubblico, secondo la (prevalente) nozione europea. **3.1.** Contratti. **3.2.** Carattere oneroso dei contratti. **3.3.** Natura soggettiva della controparte. Operatori economici ed amministrazioni. **3.4** Oggetto e contenuto dei contratti. **3.5.** Riepilogo. **3.6.** Le eccezioni di conio giurisprudenziale europeo rispetto alla nozione di appalto pubblico. *In house providing* e partenariati pubblico-pubblico a carattere orizzontale. **4.** I partenariati pubblico-pubblico a carattere orizzontale nella disciplina del diritto derivato dell'Unione. **4.1.** Premessa. **4.2.** La disciplina contenuta nelle direttive europee del 2014 sugli appalti e le concessioni. **4.2.1.** Il principio di libertà organizzativa delle pubbliche amministrazioni. **4.2.2.** Segue. La distribuzione dei compiti pubblicistici all'interno degli apparati pubblici. **4.2.3.** La disciplina dei partenariati pubblico-pubblico orizzontali. **4.2.4.** Altre figure di relazioni pubblico-pubblico. **4.3.** Le questioni aperte, in seguito alla direttiva. **4.3.1.** Accordi su attività tipicamente amministrative, anche se non costituenti funzioni comportanti l'esercizio di pubblici poteri. **4.3.2.** Comunanza dei servizi o dei compiti oggetto dell'accordo. **4.3.3.** Attività sul libero mercato. **4.4.** Gli accordi non ammessi nell'ambito dei partenariati pubblico-pubblico orizzontali. **5.** L'atteggiamento della giurisprudenza amministrativa italiana. **5.1.** Natura delle amministrazioni che concludono gli accordi. **5.2** Attività oggetto degli accordi. **5.2.1.** Generi di attività. **5.2.2.** Attività contemplate quali servizi, in allegato alle direttive sull'aggiudicazione dei pubblici appalti. **5.2.3.** Attività di interesse pubblico delle amministrazioni. **5.3** Compiti (funzioni/servizi) istituzionali delle pubbliche amministrazioni e di interesse comune alle parti

* Articolo sottoposto a referaggio.



dell'accordo. **5.3.1.** Il caso del monitoraggio aereo romano. Cenni ai casi di integrazione fra servizi di soccorso d'emergenza e servizi sanitari. **5.3.2.** I casi delle collaborazioni fra Enti locali o a.s.l. ed Università. **5.3.3.** I casi della delega di compiti strumentali a Provincia, ANCI ed Agenzia del Demanio. **6.** Sintesi e riflessioni critiche.

1. Premessa

L'assetto organizzativo dell'amministrazione pubblica si caratterizza, oggi, per una notevole frammentazione.

Non occorre soffermarsi sulle origini del fenomeno. E' innegabile che lo si debba in parte ad alcuni principi fondamentali accolti dalla Costituzione, fra cui quello democratico-pluralistico e quello autonomistico. Anche l'efficienza e l'efficacia, quali proiezioni del principio di buon andamento, hanno concorso al proliferare di soggetti e strutture a vocazione specialistica nell'ambito pubblico, in modo da fare il più possibile corrispondere i caratteri organizzativi ed operativi con la natura dei compiti da svolgere.

Ma è altrettanto evidente che da tempo si sia con ciò anche avviata una sorta di inarrestabile deriva verso il particolarismo disordinato.

Ciò che ne risulta è un'amministrazione gravata di molti compiti, distribuiti in modo da determinare frequentemente aree di sovrapposizione o, quantomeno, di interferenza di interessi e di fini in capo a soggetti pubblici distinti.

Nel contempo, in epoca recente è emersa con la massima chiarezza l'insostenibilità economico-finanziaria di un sistema amministrativo di tal fatta e sono intervenute, dal livello costituzionale a quello legislativo, le note misure per l'equilibrio dei conti pubblici.

Malgrado uno sforzo indubbiamente ben più articolato del legislatore, al momento l'effetto di maggiore evidenza risulta essere quello di una generalizzata riduzione delle risorse disponibili per i soggetti pubblici, piuttosto che di una razionale e sistematica riorganizzazione degli apparati in senso efficientistico.

Tale fenomeno induce quindi i soggetti pubblici, impoveritisi nella loro dotazione organica e finanziaria, a perseguire forme di collaborazione nell'esercizio delle funzioni e dei compiti loro spettanti, ogni qual volta si prospettino possibili sinergie ed economie.

Inoltre la via della cooperazione interamministrativa assume un particolare fascino, rispetto alle complessità, alle contrapposizioni ed ai conflitti che si ingenerano quando, invece, una pubblica amministrazione si vede costretta a ricercare prestazioni e servizi sul mercato attraverso contratti pubblici.

Di qui l'interesse, fra l'altro, per le forme cd. di partenariato pubblico-pubblico a carattere orizzontale.¹

2. Nozioni e relativa portata

La premessa d'inquadramento illumina il problema da affrontare. Nella pratica emerge una tendenza alla costituzione di forme di cooperazione fra soggetti pubblici, affidata in particolare a modelli convenzionali, che rischia di sconfinare nel campo dei contratti ad evidenza pubblica, senza che ne sia osservata la disciplina riguardante la fase formativa e di scelta del contraente.

Se questo è il problema, occorre muovere dalle previsioni normative più direttamente rilevanti per correttamente inquadrare i due poli entro i quali esso si sviluppa.

L'art. 15 della l. n. 241/1990 prevede notoriamente che le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere fra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.²

¹ In tema possono vedersi, nella dottrina, C. P. SANTACROCE, *Osservazioni sul «partenariato pubblico-pubblico», tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in tema di appalti e concessioni*, in *Riv. giur. urb.*, 2014, p. 174; A. DIVARI, *Per una lettura degli accordi di partenariato pubblico-pubblico, di cooperazione e di collaborazione interamministrativa*, in *Dir. Econ.*, 2014, p. 233; M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato "Pubblico-Pubblico"*, in *Giur. It.*, 2013, p. 1416; D. MARESCA, *La cooperazione inter-amministrativa tra appalti e accordi orizzontali: i recenti orientamenti della Corte di giustizia*, in *Dir. pubbl. compar. europ.*, 2013, p. 688; P. DE LUCA, *Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Dir. U. E.*, 2013, p. 381, R. CARANTA, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, in *Urb. App.*, 2013, p. 391; A. BARTOLINI, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti*, in *Urb. App.*, 2013, p. 1257, E. STICCHI DAMIANI, *Gli accordi di collaborazione tra Università e altre amministrazioni pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 807. Anche a livello internazionale il tema inizia ad essere studiato. Possono vedersi, ad esempio, J. WIGGEN, *Directive 2014/24/EU: The New Provision on Co-operation in the Public Sector*, in *P.P.L.R.*, 2014, p. 83; J-M DIERCKES – J. P. SCHARF, *Die interkommunale Zusammenarbeit – Zum nachträglichen Wegfall ihrer Privilegierungsvoraussetzungen sowie zu den Folgen bei der Einbindung Dritter im Rahmen der Leistungserfüllung*, in *VergR*, 2014, 752; S. BROCKHOFF, *Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nach den neuen Verbaberichtlinien*, in *VergR*, 2014, 625; C. DUBOIS, *Un «petit» arrêt et puis s'en va ? La Cour de justice précise et renforce les conditions de la coopération contractuelle entre personnes publiques*, in *Marchés & Contrats Publics*, 2014, p. 261; D. T. FERREIRA, *El regimen del la contratación in house según las nuevas directivas de contratación pública*, in www.redicop.com, C. CARRETTERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *Las nuevas directivas de contratación pública: su incidencia en las encomiendas de gestión*, in www.auditoriapublica.com, D. SANTIAGO IGLESIAS, *Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público*, in *Rev. Gen. Der. Adm.*, n. 38/2015 ed in <http://laadministracionaldia.inap.es/>.

² In merito possono richiamarsi, fra gli altri, C. P. SANTACROCE, *La stabilità degli accordi tra pubbliche amministrazioni*, Padova, 2014, R. FERRARA, *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2011, p. 674, P. D'ANGIOLILLO, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, 2009, D. PONTE, *Accordi fra pubbliche amministrazioni*, in S. COGLIANI, (a cura di), *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, II ed. Padova, 2007, p. 668, G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.



L'ampiezza del potenziale ambito applicativo è direttamente proporzionale all'assoluta generalità della norma.

Accanto ad essa sono inoltre previste figure consimili in specifici ordinamenti settoriali (si pensi all'art. 30 del testo unico degli enti locali,³ in cui si prevede che, al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati, gli enti locali possono stipulare fra loro apposite convenzioni).

Ancora sul piano generale, ed in modo ancor più problematico per i fini che interessano, occorre ricordare l'art. 43, comma 3, della l. n. 449/1997, il quale stabilisce che le amministrazioni pubbliche possono stipulare convenzioni con soggetti pubblici o privati dirette a fornire, a titolo oneroso, consulenze o servizi aggiuntivi rispetto a quelli ordinari.

Come si è accennato, una portata così ampia delle discipline degli accordi ingenera difficoltà di coordinamento con quella dell'aggiudicazione dei contratti pubblici di lavori, forniture e servizi.

Quest'ultima risulta delimitata, innanzitutto (storicamente), dalla nozione di appalto pubblico,⁴ che abbraccia i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto fra uno o più operatori economici ed una o più amministrazioni aggiudicatrici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi: così, ad esempio, le direttive europee n. 2004/18, destinata all'abrogazione dal 18 aprile 2016, all'art. 1, par. 2, lett. a), e n. 2004/24, in vigore dall'aprile 2014, ma recepita entro il 18 aprile 2016 (art. 2, par. 1, n. 5).

I due filoni normativi richiamati operano in modi rispettivamente diversi, in quanto la disciplina relativa agli accordi fra amministrazioni è di fonte meramente nazionale, mentre quella dei contratti pubblici, essendo contenuta in direttive europee, si colloca in una prospettiva sovordinata rispetto al diritto nazionale.

Questo comporta che le nozioni o categorie giuridiche previste dalle direttive si propagano negli ordinamenti nazionali e prevalgono su eventuali altre, in tutto o in parte incompatibili che vi siano eventualmente previste, senza restarne invece delimitate.

Per principio consolidato, infatti, il diritto europeo ha propri significati, da ricavarsi attraverso specifici canoni ermeneutici, primo fra tutti quello dell'effetto utile, e non subisce interferenze o

³ Sull'argomento S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Art. 30. Convenzioni*, in R. CAVALLO PERIN – A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006.

⁴ In dottrina si rimanda, fra gli altri, a G. F. FERRARI, *Definizioni*, in G. F. FERRARI – G. MORBIDELLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici, Art. 1-120*, Milano, 2013, p. 25 ed E. STICCHI DAMIANI, *La nozione di appalto pubblico - Riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa*, Milano, 1999.



limitazioni per effetto di istituti o nozioni giuridiche puramente nazionali eventualmente interferenti.

Esempi in tal senso sono alquanto noti.

Si pensi al caso in cui, secondo la prospettiva nazionale francese, un comune realizza un programma di riqualificazione e trasformazione urbana, regolato dalla disciplina urbanistica, e la Corte di giustizia vi rinviene invece un appalto pubblico di lavori⁵ o al fatto che in Italia venga stipulata una convenzione per la realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo, entro un'iniziativa edilizia privata, e la Corte di giustizia ancora una volta ravvisi la presenza di un appalto pubblico di lavori.⁶

La nozione europea di appalto pubblico di lavori prevale, in questi casi, sulle qualificazioni nazionali che vedono gli accordi connotati da venature pubblicistiche e collocati nel diverso settore disciplinare dell'urbanistica.

Nella medesima prospettiva può accadere – ed è in effetti accaduto (come si vedrà) – che amministrazioni pubbliche italiane si accordino fra loro, in ritenuta applicazione dell'art. 15 l. n. 241/1990, per stabilire forme di cooperazione le quali, tuttavia, nelle direttive europee coincidono con pubblici appalti e quindi richiedono la gara ad evidenza pubblica per la scelta del contraente. Tanto è vero che la Corte di giustizia ha già avuto da tempo l'occasione per chiarire l'incompatibilità con le direttive europee in tema di aggiudicazione degli appalti di una norma nazionale spagnola recante una deroga generalizzata (*a priori*) rispetto a tali direttive, per gli accordi di collaborazione conclusi fra gli enti di diritto pubblico in quanto tali.⁷

In sintesi, l'area di applicazione dell'art. 15 della l. n. 241/1990, potenzialmente vastissima dal punto di vista del diritto nazionale, risulta in realtà erosa dalla nozione europea – in quanto tale prevalente – di appalto pubblico, esattamente come si è verificato con gli istituti (francesi ed italiani) del diritto urbanistico, cui si è fatto esemplificativamente cenno e come è stato chiarito in via generale nel richiamato caso spagnolo.

Sugli sviluppi giurisprudenziali più recenti e specifici in tal senso, a proposito dei partenariati pubblico-pubblico orizzontali, ci si soffermerà nel seguito.

⁵ Corte giust. 18 gennaio 2007, C-220/05, *Auroux, c. Commune de Roanne*, in *Urb. App.* 2007, p. 552, con nota di G. RONDONI, *Convenzioni tra amministrazioni aggiudicatrici come appalto di lavori*, ivi, p. 555.

⁶ Corte giust., 12 luglio 2001, C-399/98 *Ordine degli architetti delle province di Milano e Lodi c. Pirelli*, in *RIDPC*, 2001, p. 815 con nota di M. A. QUAGLIA, *Le opere di urbanizzazione tra convenzioni urbanistiche e procedure di evidenza pubblica*, ivi, 842.

⁷ Corte giust., 13 gennaio 2005, C-84/03, *Commissione c. Regno di Spagna*, in *Urb. App.*, 2005, p. 1275, con nota di G. BADELLI, *Nozione di organismo di diritto pubblico, accordi tra pp.aa. e fattispecie di procedura negoziata negli appalti pubblici*, ivi, p. 1277.

Stante l'evoluzione storica, sul piano del metodo appare utile prendere le mosse dalla nozione dell'appalto pubblico secondo il diritto europeo, delineatasi per prima, e rispetto alla quale è recentemente emerso uno spazio per gli accordi orizzontali fra amministrazioni, che solo con le direttive del 2014 hanno avuto un riconoscimento normativo da parte dell'Unione.

3. Elementi dell'appalto pubblico, secondo la (prevalente) nozione europea

La nozione europea di appalto pubblico è già stata richiamata sopra. Si tratta, ora, di analizzarla più in dettaglio nei suoi elementi, alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale e quindi del contributo della Corte di giustizia.

Ai nostri fini non viene in rilievo la tanto studiata distinzione fra appalti e concessioni,⁸ atteso che secondo il diritto europeo, ivi comprese le direttive del 2014, tali figure hanno un corpo comune – che è quello qui rilevante – e si differenziano unicamente per l'aspetto legato alla remunerazione dell'altro contraente, anche in rapporto alla distribuzione del rischio gestionale dell'opera e del servizio che viene in rilievo.⁹

Per lo studio dei partenariati pubblico-pubblico orizzontali si può dunque guardare congiuntamente ad appalti e concessioni.

Per semplicità l'analisi si incentrerà sulla norma definitoria dell'appalto pubblico, ma ciò non toglie che risulti valida anche rispetto alle concessioni di lavori o servizi.

3.1. Contratti

Innanzitutto, per aversi un appalto pubblico, secondo la relativa definizione europea, occorre un contratto.

⁸ Con riferimento alla situazione anteriore alle direttive del 2014, cfr. S. MONZANI, *Il trasferimento al privato del rischio economico di gestione quale tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto di servizi e le conseguenze in tema di normativa applicabile*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, p. 243, P. TOMASSI, *La corte di giustizia di nuovo sulla distinzione tra concessione e appalto di servizi*, in *Riv. Trim. appalti*, 2011, p. 251, T. BIANCHI – L. PONZONE L., *La corte di giustizia torna sulla distinzione tra concessione di servizi e appalto di servizi*, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2010, p. 279. La direttiva 2014/23 recepisce sostanzialmente i precedenti approdi della giurisprudenza, con alcune precisazioni utili all'interpretazione nei “considerando” da 11 a 17, e non risulta quindi innovativa in proposito può vedersi T. SIEGEL, *Der neue Rechtsrahmen für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen*, in *VergR*, 2015, p. 265..

⁹ Sul tema cfr., fra le tante, Corte giust., 10 marzo 2011, C-274/09, *Privater Rettungsdienst*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, p. 741.

Che cosa sia un contratto, a questi fini, non dipende dalle normative o classificazioni proprie del diritto nazionale, come da tempo ha chiarito la giurisprudenza, ad esempio con riguardo alla figura della concessione di sola costruzione che era stata accolta dal diritto italiano.¹⁰

Il contratto è comunque tale, quando si realizza uno scambio con una valenza di carattere economico.

L'art. 15 della l. n. 241/1990 non consente quindi di sottrarre gli accordi ivi previsti alla disciplina europea sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, solo perché esso qualifica gli accordi in senso pubblicistico,¹¹ anziché come puri e semplici contratti privatistici.

Piuttosto, occorre avere riguardo alla sostanza con riguardo allo schema fondamentale del rapporto che viene in rilievo.

In quest'ottica la Corte di giustizia ha mostrato di essere disposta ad escludere la ricorrenza di un contratto, nel caso di una società spagnola *sui generis* (denominata *Tragsa*), controllata da un soggetto pubblico capace di imporle unilateralmente lo svolgimento di prestazioni ed altresì l'entità delle corrispondenti tariffe, senza la possibilità per la medesima di non aderire o di sottrarsi¹².

3.2. Carattere oneroso dei contratti

Secondo la definizione europea che si sta esaminando, gli appalti pubblici sono contratti a titolo oneroso.

Questo aspetto è venuto in rilievo una prima volta in un giudizio per inadempimento del nostro Paese (riguardo ai servizi di trasporto sanitario in Toscana), che nell'occasione dinanzi alla Corte di giustizia si è difeso sostenendo il carattere non oneroso di un accordo – e quindi la sua non riconducibilità ad un appalto – perché vi si prevedeva soltanto un rimborso delle spese al prestatore del servizio. La Corte di giustizia¹³ non ha recisamente contestato tale argomentazione,

¹⁰ Sulla concessione di sola costruzione cfr., ad esempio, Cons. St., Sez. IV, 4 ottobre 1999, n. 1515, in *Cons. Stato*, 1999, I, p. 1540. Sull'equiparazione agli appalti, quanto alle procedure di affidamento, cfr., ad esempio, Corte dei Conti, Sez. Contr. 1° agosto 1995, n. 106, in *Cons. Stato*, 1995, II, p. 2219.

¹¹ Sulla controversa natura degli accordi in questione cfr. l'efficace sintesi rinvenibile in C. SANTACROCE, *Osservazioni*, cit., 177. Decisivi argomenti per il rifiuto di un loro inquadramento come negozi privatistici sembrano da rinvenire sia nel fatto che l'oggetto può essere (e di norma è) rappresentato anche dall'esercizio di poteri, sia nel fatto che la legge rende applicabili i principi privatistici in tema di obbligazioni ma solo in quanto compatibili, con ciò rivelando una non completa omogeneità fra gli accordi di cui trattasi ed i contratti di diritto privato.

¹² Corte giust., 19 aprile 2007, C-295/05, *Asemfo c. Tragsa*, *Urb. app.*, 2007, p. 1479, con nota di R. CARANTA, *Dodo, Rondine o Fenice: quale futuro per l'in house?*, ivi 1479.

¹³ Corte giust., 27 novembre 2007, C-119/06, *Commissione c. Rep. Italiana*, in *Urb. App.*, 2008, 296, con nota di R. CARANTA, ivi, p. 300.

avendo essa deciso la controversia sulla base del fatto che il presunto rimborso, in quanto non perfettamente commisurato in base alle effettive spese, non fosse in realtà tale ed assumesse invece la natura di un corrispettivo entro un negozio che quindi era da considerare oneroso.

Benché la Corte non avesse precisamente affermato un principio – quanto piuttosto dato vita ad una sorta di *obiter dictum*, come ha ritenuto in seguito la dottrina¹⁴ – tale pronuncia inizialmente pareva offrire uno spunto per escludere dal novero degli appalti pubblici (con quanto ne consegue in ordine alle procedure di aggiudicazione) tutti gli accordi nei quali fosse previsto un mero rimborso delle spese, in luogo di un vero e proprio compenso.

In seguito lo stesso giudice europeo è tuttavia tornato in argomento, negando in modo diretto ed espresso che la previsione di un semplice rimborso delle spese possa in sé privare il contratto del suo carattere oneroso, secondo la nozione europea dell'appalto pubblico.¹⁵

Pertanto un ipotetico accordo concluso fra due amministrazioni ai sensi dell'art. 15 l. n. 241/1990 non può sfuggire all'ambito di applicazione della disciplina europea sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, per il solo fatto che vi si preveda un rimborso delle spese (anche se analiticamente determinate) piuttosto che un corrispettivo.

3.3. Natura soggettiva della controparte. Operatori economici ed amministrazioni

Altro elemento rilevante della nozione di appalto pubblico è quello relativo alla natura del soggetto con il quale l'amministrazione aggiudicatrice conclude il contratto. Le direttive lo individuano come operatore economico, includendo peraltro nel novero espressamente anche gli enti pubblici.¹⁶

Ancora una volta viene in rilievo una categoria propria del diritto europeo, restando irrilevanti le classificazioni soggettive vigenti nei diritti dei singoli Paesi membri.

L'interpretazione deve assicurare, come sempre, l'effetto utile delle disposizioni delle direttive, che è quello di realizzare le libertà economiche assunte fra i principi fondamentali dei Trattati.

In questo quadro si è assunta notoriamente una nozione assai lata di attività economica e, correlativamente, di operatore economico (privato o pubblico che sia), ad esempio ben oltre l'ambito delle definizioni nazionali di impresa o imprenditore.

¹⁴ Così R. CARANTA, *Accordi*, cit., p. 394.

¹⁵ Corte giust., 11 dicembre 2014, C-113/13, *ASL n. 5 "Spezzino"*, in *Foro it.*, 2015, IV, c. 145, con nota di A. ALBANESE, *La Corte di giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma sembra avere paura del proprio coraggio)*, ivi, c. 151; 19 dicembre 2012, C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, in *Urb. App.*, 2013, 388, con nota di R. CARANTA, *Accordi*, cit., ivi, p. 391.

¹⁶ Si veda l'art. 1, par. 8, della direttiva 2004/18.



Per tale via la Corte di giustizia ha dapprima affrontato il tema da un diverso punto di vista, coincidente non già con lo stabilire se un certo accordo sia un pubblico appalto in ragione delle caratteristiche soggettive delle parti, bensì quale sia la platea dei soggetti legittimati a partecipare ad una procedura per l'affidamento di un contratto che la stazione appaltante abbia qualificato come appalto pubblico e conseguentemente posto a gara.

Il diverso punto di vista non esclude che il problema da risolvere resti il medesimo.

La soluzione è stata, notoriamente, nel senso che sono operatori economici (quindi ammessi a partecipare alle gare) anche gli enti privi di scopi di lucro i quali non siano necessariamente presenti sul mercato con regolarità, compresi gli enti pubblici o comunque di “derivazione” pubblica, come era quello concretamente coinvolto nel giudizio trattandosi di un consorzio fra università (*CoNISMa*).¹⁷

Tale soluzione risulta in seguito confermata dalla Corte.¹⁸

Del resto, già in precedenza la stessa Corte aveva ritenuto irrilevante il fatto che un soggetto si collocasse eventualmente in posizione di marginalità rispetto al mercato.¹⁹

Donde la già indicata conclusione secondo cui il solo fatto che la controparte eventualmente sia un soggetto pubblico, e privo di caratteristiche propriamente imprenditoriali, non esclude la configurabilità di un appalto pubblico da aggiudicarsi con gara e quindi non legittima a qualificare il negozio in termini alternativi come accordo ai sensi dell'art. 15 della l. n. 241/1990, anche se esso si presta ad essere ricondotto all'ampio campo di applicazione di tale norma.

3.4. Oggetto e contenuto dei contratti

La nozione europea di appalto pubblico apparentemente viene a dipendere anche dall'oggetto o dal contenuto del contratto, nel senso che deve trattarsi di lavori, forniture o servizi.

Senonché questi ultimi sono definiti, residualmente, come tutte le attività economiche insuscettibili di essere ricondotte alle definizioni, rispettivamente, di lavori e forniture che a loro volta sono insite nelle direttive.

Pertanto, qualunque contratto avente ad oggetto un'attività economica può essere appalto pubblico, dal punto di vista del contenuto.

¹⁷ Corte giust., 23 dicembre 2009, C-305/08, *CoNISMa*, in *Urb. App.*, 2010, p. 551, con nota di L. DE PAULI, *La partecipazione delle Università alle procedure ad evidenza pubblica*, ivi p. 551.

¹⁸ Cfr., ad esempio, Corte giust., 16 maggio 2013, C-564/11, *Consulta regionale ordine degli ingegneri della Lombardia, c. Comune di Pavia*, in *Urb. App.*, 2013, p. 1257, con nota di A. BARTOLINI, *Accordi*, cit., ivi p. 1257.

¹⁹ Corte giust., 13 gennaio 2005, C-84/03, *Commissione c. Regno di Spagna*, cit..

Inoltre la Corte di giustizia ha precisato che sono tali anche eventuali contratti che comprendano siffatte prestazioni, pur se in un quadro contenutistico più ampio che veda compresi oggetti ulteriori.²⁰

Esulano quindi dalla nozione di appalto pubblico solo eventuali accordi i quali, anziché attività economiche, abbiano ad oggetto l'esercizio di pubblici poteri nel senso tradizionale del termine (quelli che talvolta nel linguaggio europeo sono definiti "poteri coercitivi") e limitatamente a questi.

Ciò perché le norme dei Trattati relative alle libertà economiche – di cui le direttive in materia di appalti pubblici costituiscono attuazione – non si estendono, per espressa disposizione degli stessi Trattati (ora dell'art. 51 TFUE), alle attività che partecipano negli Stati membri all'esercizio di pubblici poteri.

La distinzione è stata affrontata, oltre che in dottrina,²¹ dalla Corte di giustizia in alcune sentenze, che hanno accolto un'interpretazione restrittiva di queste attività, escludendone quelle semplicemente connesse all'esercizio di poteri ma non coincidenti con essi e riconducibili ad attività oggettivamente economiche:²² in un altro caso si è invece mostrata meno rigorosa qualificando la sorveglianza antinquinamento, svolta con mezzi navali in un porto petrolifero da parte di una società, come esercizio di prerogativa tipica dei pubblici poteri inerente alla tutela dell'ambiente, non riconducibile ad attività economica.²³

Inoltre la Corte ha precisato che le attività corrispondenti all'esercizio di pubblici poteri, come tali esulanti dall'ambito di applicazione delle direttive sull'affidamento degli appalti, sono quelle che, considerate di per sé, costituiscono una partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri, il che si verifica quando in capo ai prestatori interessati vi sono prerogative o poteri coercitivi esorbitanti dal diritto comune.²⁴

Un accordo ai sensi dell'art. 15 della l. n. 241/1990 non costituisce dunque pubblico appalto, se ed in quanto avente ad oggetto poteri pubblici nel senso precisato.

²⁰ Corte giust. 18 gennaio 2007, C-220/05, *Auroux, c. Commune de Roanne*, cit..

²¹ Cfr., ad esempio, A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 730.

²² Corte giust., 21 giugno 1974, C-2/74, *Reyners*, in *Racc.*, 1974, p. 631, e 26 aprile 1994, C-272/91, *Commissione c. Repubblica Italiana*, in *Racc.*, 1994, I, p. 1409: quest'ultima relativa all'automazione del gioco del lotto.

²³ Corte giust., 18 marzo 1997, C-343/95, *Diego Cali*, in *Racc.*, 1997, I, p. 1547.

²⁴ Corte giust., 29 aprile 2010, C-160/08, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2010, p. 728, in tema di trasporto medico d'urgenza.

3.5. Riepilogo

Quanto illustrato fino a questo punto consente di affermare, quale risultato intermedio dell'analisi, che a fronte della nozione europea di appalto pubblico, come interpretata dalla Corte di giustizia, un eventuale accordo fra amministrazioni ai sensi dell'art. 15 della l. n. 241/1990 ben può rivelarsi un appalto e quindi richiedere la procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, in quanto:

- (i) la natura consensuale è compatibile con la nozione di contratto che caratterizza l'appalto;
- (ii) il fatto che eventualmente sia previsto un mero rimborso delle spese, anche se analiticamente quantificate, non esclude il carattere oneroso del contratto stesso;
- (iii) se anche l'altro contraente è a sua volta un soggetto pubblico, che non offre in modo regolare beni o servizi sul mercato, può trattarsi pur sempre di un operatore economico anche soltanto occasionale (o di una pubblica amministrazione che nello specifico caso agisce quale operatore economico) rilevante, sul piano soggettivo, per la configurabilità dell'appalto;
- (iv) l'oggetto dell'accordo, se ed in quanto si sostanzia in attività o prestazioni non intrinsecamente ed immediatamente caratterizzate da poteri autoritativi (coercitivi, secondo il linguaggio della Corte o, meglio, o la relativa traduzione ufficiale), può considerarsi un'attività economica e dunque un servizio, per la sua natura obiettiva e perché eventualmente disponibile su un mercato grazie anche all'offerta di operatori privati, quantunque l'attività stessa sia riconducibile alle funzioni istituzionali di un soggetto pubblico.

Ciò spiega, ad esempio, perché la giurisprudenza – europea e nazionale – abbia individuato la possibile configurabilità di appalti pubblici, da assegnarsi necessariamente con gara, ad esempio nel caso di un'a.s.l., che aveva affidato ad un dipartimento universitario un'attività di studio e valutazione della vulnerabilità sismica di alcune strutture ospedaliere;²⁵ di comuni che avevano affidato ad università servizi di supporto per la redazione di piani di ricostruzione di aree terremotate;²⁶ di un comune che aveva affidato ad un'università un'attività di studio e consulenza tecnico-scientifica per la redazione dello strumento urbanistico;²⁷ di un raggruppamento di comuni che aveva affidato ad uno di questi il compito della pulizia dei propri uffici, affinché lo

²⁵ Corte giust., 19 dicembre 2012, C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, cit., seguita da Cons. Stato. Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3849, in *Giurisdiz. amm.*, 2013, I, p. 843, che ha definito la controversia.

²⁶ Corte giust., 20 giugno 2013, C-352/12, *Ordine nazionale degli Ingegneri c. Comune di Castelvecchio Subequo*, in www.curia.eu.

²⁷ Corte giust., 16 maggio 2013, C-564/11, *Consulta regionale Ordine degli Ingegneri della Lombardia c. Comune di Pavia*, cit.

svolgesse tramite un soggetto terzo;²⁸ di un consorzio per lo sviluppo industriale che aveva affidato ad una provincia (socio) la manutenzione della propria viabilità.²⁹

In altri casi, che saranno discussi oltre unitamente a questi, anche per la necessità di alcune considerazioni critiche, la giurisprudenza amministrativa italiana ha ritenuto invece di giungere ad esiti differenti.

Prima, però, occorre completare l'analisi della giurisprudenza europea ed illustrare i contenuti delle direttive del 2014.

3.6. Le eccezioni di conio giurisprudenziale europeo rispetto alla nozione di appalto pubblico. *In house providing* e partenariati pubblico-pubblico a carattere orizzontale

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia si è peraltro sviluppato un filone, secondo il quale (letteralmente) due tipi di appalti conclusi da enti pubblici non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea in tema di contratti delle amministrazioni.³⁰

Si tratta degli affidamenti *in house*,³¹ qualificabili anche come partenariati pubblico-pubblico verticali o istituzionali, e dei contratti che istituiscono una cooperazione fra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti stessi, cioè dei partenariati pubblico-pubblico di carattere orizzontale.

Si direbbe, ad onta del modo in cui talvolta la Corte si è espressa in proposito, che in questi casi siano state ravvisate (più o meno nitidamente, per vero) ragioni tali da escludere la riconducibilità della fattispecie negoziale alla nozione di appalto pubblico e non vi sia stato, invece, un intento di dare vita a deroghe *praeter se* non addirittura *contra legem*.

²⁸ Corte giust., 13 giugno 2013, C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen*, in *Urb. App.*, 2013, p. 1259 con nota di A. BARTOLINI, *Accordi*, cit., ivi, p. 1257.

²⁹ Cons. St., Sez. V, 30 settembre 2013, n. 4832, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁰ Così, ad esempio, Corte giust. 20 giugno 2013, C-352/12, *Ordine nazionale degli Ingegneri c. Comune di Castelvecchio Subequo*, cit.

³¹ In merito, fra i molti contributi e limitandosi ai più recenti, G. CARULLO, *Prime riflessioni in merito alle «nuove» eccezioni relative agli affidamenti tra enti nell'ambito del settore pubblico, alla luce della «vecchia» giurisprudenza sull'in house*, in *RIDPC*, 2014, p. 823, S. GIACCHETTI, *L'affidamento in house – Questioni aperte sulla disciplina applicabile*, in *Giurisd. Amm.*, 2014, IV, p. 27, F. FIMMANÓ, *Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività*, in *Giust. Civ.*, 2014, p. 1135, A. ROMANO TASSONE, *La società in house dall'«eccezionale eccezionalità» alla «anomala normalità»*, in *Dir e proc amm.*, 2014, p. 397 M. ANDREIS, *Società in house e giurisdizione contabile*, in *Urb. App.*, 2014, p. 395, V. DONATIVI, *I «confini» (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di in house providing*, in *Giur. Comm.*, 2014, II, p. 765, M. GARCIA PÉREZ, *Los servicios públicos locales y la in house providing en España*, in *Dir. Pubbl. compar. Ed europ.*, 2013, p. 973, G. URBANO, *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, in www.amministrazioneincammino.it, G. STANCANELLI, I. MOSCARDI, R. DE NICTOLIS, *Gli affidamenti in house*, in M. A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano, 2008, p. 308,



La vicenda dell'*in house providing*, a partire dalla sentenza *Teckal*,³² è tanto nota da non richiedere di essere qui riassunta, salvo il tornare successivamente in tema nell'ambito delle osservazioni critiche che seguiranno.³³

Basta comunque ricordare che l'inapplicabilità delle direttive sulle procedure di evidenza pubblica viene fatta discendere, in tal caso, dall'assenza di un vero e proprio contratto con un operatore economico, poiché alla formale distinzione soggettiva fra le parti non corrisponde una reale alterità sostanziale, in quanto l'altro contraente a ben vedere può essere considerato un'articolazione organizzativa della stessa stazione appaltante.

Ciò si verifica allorché quest'ultima è giuridicamente in condizione di controllarlo, influenzandone tutte le principali decisioni, anche operative, con la stessa intensità con cui controlla i propri apparati ed il soggetto in questione realizza con essa la parte assolutamente prevalente della propria attività.

Situazione, questa, che può anche vedere una pluralità di amministrazioni in posizione di esercenti il controllo congiunto sul soggetto cui affidano lo svolgimento di servizi.³⁴

L'altra fattispecie, nella quale recentemente si è giunti ad escludere la configurabilità di un pubblico appalto è, come accennato, quella dei cd. partenariati pubblico-pubblico a carattere orizzontale.

Il *leading case* è generalmente rinvenuto nel caso *Commissione c. Rep. federale di Germania* (o *Rugenberger Damm*, o *Città di Amburgo*),³⁵ intervenuto in una fattispecie nella quale una pluralità di enti locali ha concluso un accordo con i servizi di igiene urbana della Città di Amburgo (quindi con la Città stessa).

In forza di quel negozio la Città di Amburgo ha riservato loro una certa capacità di smaltimento di rifiuti entro un termovalorizzatore ancora da realizzare e destinato ad essere affidato in gestione a terzi, ma senza assumere alcuna responsabilità in ordine alla gestione dell'impianto e senza fornire alcuna garanzia circa le capacità di smaltimento riservate, avendo assunto un semplice impegno ad offrire all'occorrenza capacità sostitutive, ma nei limiti delle eventuali

³² Corte giust. 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*, in *Guida al dir.*, 1999, fasc. 47, p. 107.

³³ Si veda l'ultimo paragrafo, dedicato ad alcune osservazioni critiche.

³⁴ In tema cfr. Corte giust., 29 novembre 2012, C-182/11 e 183/11, *Econord*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, p. 495, con nota di S. MENTO, *Il controllo analogo sulle società in house pluripartecipate da enti pubblici*, ivi, p. 495 ed *in extenso* in www.curia.eu con ulteriori riferimenti ai precedenti. La decisione è annotata anche da V. Donativi, *I «confini»*, cit.

³⁵ Corte giust., 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione c. Rep. federale di Germania*, in *Urb. App.*, 2009, p. 1176, con nota di C. E. GALLO, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, ivi, p. 1176.



disponibilità e subordinatamente al prioritario soddisfacimento delle esigenze del proprio ambito territoriale.

Le altre amministrazioni locali contraenti, per parte loro, hanno previsto di smaltire i propri rifiuti nel realizzando impianto della Città di Amburgo e riservato a questa una certa capacità ricettiva di proprie discariche, anche per lo smaltimento delle ceneri del predetto termovalorizzatore.

Tali amministrazioni si sono impegnate a versare alla Città di Amburgo somme predeterminate nel contratto, quale corrispettivo per il trattamento dei loro rifiuti nell'impianto di cui sopra, in modo tale da dare vita ad un mero rimborso degli oneri pagati dalla Città di Amburgo al gestore, senza ulteriori movimenti finanziari fra le parti.

La Città di Amburgo si è impegnata verso gli enti locali a difendere i loro interessi, nel caso fossero danneggiati dal gestore (operatore economico) cui essa si apprestava ad affidare la gestione dell'impianto.

La ragione dell'accordo è stata individuata nella convenienza economico-funzionale della realizzazione dell'impianto solo con una "taglia" corrispondente a quella che si è potuta raggiungere grazie anche all'apporto dei rifiuti degli enti locali circostanti la città di Amburgo.

La Corte di giustizia ha ritenuto trattarsi di una cooperazione fra enti locali finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi ed ha evidenziato come il contratto sia stato stipulato solo fra autorità pubbliche, senza la partecipazione di una parte privata e non abbia pregiudicato l'aggiudicazione degli appalti necessari per la costruzione e gestione dell'impianto.

Richiamato il principio in forza del quale le amministrazioni pubbliche possono adempiere ai loro compiti di pubblico interesse senza essere obbligate a fare ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi, e possono farlo anche in cooperazione con altre autorità pubbliche – come rivela la giurisprudenza sull'*in house providing*³⁶ – la Corte ritiene non necessario che ciò si realizzi mediante la costituzione di un apposito organismo controllato, atteso che il diritto europeo non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico.

Inoltre, con riguardo alla *ratio* ed alla finalità delle norme sui pubblici appalti, la Corte osserva che non risultano pregiudicate la libera circolazione dei servizi o la concorrenza, perché l'attuazione della cooperazione di cui trattasi risulta retta unicamente da considerazioni e prescrizioni

³⁶ La Corte richiama la propria sentenza 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, in *Urb. App.*, 2009, p. 285, con nota di F. LEGGIADRO, *In house: il controllo analogo congiunto degli enti soci*, ivi, p. 288; sentenza che, in effetti, si colloca nell'alveo degli orientamenti relativi all'*in house*.



connesse al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico e nessun'impresa viene posta in posizione privilegiata rispetto ai propri concorrenti.

La successiva pronuncia, originata dall'Italia e riguardante l'affidamento, da parte dell'a.s.l. di Lecce ad un dipartimento dell'Università del Salento, di un'attività di studio e valutazione della vulnerabilità sismica di alcune strutture ospedaliere,³⁷ cui si è già fatto cenno, segue sostanzialmente la stessa linea interpretativa ma ritiene doversi giungere a conclusioni opposte – ravvisando quindi un pubblico appalto – se lo schema dell'accordo non è tale da garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico realmente comune agli enti stipulanti, sicché (pare potersi aggiungere, anche alla luce di pronunce successive³⁸) uno di questi viene in realtà ad assumere la funzione di operatore economico a servizio dell'altro per compiti suscettibili di essere analogamente assolti da operatori economici privati.

Tali ulteriori pronunce pongono altresì in termini problematici la questione relativa ai terzi operatori economici, di cui una delle parti pubbliche dell'accordo si riserva di avvalersi per eseguire materialmente le prestazioni convenute con l'altra. Stando alle motivazioni si direbbe che, senza verificare e specificare quali fossero le previste modalità di ricorso a detti terzi – ed in particolare se sarebbero stati selezionati tramite procedure ad evidenza pubblica o se si sarebbe trattato eventualmente di società *in house* – la Corte prospetti il rischio che essi si trovino indebitamente avvantaggiati rispetto alle altre imprese attive sul medesimo mercato; rischio invece non ipotizzato nel caso amburghese, nel quale la Corte ha ritenuto che l'accordo non abbia direttamente previsto né abbia quindi pregiudicato l'aggiudicazione degli appalti necessari per la realizzazione e gestione dell'impianto (lasciando aperta la strada ad una pubblica gara, si direbbe).

4. I partenariati pubblico-pubblico a carattere orizzontale nella disciplina del diritto derivato dell'Unione

4.1. Premessa

Le descritte evoluzioni giurisprudenziali hanno aperto la strada alla nascita di una nuova categoria, dei partenariati pubblico-pubblico a carattere orizzontale, di grande interesse teorico e pratico, ma fino a quel punto appena abbozzata.

Sono sorti dunque alcuni interrogativi sugli esatti confini di essa.

³⁷ Corte giust., 19 dicembre 2012, C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, cit..

³⁸ Cfr. Corte giust., 16 maggio 2013, C-564/11, *Consulta Regionale Ordine ingegneri della Lombardia c. Comune di Pavia*, cit. e 13 giugno 2013, C-386/11 *Piepenbrock Diestleistungen*, cit.

Inizialmente, a fronte di uno sviluppo esclusivamente giurisprudenziale del tema, che oltretutto si presentava ancora agli albori,³⁹ una difficoltà si è determinata fra l'approccio tipicamente casistico seguito dalla Corte di giustizia e l'ambizione della dottrina – ma anche della Commissione⁴⁰ e del Parlamento europeo⁴¹ – di ricavarne principi e regole di carattere generale, sistematicamente organizzati.

Con le direttive del 2014, le quali dedicano previsioni espresse al tema, che ci si appresta ad illustrare, questi ultimi sforzi dovrebbero risultare agevolati, al patto di intendersi sul corretto metodo di interpretazione.

Alcuni interrogativi su aspetti specifici, già sorti nella dottrina sulla base delle pronunce della Corte,⁴² trovano risposta espressa, mentre nuove questioni si affacciano.

4.2. La disciplina contenuta nelle direttive europee del 2014 sugli appalti e le concessioni.

Come accennato, le direttive europee del 2014 contengono una specifica disciplina dei cd. partenariati pubblico-pubblico a carattere orizzontale (oltre a codificare e regolare in termini generali gli affidamenti *in house*).

Le direttive sono simili fra loro in *parte qua* e ciò consente di limitare l'analisi alla 2014/24, relativa agli appalti nei settori ordinari.⁴³

4.2.1. Il principio di libertà organizzativa delle pubbliche amministrazioni

È utile tuttavia premettere che quella relativa alle concessioni (2014/23), nel suo secondo articolo, richiama in modo espresso il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione, per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici.

³⁹ J. M. DIERKES e J. P. SCHARF, *Die interkommunale Zusammenarbeit*, cit., p. 753 parlano in proposito di una *noch relativ junge Rechtsfigur*.

⁴⁰ Cfr. il Documento di lavoro dei servizi della Commissione concernente l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico"), SEC (2011) 169 def, del 4 ottobre 2011.

⁴¹ Cfr. la Risoluzione del Parlamento europeo del 18 maggio 2010 sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici (2009/2175/INI).

⁴² Si tratta, in particolare, dei lavori incentrati sul commento delle prime decisioni della Corte di giustizia, indicati nella nota 1.

⁴³ Le disposizioni direttamente rilevanti si trovano nell'art. 12 della dir. 2014/24, nell'art. 23 della dir. 2014/25 (nella quale sono rilevanti anche gli artt. 28 e 29) e nell'art. 17 della dir. 2014/23.



E' ulteriormente precisato in modo esplicito che dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni.

Trattandosi dichiaratamente del riconoscimento di principi, si può ritenere che questi – come tali – valgano in linea generale e dunque non solo riguardo alle concessioni ma anche per gli appalti, come peraltro già avevano affermato la Corte di giustizia (ad esempio nel riportato caso relativo alla Città di Amburgo) e la Commissione.⁴⁴

Del resto gli stessi concetti sono ripresi del 33° considerando della direttiva 2014/24, nel quale si legge (fra l'altro) che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero poter decidere di fornire congiuntamente i rispettivi servizi pubblici mediante cooperazione, senza essere obbligate ad avvalersi di alcuna forma giuridica in particolare e che tale cooperazione potrebbe riguardare tutti i tipi di attività connesse alla prestazione di servizi e alle responsabilità affidati alle amministrazioni partecipanti o da esse assunti, quali i compiti obbligatori o facoltativi di enti pubblici territoriali o i servizi affidati a organismi specifici dal diritto pubblico.

4.2.2. Segue. La distribuzione dei compiti pubblicistici all'interno degli apparati pubblici.

Non a caso, nella direttiva 2014/24 si trova una prima previsione di interesse, inquadrabile proprio quale concretizzazione del predetto generale principio.

Si tratta dell'art. 1, par. 6, secondo cui gli accordi, le decisioni o altri strumenti giuridici – dunque non i “contratti”, cui la direttiva si riferisce invece per i partenariati orizzontali⁴⁵ – che disciplinano i trasferimenti di competenze e responsabilità per la realizzazione di compiti pubblici fra amministrazioni aggiudicatrici o associazioni di amministrazioni aggiudicatrici e non prevedono una remunerazione in cambio di una prestazione, sono considerati questioni di organizzazione interna dello Stato membro interessato e, in quanto tali, esulano del tutto dall'ambito di applicazione della direttiva.

⁴⁴ Cfr. il richiamato *Documento di lavoro*, sub 3.1

⁴⁵ La distinzione già emerge dalle precedenti vicende giurisprudenziali. Infatti, nel caso *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, relativo alla Città di Amburgo, la Commissione sosteneva che non fosse configurabile un'assistenza amministrativa, in quanto l'operazione era stata realizzata non in forza di una legge o di atti unilaterali, bensì di un contratto. Si confida di chiarire nel testo come tali aspetti siano ora meglio precisati dalla nuova direttiva, che esclude in radice dal proprio campo di applicazione i trasferimenti di compiti pubblici fra amministrazioni, realizzati su base non contrattuale, mentre esclude la configurabilità di appalti nel caso di partenariati pubblico-pubblico orizzontali originanti da contratto, ricorrendo particolari requisiti.



La norma consente di allocare nel modo ritenuto più opportuno le attribuzioni ed i compiti tipici della pubblica amministrazione all'interno dell'organizzazione pluralistica e plurisoggettiva di questa e, quindi, si direbbe, necessariamente anche (sia pure per implicito) di disporre le modalità di finanziamento correlativamente necessarie.

Alla luce dell'art. 1, par. 6 s'impone, allora, di distinguere innanzitutto fra la distribuzione delle attribuzioni e compiti nell'attività di organizzazione degli apparati pubblici, con gli eventuali correlativi trasferimenti finanziari, che la norma contempla anche in possibile forma convenzionale, per un verso, ed i contratti inerenti alla concreta esecuzione dei compiti stessi, con le relative forme di remunerazione, per l'altro verso.

In ciò sta un aspetto di fondamentale importanza.

L'intestazione di un compito, in capo ad un soggetto entro la sfera dell'amministrazione, comporta responsabilità (di carattere giuridico e/o politico-istituzionale) per il modo in cui esso è svolto e, quindi, poteri di ingerenza; non invece necessariamente che sia il medesimo soggetto ad operare per l'esecuzione materiale del compito stesso.

Il primo aspetto riguarda certamente l'ambito di libera organizzazione dei soggetti amministrativi, mentre il secondo può coinvolgere il piano dei contratti pubblici.

Nella terminologia italiana ciò richiama alla mente la distinzione fra titolarità ed esercizio di funzioni o servizi pubblici.

Nel nostro ordinamento si direbbe non consentito – per effetto della riserva di legge nella distribuzione delle funzioni amministrative (ex art. 97 Cost.) e del connesso principio di legalità – che le amministrazioni concludano accordi per modificare la titolarità dei compiti stabilita in via normativa, se non nel solco di specifiche norme che lo prevedano.

A ben vedere, sono però previsti (e ricorrono nella pratica) accordi comportanti il trasferimento non già della titolarità e quindi anche della responsabilità ultima, bensì dell'esecuzione di funzioni pubbliche in senso stretto o di servizi pubblici, dal soggetto pubblico che ne è e ne resta titolare, ad un altro soggetto, pubblico, che provvede in concreto a compiere gli atti e le operazioni relativi.

Si pensi alla delega di funzioni amministrative, o al trasferimento dell'esercizio di funzioni, laddove consentiti in via normativa, come accade ad esempio con l'art. 30 del testo unico degli enti locali, che consente il convenzionamento fra comuni ed anche la delega quale strumento per affidare ad uno l'esercizio delle funzioni degli altri.

Un esempio potrebbe consistere nella condivisione, con tale forma, di un servizio di polizia municipale di un comune, esteso anche ad un comune vicino.

In questo caso non vi è esattamente un trasferimento della titolarità del compito pubblico, né (almeno non integralmente) delle correlative responsabilità, per usare la terminologia dell'art. 1, par. 6 della direttiva, ma si direbbe che nondimeno ricorra esattamente la *ratio* sottostante a tale norma, la quale, essendo norma di armonizzazione, (destinata ad applicarsi a discipline ed assetti organizzativi eterogenei nei vari Paesi membri) va letta in chiave sostanzialistica e non invece in dipendenza di aspetti formali caratteristici di un singolo ordinamento nazionale.

Del resto – e si direbbe trattarsi di un aspetto decisivo – nell'ipotesi in esame verrebbero in rilievo non attività economiche suscettibili (neppure in astratto) di essere fatte oggetto di contratti con soggetti operanti sul mercato, bensì vicende puramente riguardanti le forme di organizzazione interna dei soggetti amministrativi.

Inoltre, quand'anche vi fosse un trasferimento di risorse finanziarie (per vero normale in casi del genere), esso ben potrebbe essere strutturato in forma di finanziamento correlativo all'esercizio delle funzioni pubbliche – quale corollario naturale di un determinato assetto di organizzazione scelto dall'amministrazione entro l'area di libertà di cui essa dispone a tale proposito – piuttosto che propriamente in forma di remunerazione contrattuale, in quanto il trasferimento finanziario non è un tratto caratteristico esclusivo del contratto e ricorre invece ordinariamente anche nelle dinamiche endoamministrative complesse.⁴⁶

Si direbbe, quindi, che anche in casi come quello dell'art. 30 del t.u.e.l., se ed in quanto vengono in rilievo funzioni propriamente amministrative (poteri coercitivi, secondo la terminologia europea), si possa applicare l'art. 1.6 della direttiva in conformità al suo spirito e nella piena osservanza del suo effetto utile.

Più complesso si presenta invece il discorso nel caso in cui eventuali accordi abbiano ad oggetto forme di collaborazione fra amministrazioni per servizi pubblici aventi natura di attività economica, che rientrino pur sempre fra i caratteristici compiti pubblici.

A monte delle categorie giuridiche proprie degli ordinamenti nazionali e secondo l'approccio sostanzialistico proprio del diritto europeo, tali fattispecie si prestano infatti anche ad un inquadramento di carattere contrattuale.

⁴⁶ Sul punto si veda, ad esempio, la sentenza Corte giust., 18 dicembre 2007, C-532/03, *Commissione c. Rep. Irlanda*, cit., in *Urb. App.*, 2008, p. 293, con nota di R. CARANTA, *ivi*, p. 300, concernente il servizio di trasporto d'urgenza in ambulanza nella Città di Dublino. La Corte (ma prima ancora la ricorrente Commissione) esclude che venga in rilievo un pubblico appalto, allorché un soggetto pubblico fornisce al pubblico i servizi in questione nell'esercizio delle proprie competenze derivanti direttamente dalla legge ed utilizzando propri fondi, benché percepisca un contributo versato da un'altra amministrazione, a sua volta dotata delle medesime competenze, destinato a coprire una parte delle spese.



Ciò comporta l'abbandono del perimetro dell'art. 1.6 della direttiva 2014/24 e la necessità di fare riferimento alle norme da essa dettate per i contratti, ivi comprese quelle derogatorie sui partenariati pubblico-pubblico orizzontali con i correlativi limiti, oltre i quali si apre l'area dell'aggiudicazione dei pubblici appalti tramite le procedure ad evidenza pubblica.⁴⁷

4.2.3. La disciplina dei partenariati pubblico-pubblico orizzontali

Tutto ciò premesso, si può ora affrontare la disamina delle nuove regole europee dettate per i partenariati pubblico-pubblico orizzontali.

Le disposizioni rilevanti, nella direttiva 2014/24, sono insite nel suo art. 12.

Nei primi paragrafi questo fornisce una base legale, quindi non più soltanto pretoria, all'*in house providing* (ossia di partenariato pubblico-pubblico verticale o istituzionale), con alcune utili precisazioni: è finalmente quantificato il volume di attività – non oltre il 20% – suscettibile di essere svolto dall'entità *in house* con committenti diversi dalle amministrazioni che la controllano; sono stabiliti gli inerenti criteri di quantificazione; è contemplata, entro limiti, la possibile partecipazione di soggetti privati all'entità *in house*; è riaffermata la possibilità del controllo analogo congiunto da parte di più amministrazioni. Ecc..

A partire dal quarto paragrafo viene invece fornita la disciplina delle collaborazioni orizzontali fra soggetti pubblici, secondo la quale un contratto concluso esclusivamente fra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva stessa, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) il contratto stabilisce o realizza una cooperazione fra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune;
- b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; e
- c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione (anche in questo caso sono fornite indicazioni circa le modalità di calcolo, ai fini della verifica della soglia).

⁴⁷ Entro questi limiti, ossia quando si tratta di semplici attività di servizio e non propriamente dell'espletamento di funzioni tipicamente amministrative, si può condividere l'affermazione di S. BROCKHOFF, *Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit*, cit., secondo cui è possibile che le regole dell'evidenza pubblica vengano ad applicazione anche alle "*delegierende Vereinbarungen*" (non solo alle "*mandatierende Vereinbarungen*") fra soggetti pubblici.



Rispetto ai già illustrati precedenti approdi della Corte di giustizia si segnalano essenzialmente due aspetti di novità.

Un primo sta nel fatto che si è ora in presenza di una disciplina legale specifica, che dunque concorre a delimitare dall'esterno la nozione di appalto pubblico. Mentre in passato occorreva fare i conti con questa, per ricavare uno spazio ai partenariati in questione, ora sulla base della direttiva 2014/24 si potrà invece sostenere in modo più solido che la fattispecie in esame costituisca una deroga rispetto al regime degli appalti pubblici, certamente da coordinare con le disposizioni che definiscono i medesimi, ma capace di limitarle, sia pure entro gli spazi consentiti dai noti criteri di ermeneutica (stretta interpretazione delle norme derogatorie, effetto utile).

L'altra novità si connette alla possibilità – prevista dalla direttiva – che il partenariato riguardi soggetti pubblici i quali svolgono le attività interessate dalla cooperazione anche sul mercato aperto, sia pure entro limiti quantitativi tali da ammettere soltanto marginalmente tale fenomeno. Se ne tratterà oltre.

Ulteriori elementi utili a chiarire tali scarse indicazioni normative si rinvengono nei “considerando” della direttiva 2014/24.

In particolare si tratta del 32°, del 33° (di cui si è già in parte detto) e del 34°.

Il 33° (nelle parti non ancora ricordate) chiarisce che i servizi forniti dalle diverse amministrazioni partecipanti non devono necessariamente essere identici. Potrebbero anche essere complementari e la cooperazione non comporta che tutte le amministrazioni partecipanti si assumano la responsabilità di eseguire i principali obblighi contrattuali, fintantoché sussistono impegni a cooperare all'esecuzione del servizio pubblico.

Tali questioni erano state dibattute, con posizioni eterogenee, prima dell'approvazione della direttiva.⁴⁸

Inoltre, come già aveva ritenuto la Corte di giustizia,⁴⁹ il 33° considerando specifica che: i partenariati pubblici in questione devono essere conclusi esclusivamente fra amministrazioni aggiudicatrici; nessun fornitore privato di servizi deve trovarsi a godere di una posizione di

⁴⁸ Ad esempio P. LE LUCA, *Il partenariato*, cit., p. 396 ha negato la possibilità che i partenariati in esame potessero riguardare servizi pubblici di natura differente fra loro, facenti capo alle varie amministrazioni parti dell'accordo. Per contro R. CARANTA, *Accordi*, cit., p. 396, ha ritenuto che nella giurisprudenza della Corte non fosse sufficientemente precisato questo aspetto, suscettibile di diverse interpretazioni, ma che l'approccio più restrittivo non fosse necessario alla luce della *ratio* della disciplina europea dei contratti pubblici. Alla luce delle indicazioni contenute nella direttiva, di cui si è detto nel testo, risulta smentita la tesi di D. MARESCA, *La cooperazione*, cit., 687, p. 701, che ha suggerito di intendere come ammissibili sono partenariati pubblico-pubblico orizzontali conclusi da enti collocati su di un medesimo livello istituzionale, dal punto di vista verticale, con competenze su diversi territori contigui.

⁴⁹ Cfr., ad esempio, la decisione nel già ricordato caso *Ordine degli della Provincia di Lecce*.

vantaggio rispetto ai suoi concorrenti; l'attuazione della cooperazione, inclusi gli eventuali trasferimenti finanziari fra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, dovrebbe essere retta solo da considerazioni legate al pubblico interesse.

Tali aspetti sono peraltro da coordinare con una parte del contenuto del 32° considerando.

Quest'ultimo, dopo avere illustrato le ragioni ed i limiti di ammissibilità della partecipazione di capitale privato nelle entità *in house*, chiarisce la medesima tematica a proposito dei partenariati pubblico-pubblico orizzontali.

Se è vero che non possono esserne parte operatori privati (come risulta dallo stesso 32° e dal 33° considerando), ciò non toglie che possano invece esserlo, in quanto amministrazioni aggiudicatrici, anche organismi di diritto pubblico costituiti in forma tale da avere operatori privati nella propria composizione (ad esempio quali soci, nel caso di società).

Infatti, nel 32° considerando si legge quanto segue: occorre altresì chiarire che le amministrazioni aggiudicatrici quali gli organismi di diritto pubblico, per i quali è possibile la partecipazione di capitali privati, dovrebbero essere in condizione di avvalersi dell'esenzione per la cooperazione orizzontale; ovviamente se ed in quanto siano soddisfatte tutte le altre condizioni stabilite per tale forma di partenariato pubblico-pubblico. Ivi compresa, dunque, quella che impone nell'accordo l'assenza di vantaggi per singoli operatori privati rispetto ai loro concorrenti.

4.2.4. Altre figure di relazioni pubblico-pubblico

Infine occorre segnalare altre possibili relazioni pubblico-pubblico contemplate dalla direttiva 2014/24.

Secondo il 34° considerando, resta esclusa dalla disciplina degli appalti – trattandosi di un rapporto puramente amministrativo di natura extracontrattuale – l'eventuale fattispecie in cui un soggetto giuridico agisce, a norma delle pertinenti disposizioni del diritto nazionale, quale strumento o servizio tecnico di determinate amministrazioni aggiudicatrici, essendo tenuto ad eseguire le istruzioni ricevute da tali amministrazioni aggiudicatrici e non disponendo di alcuna influenza sulla remunerazione della sua prestazione.

Anche qui riecheggia la giurisprudenza della Corte di giustizia ed in particolare del sopra ricordato caso spagnolo della società *Tragsa*.

Inoltre, ai sensi dell'art. 18 della direttiva 2014/24, la direttiva stessa non si applica agli appalti pubblici di servizi – benché tali, in quanto corrispondenti alla relativa definizione – i quali siano aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice ad un'altra amministrazione aggiudicatrice o ad un'associazione di amministrazioni aggiudicatrici, in base ad un diritto esclusivo di cui esse



beneficiano in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il Trattato.

4.3. Le questioni aperte, in seguito alla direttiva

L'evoluzione giurisprudenziale, prima, e poi le nuove direttive del 2014, consentono di individuare alcune delle questioni che a livello di diritto europeo rimangono meritevoli di approfondimento circa i partenariati pubblico-pubblico a carattere orizzontale.

Si direbbe che le difficoltà nascano essenzialmente dai termini utilizzati nella traduzione delle sentenze e delle direttive, che spesso corrispondono a nozioni plurisenso o non esattamente definite nella nostra esperienza giuridica, con conseguente rischio di incomprensione o di fraintendimento.

4.3.1. Accordi su attività tipicamente amministrative, anche se non costituenti funzioni comportanti l'esercizio di pubblici poteri

In questo quadro l'oggetto dei partenariati pubblico-pubblico a carattere orizzontale consentiti è stato ad esempio individuato, indifferentemente, come:

- l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune alle parti;⁵⁰
- l'adempimento dei loro compiti di pubblico interesse;⁵¹
- il fornire congiuntamente i rispettivi servizi pubblici;⁵²
- i compiti obbligatori o facoltativi di enti pubblici territoriali o i servizi affidati a organismi specifici dal diritto pubblico;⁵³
- lo svolgimento di servizi pubblici nell'ottica del conseguimento di obiettivi comuni.⁵⁴

E' evidente che nell'affrontare materiali normativi siffatti, occorre liberarsi dalle abitudini terminologiche della scienza amministrativa italiana, con tutte le sue sottigliezze, ma anche incertezze e tormentate contrapposizioni riguardo a concetti come quelli di funzione, di servizio pubblico,⁵⁵ di pubblico interesse, di compiti degli apparati pubblici.

⁵⁰ Così, ad esempio, la Corte di giustizia nel già richiamato caso *Commissione c. Rep. Federale di Germania*, relativo alla Città di Amburgo.

⁵¹ *Idem*.

⁵² Così la direttiva 2014/24, nel 33° considerando.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ Così la direttiva 2014/24, all'art. 12, nonché la direttiva 2014/23, all'art. 17.

⁵⁵ Resta ancora utile, in proposito, riferirsi a G. CAIA, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in AA.VV. *Diritto Amministrativo*, Vol. I, Bologna, 2001, p 923.



La varietà dei termini utilizzati denota – oltre ad una certa approssimatività (forse difficilmente evitabile) delle traduzioni – come le Istituzioni comunitarie, secondo quanto normalmente accade, non abbiano voluto riferirsi a categorie giuridiche generali, quanto piuttosto attingere una determinata sostanza operativa “pregiuridica”.

Quale questa sia emerge, oltre che da una valutazione complessiva e non letterale delle anzidette espressioni, dal senso della figura in esame e dalla sua storica derivazione “in negativo” o per esclusione dal tronco della nozione di appalto pubblico.

L’oggetto dei partenariati in esame sono i compiti di servizio che danno luogo a ciò che tipicamente, per natura, incombe sulla pubblica amministrazione per il soddisfacimento di interessi della collettività e tuttavia potrebbe presentare aspetti di sovrapposizione con gli appalti pubblici.

Ne restano invece escluse – oltre alle funzioni tipicamente pubblicistiche inerenti all’esercizio dei pubblici poteri (non interferenti con l’area del contratto e tendenzialmente riconducibili alla previsione dell’art. 1, par. 6, della direttiva, di cui sopra) – le attività consistenti in compiti o servizi che non sono tipicamente della pubblica amministrazione, tanto da essere svolte anche da parte di operatori privati con modalità che danno vita a forme di mercato, eppure sono necessarie anche nella o per la pubblica amministrazione.

Non a caso, in alcune delle sentenze più rilevanti sull’argomento, proprio il fatto che le attività assunte quale oggetto di un accordo fra amministrazioni quantomeno somigliassero fortemente ad attività ordinariamente offerte sul libero mercato ha indotto la Corte a dubitare che si trattasse realmente di compiti pubblici o di servizi pubblici propri delle parti dell’accordo.⁵⁶

Forse varrebbe la pena di ricorrere ad uno specifico ed apposito termine tecnico in materia nella nostra lingua – ad esempio “attività di servizio caratteristica delle pubbliche amministrazioni” – per evitare i fraintendimenti indotti dall’impiego, nella direttiva e nella giurisprudenza europea, delle espressioni sopra ricordate o di altre cui ha fatto ricorso la dottrina.⁵⁷

Sul piano metodologico, si può fondatamente dubitare che quello prospettato e suggerito sia un criterio interpretativo e distintivo di carattere giuridico-formale. Anzi non lo è proprio.

Ma non sarebbe corretto respingerlo solo per questo.

⁵⁶ Si vedano le già ampiamente richiamate sentenze relative ai casi *Ordine degli ingegneri della Provincia di Lecce*, cit., e *Consulta regionale dell’ordine degli ingegneri della Lombardia*, cit..

⁵⁷ Ad esempio P. DE LUCA, *Il Partenariato*, cit., p. 396, fa riferimento alla missione di interesse generale dell’ente coinvolto nell’accordo o alla sua funzione istituzionale, mentre R. CARANTA, *Accordi*, cit., p. 397, si riferisce all’attività squisitamente pubblicistica.



Il diritto europeo non è infatti vincolato all'uso di siffatte categorie, tanto care ad una parte della dottrina amministrativistica italiana, quanto piuttosto alla “natura delle cose” quale elemento sul quale fondare l'armonizzazione normativa.⁵⁸

Proprio questo rilievo concorre a chiarire l'interpretazione.

Non basterebbe, infatti, che una norma organizzativa nazionale pretendesse di qualificare formalmente come specifica missione amministrativa di interesse generale dell'ente coinvolto nell'accordo o come sua funzione istituzionale, un'attività per natura non corrispondente al criterio distintivo poc'anzi tratteggiato, solo per corrispondere sul piano formale ai requisiti in esame, proprio perché quello che conta è la sostanza dei fenomeni che vengono in rilievo e non il modo in cui le discipline nazionali li inquadrano o li qualificano.

La prospettiva suggerita consente anche di accogliere con pieno favore le precisazioni insite nella direttiva, riguardo al fatto che nei partenariati pubblico-pubblico orizzontali non necessariamente tutte le parti debbano cooperare allo svolgimento di un identico compito o servizio, essendo possibile l'incrocio di attività diverse,⁵⁹ e che gli apporti rispettivi siano anche differenti.

Ciò che conta – secondo la finalità ultima della disciplina in esame, che è quella di preservare la libertà organizzativa dei soggetti pubblici senza intaccare le libertà economiche e la concorrenza garantite dal Trattato⁶⁰ – è che si rimanga nell'ambito della cooperazione nello svolgimento di compiti o servizi rientranti tipicamente o per natura nelle attività delle amministrazioni pubbliche a beneficio degli amministrati e non, invece, nelle attività economiche aventi un mercato.

4.3.2. Comunanza dei servizi o dei compiti oggetto dell'accordo

L'altro verso della medaglia è dato dal requisito della comunanza fra le amministrazioni parti dell'accordo, che però è riferito ai servizi o ai compiti oggetto dell'accordo stesso, nella

⁵⁸ Cfr. F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 39, da cui è opportuno citare alcuni brevi passi. «La normativa comunitaria usa spesso un linguaggio apparentemente atecnico, non normativo, nel senso di norma che descrive il presupposto di fatto per la sua applicazione, allusivo a fatti che si intendono tali, senza tenere conto della loro disciplina giuridica nell'ordinamento nazionale di recepimento, e ai quali si dovrebbe applicare una disciplina giuridica comunitaria che dovrebbe tenere conto della logica dei fatti, anziché degli istituti giuridici affermatasi formalmente nei singoli Stati appartenenti alla Comunità.» Di grande rilievo è la successiva avvertenza del medesimo Autore, secondo cui siffatta tecnica di armonizzazione risulta efficace solo «sul presupposto che gli operatori dei singoli ordinamenti, autorità amministrative e giudici, “stiano al gioco”, accettino cioè la regola della «natura delle cose» come strumento interpretativo di ricostruzione sistemica e non tentino di sabotarla facendo ricorso agli effetti paralizzanti dell'incongruo uso di una interpretazione normativa».

⁵⁹ Lo si ricava dal 33° considerando, ma anche dall'art. 12 secondo quanto si dirà meglio *infra* nel testo.

⁶⁰ In tal senso può vedersi, ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia sul caso *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, relativo alla Città di Amburgo.



giurisprudenza della Corte di giustizia⁶¹ ed invece agli obiettivi delle amministrazioni interessate, nella direttiva 2014/24.

In tal senso la direttiva fornisce un'importante correzione di rotta.

Oltre a confermare (ciò che risulta dal 33° considerando, ossia) che non necessariamente l'accordo deve riguardare una stessa attività comune alle parti, essa riduce l'importanza del requisito in esame.

L'ottica di conseguire obiettivi che le amministrazioni contraenti hanno in comune, ancorché ciascuna nella cura di proprie attività distinte da quelle delle altre, si risolve infatti in una mera ottica di coordinamento, anche di esigenze istituzionali fra loro differenti.

I vari soggetti pubblici che concludono l'accordo possono farlo ciascuno in vista di una propria attività (compito, servizio) diversa da quella delle altre, ma in modo da trovare comunque un soddisfacimento delle connesse esigenze operative, tale da consentire loro di fare propri gli obiettivi dell'accordo stesso.

Ciò che conta a questo proposito è che il partenariato non deve tendere a realizzare la missione istituzionale (nel senso già precisato) di una sola delle amministrazioni aderenti.⁶² Ciascuna deve poterne approfittare in tal senso, fornendo un proprio apporto, nella prospettiva che la dottrina ha variamente definito come *genuine co-operation between the parties*,⁶³ o *auténtica cooperación para la ejecución conjunta*,⁶⁴ o *cooperación real*,⁶⁵ o *Zusammenarbeit auf einem kooperativem Konzept* e con *Erziehung von Synergieeffekte*.⁶⁶

4.3.3. Attività sul libero mercato

Le esposte considerazioni devono essere ulteriormente precisate, alla luce della previsione contenuta nell'art. 12 della direttiva 2014/24, secondo cui il partenariato pubblico-pubblico orizzontale è ammesso (senza necessità di osservanza delle norme sull'aggiudicazione degli appalti) purché, fra l'altro, le amministrazioni partecipanti svolgano sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione.

Questo significa (conferma, nel nostro discorso) che proprio le attività oggetto dell'accordo possono anche corrispondere ad attività economiche per le quali esiste un mercato (almeno

⁶¹ Così, ad esempio, la sentenza relativa al caso *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*.

⁶² Così anche P. DE LUCA, *Il partenariato*, cit. 396.

⁶³ Così J. WIGGEN, *Directive 2014/24/EU*, cit., p. 90.

⁶⁴ C. CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *Las nuevas directivas*, cit., p. 6.

⁶⁵ D. SANTIAGO IGLESIAS, *Las relaciones*, cit., p. 3.

⁶⁶ Così S. BROCKHOFF, *Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit*, cit., p. 626 e 633,



potenziale), ossia una domanda da parte di soggetti diversi da amministrazioni dedite allo svolgimento di compiti o funzioni o servizi tipicamente amministrativi ed un'offerta da parte di operatori economici privati.

Ne risulta smentito il criterio fondamentale di individuazione dell'oggetto dei partenariati permessi, prospettato poc'anzi ?

Assolutamente no, anche se occorre a questo punto precisarlo.

E' indubbio che le amministrazioni cooperanti (una o più di esse) possano trovarsi a svolgere, in seno all'accordo, attività suscettibili anche di essere offerte sul mercato, ma è intanto da stabilire se necessariamente tal quali o invece con qualche necessario adattamento.

Si consideri l'ipotesi di una pluralità di enti locali che concludono un accordo come quello relativo ai rifiuti nella Città di Amburgo, di cui si è già detto, ma riservandosi anche una quota di capacità per il trattamento di rifiuti speciali (compatibili con il funzionamento tecnico dell'impianto), quota da commercializzare sul mercato per assicurare la sostenibilità complessiva dell'operazione, grazie ai proventi.

Analogamente si può immaginare un accordo per la creazione ed il funzionamento di una rete di residenze protette per anziani non autosufficienti, gestite da un soggetto pubblico e convenzionate con il servizio sanitario nazionale, con riserva di alcuni posti-letto da cedere invece sul libero mercato in modo da generare maggiori ricavi necessari per la copertura dei costi complessivi.

Questi esempi consentono di tornare su un profilo che si era lasciato ancora aperto.

Essi rivelano come talvolta attività finali per natura tipiche delle amministrazioni, costituenti servizio nella terminologia europea, possano coincidere con attività per le quali esiste un mercato, almeno potenziale, differenziandosi da quelle private per le modalità con le quali vengono organizzate,⁶⁷ finanziate ed offerte nel perseguimento di pubblici interessi (nei limiti della compatibilità con il diritto europeo).

Del resto, nella disciplina europea di statistica è contemplata – proprio per delineare il perimetro del settore pubblico – la figura del produttore di beni o servizi non destinabili alla vendita, da individuarsi in base al fatto che i proventi della cessione di essi non coprano una quota superiore al 50% dei costi di produzione.⁶⁸

⁶⁷ L'organizzazione, come tratto caratteristico delle attività di servizio pubblico e distintivo rispetto a quelle economiche libere, è sottolineata da G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in AAS.VV. *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna 2001, p. 957

⁶⁸ In merito può vedersi Cons. Stato, sez. V, 18 maggio 2015, n. 2515, in www.giustizia-amministrativa.it.



E' ben possibile che un'amministrazione agisca in tale modo, ma si riservi nel contempo di commercializzare una quantità marginale dei propri beni o servizi destinandoli alla vendita a condizioni di mercato.

Si può dunque ritenere che anche il profilo in esame – relativo ad attività in mercato aperto da parte delle amministrazioni parti dell'accordo, per le attività in esso dedotte – non contraddica quanto si è esposto sopra in ordine al genere delle possibili attività stesse, che devono restare comprese nell'ambito di quelle tipiche o caratteristiche delle amministrazioni per natura.

I limiti quantitativi entro i quali il fenomeno è ammesso sono stringenti, tanto da rendere del tutto marginale l'eventuale attività sul mercato aperto.

Ciò rivela l'intento normativo di introdurre una clausola di flessibilità nella disciplina dei partenariati pubblico-pubblico orizzontali e non, invece, di snaturarli.

Le amministrazioni devono cioè restare focalizzate sui propri tipici compiti e solo in misura non significativa possono cedere sul mercato prestazioni omogenee (ma non necessariamente in tutto e per tutto identiche) rispetto alle attività oggetto dell'accordo di cooperazione, se ed in quanto si abbia un mercato di tal fatta.

4.4. Gli accordi non ammessi nell'ambito dei partenariati pubblico-pubblico orizzontali

Le considerazioni svolte, con riguardo tanto alla direttiva quanto alla giurisprudenza, consentono di individuare anche tipologie di accordi che esulano dal novero di quelli consentiti come partenariati pubblico-privati orizzontali.

Si tratta, in particolare, degli accordi mediante i quali una o più amministrazioni si procurano prestazioni destinate a sé, perché strumentali rispetto alla propria attività; prestazioni le quali (dal punto di vista del soggetto, a sua volta pubblico, che le eroga) non costituiscono compiti o funzioni o servizi propriamente amministrativi, anche perché non destinati immediatamente a beneficio degli amministrati ed hanno invece un mercato.

In altri termini, e riprendendo un autore, resta precluso alle amministrazioni il porsi, negli accordi, come operatori economici, anche solo per conseguire un rimborso delle spese.⁶⁹

In tal caso, infatti, possono determinarsi pregiudizi per le libertà economiche e la concorrenza tutelate dal Trattato, senza contare che, come ha segnalato la dottrina, non necessariamente la

⁶⁹ Così A. BARTOLINI, *Accordi*, cit., p. 1264.



soluzione “endoamministrativa”, in mancanza di un trasparente confronto competitivo, risulta la soluzione più semplice ed economica per l’ente pubblico interessato.⁷⁰

Non si tratta necessariamente di tutte le prestazioni aventi ad oggetto utilità che per l’amministrazione ricevente si caratterizzano come strumentali.

Anche in questo ambito è infatti possibile immaginare compiti propriamente amministrativi e a ben vedere la stessa categoria delle attività strumentali ha confini non netti.

Si pensi, in particolare quanto al primo profilo, alle funzioni di committenza centralizzata, che certamente sono strumentali ma – si direbbe per la loro intrinseca natura amministrativa – possono essere affidate da un’amministrazione all’altra senza soggiacere al regime degli appalti pubblici di servizi, come previsto dall’art. 11 della dir. 2004/18 e dall’art. 37 della dir. 2014/24.

E’ tuttavia evidente come un’ampia parte di forniture e servizi strumentali per gli apparati amministrativi esuli dall’area di applicazione delle norme sui partenariati pubblico-pubblico orizzontali.

Con ciò risultano fortemente ridotte le potenzialità della previsione, di cui si è già detto, contenuta nell’art. 43, comma 3 della l. n. 449/1997, nella parte in cui consente alle amministrazioni di stipulare convenzioni con soggetti pubblici dirette a fornire, a titolo oneroso, consulenze o servizi aggiuntivi rispetto a quelli ordinari. Dal punto di vista delle controparti pubbliche, tenute in quanto tali all’osservanza delle norme europee e nazionali sull’evidenza pubblica, possono infatti venire in rilievo appalti, piuttosto che mere collaborazioni endoamministrative, alla luce di tutto quanto si è illustrato.

5. L’atteggiamento della giurisprudenza amministrativa italiana

Come si è venuta orientando la giurisprudenza italiana, nella materia in esame ?

Ad oggi essa ha potuto beneficiare essenzialmente dei risultati dell’elaborazione di quella europea, essendo invece ancora troppo recenti le direttive del 2014.

Si direbbe, tuttavia, che le pronunce disponibili evidenzino percorsi motivazionali non sempre lineari e notevoli incertezze nell’inquadramento concreto, all’atto della combinazione tra fatto e diritto che caratterizza l’opera del giudice, dei requisiti rilevanti per i partenariati pubblico-pubblico orizzontali ammissibili.

⁷⁰ Così L. DE LUCA, *Il partenariato*, cit., p. 397.

Nel complesso emerge anche una certa non omogeneità di esiti, ma questi ultimi sono meno interessanti in sé, nell'analisi, perché inscindibilmente connessi agli aspetti fattuali di dettaglio che caratterizzano i singoli casi.

Gli aspetti essenziali su cui si sono concentrati i giudici nazionali stanno nella natura delle amministrazioni che concludono gli accordi; nella classificazione delle attività oggetto di essi e, correlativamente, nell'interpretazione ed applicazione del requisito consistente nello svolgimento in comune di funzioni o di servizi istituzionalmente spettanti alle pubbliche amministrazioni interessate.

5.1. Natura delle amministrazioni che concludono gli accordi

Un primo filone interpretativo, che origina in particolare dalle pronunce meno recenti sul tema, si incentra in modo specifico sulla natura delle amministrazioni che concludono gli accordi.

Si valuta se l'ordinamento nazionale le autorizzi ad operare sul mercato (come, per vero, ha fatto anche la Corte di giustizia in alcuni casi⁷¹) e laddove ciò non accada si esclude trattarsi di operatori economici.

Questo apre direttamente la strada a qualificare l'accordo come non coincidente con un appalto pubblico, per difetto del requisito soggettivo di cui trattasi.

Così, ad esempio, ha deciso il Consiglio di Stato⁷² in un caso riguardante il servizio di elisoccorso in Liguria, oggetto di convenzione fra la Regione ed i Vigili del Fuoco, anche se la decisione risulta affidata, nel contempo, ad altre più solide argomentazioni.

Lo stesso approccio caratterizza, sia pure entro un quadro più ampio e complesso, una decisione del Tar Lazio⁷³ riguardante i voli elicotteristici per il monitoraggio del territorio, fatti oggetto di una convenzione fra Corpo Forestale dello Stato e Polizia Municipale della Capitale (che nel seguito, per brevità, sarà richiamato anche come caso relativo al monitoraggio aereo romano).

Si direbbe, tuttavia, che impostare il ragionamento solo in questo modo potrebbe condurre ad un eccesso di semplicismo.

In particolare vi è il rischio di presupporre che la legge nazionale sia abilitata a qualificare l'operatore indipendentemente dalle rilevanti nozioni europee.

Si immagini che il primo dei casi cui si è fatto cenno poc'anzi, fosse stato diverso da come era nei fatti.

⁷¹ Ad esempio nel caso *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, cit..

⁷² Cons. St., Sez. III, 16 dicembre 2013, n. 6014, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, p. 3363.

⁷³ TAR Lazio, Roma, Sez. II, 8 aprile 2013, n. 3518, in www.giustizia-amministrativa.it



Se i Vigili del Fuoco, pur non potendo vendere sul mercato “aperto” i propri servizi, perché tenuti a prestare gratuitamente agli amministrati le corrispondenti prestazioni di soccorso, avessero ricevuto un incarico dalla Regione di prestare i medesimi servizi per suo conto e dietro compenso (anziché concordare una cooperazione orizzontale con la Regione stessa, nell’esercizio delle rispettive competenze delle due amministrazioni, come in realtà è avvenuto ed il Consiglio di Stato ha riconosciuto), non si sarebbe potuto escludere *a priori* che i VF in quello specifico caso agissero quale operatore economico secondo la corrispondente nozione europea, solo per la natura pubblica del soggetto committente del servizio, come rivela la giurisprudenza sostanzialistica della Corte di giustizia che, da un lato, non esclude *a priori* dal novero dei pubblici appalti i contratti conclusi fra soggetti pubblici e, dall’altro, intende quale operatore economico qualunque soggetto il quale obiettivamente svolga un’attività economica, anche solo occasionalmente e sporadicamente.⁷⁴

Come già si è evidenziato in sede di esame della giurisprudenza europea, l’aspetto dirimente, allora, non può essere ricercato (quantomeno non esclusivamente) nella qualificazione soggettiva delle amministrazioni coinvolte e nel regime giuridico della loro attività, secondo il diritto nazionale.

5.2 Attività oggetto degli accordi

5.2.1. Generi di attività

Riguardo alle attività potenzialmente oggetto degli accordi di partenariato pubblico-pubblico orizzontali la giurisprudenza italiana sembra attraversata da affermazioni che possono condurre ad una concezione estremamente ampia.

Si parla, ad esempio, di qualsiasi attività, ivi comprese: (i) quella giuridica, amministrativa di diritto pubblico o amministrativa di diritto privato cioè funzionalizzata; (ii) quella di diritto comune relativa a rapporti patrimoniali e all’acquisizione di beni o servizi; (iii) quella materiale-prestazionale.⁷⁵

Si direbbe, tuttavia, che una siffatta latitudine sia eccessiva (e peraltro contraddetta, anche se non esplicitamente, nell’ambito di alcune delle stesse sentenze che nell’ambito della motivazione la prospettano).

⁷⁴ Si veda la già ricordata sentenza *CoNISMa*.

⁷⁵ In tal senso possono vedersi Cons. St., Sez. II, 22 aprile 2015, n. 1178, in www.giustizia-amministrativa.it, e TAR Lazio, Roma, n. 3518/2013, cit..



Si è già esposto quale sia, a tal proposito, la posizione della giurisprudenza europea, da rapportarsi alla natura delle cose e non invece a nozioni giuridico-formali.

Da questo punto di vista è possibile che corrispondano ai compiti o servizi istituzionali propri e specifici dei soggetti pubblici, e quindi possano costituire oggetto di legittimi partenariati pubblico-pubblico orizzontali, essenzialmente le attività sub (iii), e quelle privatistiche sub (i) mentre quelle pubblicistiche sub (i) dovrebbero rientrare nell'esclusione prevista dall'art. 1, par. 6 della direttiva, di cui si è già detto (sui trasferimenti di compiti strettamente pubblicistici comportanti l'esercizio di poteri).

Quelle sub (ii), di semplice gestione patrimoniale e di acquisizione di beni o servizi, non sembrano invece specificamente o tipicamente proprie e caratteristiche dei soggetti pubblici quanto, piuttosto, comuni anche ad operatori di mercato.

Certo, sono necessarie anche per i soggetti pubblici, ma essenzialmente in chiave strumentale cioè per porli in condizione di svolgere i loro compiti istituzionali.

Dal punto di vista della natura delle cose (non da quello giuridico formale connesso alle previsioni normative vigenti nei singoli Paesi membri) dette attività (sub ii) non appaiono cioè come veri compiti istituzionali delle amministrazioni, come tali potenzialmente coordinabili entro partenariati pubblico-pubblico orizzontali.

Piuttosto, viene qui in rilievo una componente non qualificante e, come detto, strumentale, dell'attività dell'amministrazione, che procura a sé utilità, facendo svolgere ad altri soggetti ed entro regimi giuridico-formali potenzialmente diversi, quali la delega di compiti o l'affidamento della mera esecuzione di prestazioni, i corrispondenti compiti operativi consistenti nello svolgimento di attività economiche.

5.2.2. Attività contemplate quali servizi, in allegato alle direttive sull'aggiudicazione dei pubblici appalti

In parte – e non senza contraddizioni rispetto alle più ampie affermazioni di principio di cui al precedente paragrafo – la giurisprudenza italiana recupera una posizione più equilibrata allorché esclude la legittimità dell'accordo fra amministrazioni concluso senza il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, in presenza di un oggetto di tale accordo riconducibile ai servizi contemplati in allegato alle direttive europee sull'aggiudicazione degli appalti pubblici (ad esempio, dir. 2004/18, al. II).

In effetti tali allegati – non più presenti nelle direttive del 2014 – accolgono servizi tipicamente strumentali per le amministrazioni committenti, nel senso sopra indicato.



Tuttavia, occorre precisare che non sempre e non necessariamente la coincidenza del tipo astratto di attività assunta quale oggetto di un accordo di partenariato pubblico-pubblico orizzontale con quelle individuate negli allegati alle direttive, può condurre ad escludere la legittimità dell'accordo stesso.

Risulta quindi condivisibile il fatto che, tendenzialmente, nelle pronunce dei giudici amministrativi italiani la corrispondenza tipologica delle attività che concretamente vengono in rilievo, rispetto a quelle contemplate negli allegati, sia utilizzato essenzialmente come un argomento non centrale ma collaterale nell'ambito delle decisioni, a fronte di una preminenza giustamente accordata al requisito del compito istituzionale comune alle amministrazioni contraenti che, come accennato, si rivela essere quello decisivo e tuttavia più problematico.

Così, ad esempio, nella sentenza relativa al monitoraggio aereo romano (per molti versi confusa e contraddittoria, ma metodologicamente condivisibile in questo aspetto) ha condotto all'affermazione di illegittimità dell'accordo non già il fatto in sé che il noleggio di elicotteri con equipaggio sia riconducibile agli "altri servizi" contemplati dalla norma di chiusura presente nei ridetti allegati, quanto piuttosto la ritenuta assenza in concreto di una reale cooperazione delle parti per la realizzazione di compiti istituzionali e, rispetto ad essi, di un interesse effettivamente comune (impregiudicata ogni valutazione circa il fatto che la fattispecie concreta sia stata correttamente inquadrata dal giudice sotto questo profilo).

Analogamente, nella sentenza⁷⁶ riguardante un accordo qualificato come di cooperazione pubblico-pubblica orizzontale fra l'Unione di Comuni di Lario e Monti, da un lato, ed il Politecnico di Milano, dall'altro, per attività di ricerca/consulenza propedeutiche alla predisposizione di uno strumento urbanistico, il giudice amministrativo ha riconosciuto l'astratta riconducibilità delle prestazioni a quelle dell'allegato alla direttiva e nondimeno escluso trattarsi di un pubblico appalto, per la ritenuta sussistenza di una cooperazione orizzontale relativa a compiti istituzionali di interesse pubblico comuni alle parti, sebbene eterogenei (anche in questo caso si intende sottolineare l'approccio metodologico, non invece assumere posizione in ordine al risultato interpretativo concretamente raggiunto per tale via nella sentenza).

⁷⁶ TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 24 ottobre 2013, n. 2361, *Guida al dir.*, 2013, fasc. 46, p. 70.

5.2.3. Attività di interesse pubblico delle amministrazioni

Un ulteriore aspetto che emerge dall'analisi della giurisprudenza italiana, relativamente all'individuazione della attività suscettibili di essere legittimamente accolte entro un partenariato pubblico-pubblico orizzontale, sta nel fatto che debba trattarsi di attività di interesse pubblico.

Si confida di avere già chiarito come, nell'impostazione del diritto europeo, non si possano disgiungere, in proposito, l'oggettiva natura dell'attività che viene in rilievo (la quale deve essere per natura un'attività tipica delle amministrazioni) e la sua corrispondenza all'interesse pubblico.

E' interessante osservare come siffatta prospettiva europea risulti distante dalle abitudini mentali diffuse nel nostro Paese.

Lo si vede in modo esemplare nella già ricordata decisione relativa al monitoraggio aereo romano. Nell'occasione il Tar ha accolto la sopra già ricordata (inaccettabile) amplissima nozione di attività potenzialmente deducibili nell'accordo ed escluso *a priori* che il Corpo Forestale possa qualificarsi o agire come operatore economico e quindi che, per questo, venissero in rilievo le regole europee relative agli appalti pubblici e le relative deroghe.

Entrambi gli assunti sono criticabili per le ragioni esposte nei paragrafi precedenti.

Ad ogni modo, essi hanno condotto il Tar a svolgere una parte del proprio ragionamento ritenendo rilevante solo la prospettiva giuridica nazionale ed in essa l'art. 15 della l. n. 241/1990.

In quest'ottica, nella sentenza si legge che: (i) la valutazione da effettuare è quella consistente nello stabilire se il negozio sia stato o meno stipulato da entrambe le parti con lo scopo di svolgere una funzione di interesse pubblico e che (ii) l'accezione di "interesse pubblico" in ambito nazionale è piuttosto ampia e coincide nella sostanza con il perseguimento dell'interesse pubblico da parte dei partecipanti.

Se ci si basasse su queste affermazioni (in realtà contraddette da altre nella stessa sentenza, che appare orientata ad una diversa obiettiva *ratio decidendi*) si dovrebbe concludere che qualunque amministrazione potrebbe fare accordi per qualunque genere di attività, visto che la nozione nazionale di interesse pubblico è tanto lata da risultare pressoché indefinita e da comprendere di certo anche l'efficiente ed economico apprestamento e sfruttamento delle risorse strumentali.

In questa parte la sentenza è quindi utile per rivelare esattamente un tipo di approccio – formalistico, nazionalistico, legato ad equivoci terminologici e fuorviante – che i giudici nazionali dovrebbero evitare.

Come ha efficacemente chiarito il Consiglio di Stato in altra occasione, non basta, cioè, che nell'accordo le amministrazioni che ne sono parti prevedano lo svolgimento di una qualunque loro attività che secondo la prospettiva nazionale possa considerarsi di interesse pubblico, come



avviene ad esempio per le attività strumentali, perché non è questo l'aspetto rilevante secondo il diritto europeo.⁷⁷

5.3 Compiti (funzioni/servizi) istituzionali delle pubbliche amministrazioni e di interesse comune alle parti dell'accordo

Piuttosto, come già detto, devono venire in rilievo compiti e servizi che siano, secondo la natura delle cose, tipicamente riconducibili a quelli istituzionali e propri delle amministrazioni pubbliche. La giurisprudenza amministrativa italiana non sembra essere giunta sempre ad una chiara affermazione in tal senso.

Tuttavia si è quantomeno avvicinata, tutte le volte in cui ha concentrato l'attenzione sull'ordinamento dei soggetti pubblici autori di accordi, per verificarne le funzioni assegnate dalla legge.

5.3.1. Il caso del monitoraggio aereo romano. Cenni ai casi di integrazione fra servizi di soccorso d'emergenza e servizi sanitari

In questo sta la parte condivisibile della decisione relativa al monitoraggio aereo del territorio romano, che ha esaminato le discipline nelle quali sono configurati i compiti pubblicistici, rispettivamente, del Corpo Forestale e della Polizia Municipale: gli uni, essenzialmente di polizia di sicurezza ed amministrativa e di tutela ambientale e gli altri, a loro volta di polizia amministrativa e di tutela del territorio, in ordine specialmente al controllo dell'abusivismo edilizio ed insediativo ed al controllo del traffico.

Giustamente il Tar ha concentrato l'attenzione sulla natura istituzionale amministrativa di tali funzioni (per natura tipicamente amministrative), ritenendole in sé idonee a costituire l'oggetto di un partenariato come quelli in esame.

Le attività materiali di monitoraggio aereo del territorio rientrano nell'ambito di tali funzioni e ne condividono quindi l'appartenenza alla missione istituzionale specifica delle amministrazioni coinvolte.

⁷⁷ Cfr. Cons. St., Sez. V, n. 3849/2013, cit.. Tale sentenza individua nell'accordo intercorso fra l'a.s.l. di Lecce e l'Università del Salento lo svolgimento, da parte della seconda, di attività (verifica di vulnerabilità sismica degli edifici) che per la prima risultano meramente strumentali, ancorché coerenti con la sua missione istituzionale (servizio di assistenza sanitaria e ricovero). Siffatta semplice coerenza – ma non coincidenza – fra l'attività strumentale e quella costituente in senso proprio la missione istituzionale dell'altra parte dell'accordo (che nel testo si è definita come quella per natura tipica della pubblica amministrazione) determina la qualificazione dell'accordo stesso come appalto anziché come partenariato pubblico-pubblico orizzontale.



Analogamente la giurisprudenza, nel caso relativo all'accordo fra l'Unione di Comuni Lario e Monti ed il Politecnico di Milano,⁷⁸ si è orientata con riguardo a funzioni come quelle di pianificazione territoriale urbanistica, caratteristiche degli enti locali, e quelle di ricerca, tipiche degli enti universitari.

Non dissimili nella sostanza (indipendentemente dai percorsi amministrativi utilizzati) risultano le decisioni riguardanti forme di integrazione fra servizi di soccorso/trasporto d'emergenza e servizio sanitario nazionale, che hanno riguardato l'elisoccorso ligure⁷⁹ o la Croce Rossa (nella sua veste di ente pubblico) rispetto al servizio del 118 laziale.⁸⁰

E' ben vero che entro queste tipologie di funzioni effettivamente e tipicamente pubblicistiche "per natura", possono rientrare prestazioni per le quali (astrattamente considerate) esiste un mercato: ad esempio il noleggio di elicotteri o il trasporto mediante gli stessi; la consulenza in materia ambientale e di pianificazione territoriale; il trasporto mediante ambulanza.

Come accennato, non è però questo fatto ad essere dirimente, quanto piuttosto l'analisi del contesto istituzionale e collaborativo in cui le anzidette prestazioni si inseriscono.

Se fanno corpo con lo svolgimento di compiti (funzioni/servizi) per natura tipici dei soggetti amministrativi, malgrado la loro natura di attività materiali, ne restano assorbiti e possono costituire oggetto di forme di collaborazione pubblicistica, mentre se sono svolti da amministrazioni a favore di amministrazioni come potrebbero esserlo da altri operatori economici, si apre la strada all'obbligatoria osservanza delle regole in tema di aggiudicazione degli appalti.

In questo sta il punto da valutare secondo l'attuale stato di evoluzione del diritto europeo, sul quale la giurisprudenza italiana non sempre appare convincente.

Si può muovere ancora dal caso del monitoraggio aereo romano.

Nell'accordo si prevedevano: la condivisione del servizio di monitoraggio fra Corpo Forestale e Polizia Municipale sotto il coordinamento unitario del Corpo Forestale; l'impiego di elicotteri e conducenti del Corpo Forestale; una collaborazione attraverso l'impiego del personale di entrambi i corpi (con una quota minima stabilita per quello della Polizia Municipale da imbarcare sui velivoli) ed un rimborso delle spese dalla Polizia Municipale al Corpo Forestale proprietario dei mezzi.

⁷⁸ TAR Lombardia, n. 2361/2013, cit.

⁷⁹ Cons. St., Sez. III, n. 6014/2013, cit.

⁸⁰ TAR Lazio, Roma, Sez. III, 27 novembre 2012, n. 9844, in www.giustizia-amministrativa.it (in tema cfr. altresì Cons. St., Sez. V, 30 settembre 2009, n. 5891, in *Ragiusan*, 2010, fasc. 309, p. 65).



Il Tar ha ritenuto che il Corpo Forestale non avesse agito nell'esercizio delle proprie funzioni di cui sopra, ma da operatore di mercato, perché l'accordo a quanto pare prevedeva che nei voli con personale della Polizia Municipale non fosse imbarcato anche personale del Corpo Forestale, salvo il pilota.

Non è questa la sede per esaminare i dettagli del caso, e la sentenza in rapporto ad essi, ma la fattispecie è paradigmatica.

Se realmente il Corpo Forestale avesse solo messo a disposizione della Polizia Municipale gli elicotteri con pilota, in modo da ammortizzare una parte dei relativi costi (anche se soltanto in forma di rimborso spese) nei tempi nei quali non usava i velivoli in proprio ed i servizi di monitoraggio non fossero stati realmente coordinati, nel senso che fossero stati svolti distintamente, dalla Polizia Municipale per esclusivo proprio conto quando i velivoli imbarcavano solo il suo personale, e dal Corpo Forestale quando invece a bordo vi era il personale di quest'ultimo, allora nell'accordo il Corpo Forestale non avrebbe fatto confluire lo svolgimento dei propri compiti tipicamente pubblicistici di cui si è detto, né vi sarebbe stata dunque la comunanza dell'esercizio di funzioni per natura amministrative e di obiettivi realmente pubblici comuni alle parti, come ha ritenuto il Tar.

Per contro, nel caso in cui, anche con solo personale della Polizia Municipale a bordo del velivolo, fosse stato consensualmente previsto ed attuato lo svolgimento di attività anche nell'interesse del Corpo Forestale, allora la soluzione avrebbe dovuto essere quella contraria, nel senso della legittimità del partenariato.

Emergono con ciò in tutta evidenza la necessità di grande attenzione alle particolarità ed ai dettagli dei singoli casi e l'impossibilità di ritenere in via generale legittime o non legittime categorie di accordi definite esclusivamente in base all'individuazione delle parti e del settore di attività che ne costituisce l'oggetto (del che non sempre la giurisprudenza italiana sembra avere tenuto conto⁸¹).

5.3.2. I casi delle collaborazioni fra Enti locali o a.s.l. ed Università

Non dissimile risulta l'inquadramento dei casi di accordi fra enti locali o a.s.l. ed Università, per lo svolgimento di attività di ricerca di interesse istituzionale degli Atenei, suscettibile di combinarsi con i diversi interessi istituzionali delle altre parti per dare vita ad un interesse pubblico nel senso

⁸¹ Vedasi il successivo par. 5.3.3.



europeo del termine, comune alle parti dell'accordo; o, alternativamente, per attività di consulenza da parte degli Atenei, puramente strumentale per gli enti beneficiari.

Questa distinzione risulta, in effetti, la chiave di lettura di tutte le decisioni, tanto della Corte di giustizia, quanto nazionali.⁸²

Se e nella misura in cui per le Università si tratta della loro attività specifica di ricerca, eventualmente anche applicata ma pur sempre su tematiche ad elevata complessità e/o con metodologie innovative o sperimentali, ci si trova per natura delle cose entro le tipiche funzioni istituzionali degli Atenei.

L'eventuale connessione, sul piano degli interessi, fra lo svolgimento di tali attività degli Atenei e lo svolgimento di funzioni a loro volta tipiche, per natura, di Enti locali o a.s.l. (quali la pianificazione ed il governo del territorio o le attività sanitarie) può dischiudere uno spazio per collaborazioni sinergicamente orientate verso attività propriamente pubbliche e di interesse comune.

In tal caso viene in rilievo ciò che la giurisprudenza italiana ha talvolta definito come sinergica convergenza su attività di interesse comune, pur nell'eventuale diversità del fine pubblico perseguito da ciascuna amministrazione,⁸³ o come reale ed effettiva divisione di compiti e responsabilità, intendendosi per compiti quelli che le amministrazioni hanno l'obbligo di perseguire come interesse principale, da valutare alla luce delle loro finalità istituzionali⁸⁴.

Per contro, se l'Università abbandona il terreno delle proprie funzioni caratteristiche per natura e si colloca su quello nel quale operano, sempre per natura, operatori economici professionali – ad esempio le prestazioni inerenti ai settori dell'ingegneria e dell'architettura – allora vengono meno la natura tipicamente pubblica ed istituzionale dell'attività e la comunanza o convergenza di interessi su tale specifico terreno.⁸⁵

Per l'Università il fenomeno è di immediata evidenza, ma esso si verifica anche per l'ente locale o la a.s.l., i quali si troverebbero ad acquistare prestazioni strumentali rispetto alla propria attività istituzionale e non a svolgere direttamente quest'ultima integrandovi sinergicamente gli apporti della cooperazione con l'Ateneo.

⁸² Quanto alla Corte di giustizia ci si riferisce ai sopra richiamati casi *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, successivamente definito in Italia dalla sentenza Cons. St., Sez. V, n. 3849/2013, cit., e *Consulta regionale dell'Ordine degli ingegneri della Lombardia*, mentre nella giurisprudenza italiana si aggiunge TAR Lombardia, n. 2361/2013, cit.

⁸³ Così Cons. St., Sez. V, n. 3849/2013, cit..

⁸⁴ Così ANAC, parere 25 aprile 2014, AG 20/2014, *Comune di Casalpusterlengo*, in www.anac.it.

⁸⁵ Così, ancora, Cons. St., Sez. V, n. 3849/2013, cit..

5.3.3. I casi della delega di compiti strumentali a Provincia, ANCI ed Agenzia del Demanio

Un ulteriore insieme di casi riguarda ancora ciò che, secondo l'approccio europeo, sostanzialistico e legato alla natura delle cose, non costituisce compito istituzionale (funzione/servizio) dell'amministrazione pubblica – trattandosi di attività meramente strumentali – mentre nella prospettiva interna si lascia comunque ricondurre formalmente a nozioni come quelle di funzioni, attribuzioni/competenze, servizi delle pubbliche amministrazioni, interesse pubblico con conseguente rischio di fraintendimenti.

Si può muovere dall'esempio relativo ad un Consorzio pubblico per lo sviluppo industriale, tenuto a svolgere attività di manutenzione ordinaria di strade e verde nell'ambito del proprio agglomerato industriale e che affida tali attività alla Provincia, sua socia, destinata a farle svolgere da una propria società *in house*.⁸⁶

In questo caso, non si può dire che la Provincia abbia una funzione istituzionale (nel senso anzidetto) corrispondente con la manutenzione delle strade e del verde senza ulteriori precisazioni; avrà certamente funzioni di tal fatta rispetto alla viabilità provinciale (a beneficio diretto della collettività), ma se assume tali compiti per la rete del consorzio, essa agisce nell'interesse istituzionale esclusivo del consorzio, svolgendo per esso un'attività strumentale e dunque comportandosi quale operatore economico.

E' ben possibile che ne derivino economie e risparmi sul piano economico, ma non è questo il criterio in base al quale si deve considerare la legittimità dei partenariati pubblico-pubblico orizzontali.

Giustamente, quindi, il giudice amministrativo ha ritenuto violata la disciplina dell'evidenza pubblica, sulla base dei criteri derivanti dal diritto europeo.

A maggior ragione non ricorre il requisito della comunanza di obiettivi nello svolgimento di attività amministrativa per natura, allorché una delle parti dell'accordo sia un ente dotato essenzialmente di compiti consistenti nello svolgimento di attività strumentali a beneficio delle amministrazioni, perlomeno quando queste corrispondono (almeno in modo significativo) ad attività svolte anche da operatori economici sul mercato.

Correttamente si è quindi dubitato che un Comune possa concludere un accordo asseritamente pubblicistico con l'ANCI per far svolgere a questa compiti inerenti alla predisposizione degli atti

⁸⁶ Cfr. Cons. St., Sez. V, 30 settembre 2013, n. 4832, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, 2523.



relativi ad una gara volta all'affidamento del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale, trattandosi sostanzialmente di una consulenza.⁸⁷

In quest'ottica, si direbbe potersi aggiungere che le funzioni offerte da ANCI, indipendentemente dalla natura (pubblica o privata) di questa, non siano funzioni tipicamente amministrative e, quindi, si realizzi uno scambio a valenza patrimoniale piuttosto che una cooperazione pubblicistica.

Non diverso, ad onta del favorevole parere reso dal Consiglio di Stato,⁸⁸ si direbbe essere il caso dell'Agenzia del demanio, ente pubblico economico incaricato istituzionalmente della gestione degli immobili dello Stato, allorquando conclude accordi con diversi enti pubblici, ivi compresi quelli locali, aventi ad oggetto: attività di ricognizione ed analisi di patrimoni immobiliari; valutazioni tecnico-estimative dei cespiti; segmentazioni di portafogli immobiliari in relazione ai possibili impieghi; studi di prefattibilità per l'individuazione di possibili linee di intervento da attivare e della convenienza di iniziative di dismissione o valorizzazione dei beni secondo obiettivi strategici o di sviluppo territoriale.

Sembra difficile negare che venga qui in rilievo (almeno in ampia parte) un'attività tipicamente economica, svolta anche dagli operatori del mercato immobiliare e non, invece, una serie di compiti per natura riconducibili a quelli caratteristici delle amministrazioni pubbliche.

Risulta quindi difficile condividere il parere reso dal Consiglio di Stato che, senza neppure una valutazione dettagliata e specifica dei possibili contenuti degli accordi stessi (almeno a livello di motivazione esplicita), ha ritenuto trattarsi senz'altro di funzioni di interesse pubblico caratterizzate da obiettivi comuni alle parti degli accordi, individuati nel fine di valorizzare economicamente e socialmente il territorio attraverso il migliore utilizzo degli immobili.

Pare sufficiente osservare che, non solo non si tratta di un'attività naturalmente caratteristica dell'agire amministrativo secondo la natura delle cose – quantomeno per gli immobili pubblici non demaniali – quanto piuttosto di un'attività strumentale, ma addirittura i contenuti degli accordi stessi, come descritti nel parere, non sembrano (almeno non prevalentemente) riconducibili alla valorizzazione del territorio, quanto piuttosto all'economica ed efficace gestione patrimoniale immobiliare (si pensi alle attività di ricognizione ed analisi o *due diligence*, comportanti ad esempio verifiche dell'effettiva consistenza, delle condizioni manutentive, della conformità a norme di sicurezza, della regolarità catastale, edilizia e vincolistica, ecc.; alle attività estimative; agli

⁸⁷ ANAC, AG 20/2014, cit..

⁸⁸ Cons. St., Sez. II, n. 1178/2015, cit.



studi di prefattibilità, legati a stime di costi e valutazioni di possibili destinazioni sotto il profilo economico, urbanistico e/o vincolistico).

6. Sintesi e riflessioni critiche

Si è tentato di individuare, alla luce del (prevalente) diritto europeo, l'ambito di ammissibilità dei partenariati pubblico-pubblico orizzontali, escludendo le forme di trasferimento convenzionale, ma non contrattuale, di funzioni propriamente pubblicistiche caratterizzate dalla partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri e limitando quindi il campo:

- alle attività di servizio tipicamente proprie delle amministrazioni pubbliche per natura delle cose, nell'ambito delle loro funzioni istituzionali, anche se non omogenee in capo alle parti, perché corrispondenti a compiti ed interessi pubblici diversi rispettivamente curati da ciascuna negli accordi di cooperazione,
- purché assunte negli accordi stessi in modo tale da dare luogo allo svolgimento coordinato dei rispettivi compiti ad opera delle parti, con correlativa comunanza di obiettivi istituzionali nel perseguimento dei rispettivi interessi pubblici, strettamente riguardanti cotali attività
- e purché non partecipino direttamente agli accordi soggetti privati, né si producano indebiti vantaggi per singoli operatori economici privati, ancorché non parti degli accordi stessi;
- con esclusione, invece, delle attività strumentali consistenti in prestazioni usualmente offerte anche su mercato da parte degli operatori economici, eventualmente prestate da un'amministrazione ad un'altra a titolo oneroso, anche soltanto per la previsione di un rimborso delle spese.

A fronte di tale inquadramento dei partenariati pubblico-pubblico orizzontali, si prospettano peraltro alcuni dubbi sulla disciplina che ne risulta.

In primo luogo, può apparire non agevole l'applicazione del criterio della natura delle cose, per l'individuazione su tale base – non giuridico-formale – dei compiti tipicamente costituenti la missione istituzionale suscettibili di essere assunti ad oggetto dei partenariati orizzontali.

L'esperienza maturata nella stessa ottica a proposito della nozione europea di organismo di diritto pubblico può apparire scoraggiante.⁸⁹

⁸⁹ In tema cfr., ad esempio, M. G. DELLA SCALA, *Organismo di diritto pubblico*, in *Dig. Pubbl., aggiorn.*, Torino 2010, p. 340, R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico*, in M. A. SANDULLI - R. DE NICOLIS - R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano 2008, p. 555, M. G. ROVERSI MONACO, *Le figure dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica nell'evoluzione dell'ordinamento*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, p. 387, F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Serv. pubbl. e appalti*, 2006, p. 27.



Tuttavia si deve riconoscere che anche rispetto alla tecnica definitoria basata su concetti desunti da elementi di carattere giuridico-formale non sempre l'esperienza è stata confortante (si pensi solo alla nozione di pubblico servizio in Italia).

Da un diverso punto di vista, emerge semplice e suggestiva un'altra perplessità, che origina da una valutazione combinata del tema dei partenariati pubblico-pubblico orizzontali con quello della diversa specie di partenariato, cd. verticale, che prende corpo con l'*in house providing*.

Qui, notoriamente, la pubblica amministrazione può affidare alla sua *longa manus* anche (anzi proprio) ciò che costituirebbe pubblico appalto se affidato a qualunque altro soggetto (privato o pubblico) che non si trovasse *in house*, comprese quindi attività economiche strumentali rispetto all'esercizio delle vere e proprie funzioni pubbliche.

Inoltre il controllo congiunto permette ad una pluralità di amministrazioni anche distinte fra loro di fruire di tale modello organizzativo, ciascuna per quanto di proprio interesse esclusivo, grazie ad un'unica entità *in house*.

Pertanto, nella prospettiva del diritto europeo, per le attività che non potrebbero legittimamente costituire oggetto di un partenariato pubblico-pubblico orizzontale alla luce delle considerazioni sopra svolte, le amministrazioni interessate potrebbero invece dotarsi di un'entità *in house* comune, sottoposta al loro controllo congiunto.

Nell'ambito dei casi già analizzati, si potrebbe ad esempio immaginare la costituzione di una società *in house*, controllata congiuntamente dal Corpo Forestale e dal Comune di Roma, nella quale conferire gli elicotteri, e da utilizzarsi per il monitoraggio da parte di entrambe le amministrazioni, anche ciascuna per esclusivo conto proprio.

Con buona pace dell'affermato principio di libertà delle forme di organizzazione dei soggetti pubblici allorquando non intendono esternalizzare le proprie attività.

Si consideri altresì che, in tal modo, i compiti affidati *in house* sarebbero comunque sottratti al mercato e quindi agli operatori privati operanti nei corrispondenti settori di attività economica.

Risultano allora particolarmente condivisibili le osservazioni critiche maturate nella dottrina,⁹⁰ secondo cui esiste un nodo politico irrisolto a livello europeo e logicamente prioritario, che è quello dell'autoproduzione da parte della sfera pubblica considerata come insieme, indipendentemente dalle diverse ed autonome figure soggettive che la compongono, rispetto al mercato degli operatori privati.

⁹⁰ Cfr. M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità*, cit., il quale conclude osservando che l'avvento del partenariato contrattuale (cioè orizzontale) imporrà un maggiore impegno sistematico della giurisprudenza sull'intero versante dell'autoproduzione.



Da questo punto di vista, le discipline dei partenariati pubblico-pubblico, rispettivamente verticali (*in house*) e orizzontali (accordi di collaborazione) appaiono non armonicamente coordinate fra loro.

Se è vero ciò che ha chiarito la Corte di giustizia,⁹¹ ossia che il diritto europeo non impone in alcun modo che determinate attività economiche non siano svolte dall'amministrazione pubblica e siano da questa necessariamente esternalizzate a soggetti privati (fermo restando che per tutte le attività economiche, quale che ne sia la titolarità soggettiva o comunque la spettanza sul piano gestionale, devono essere evitate distorsioni della concorrenza), si direbbe cioè che le varie forme di autoproduzione pubblica, ossia i partenariati pubblico-pubblico rispettivamente verticali ed orizzontali, dovrebbero poter avere la medesima estensione di carattere operativo e funzionale.

Sul piano del diritto italiano, invece, in epoca recente il problema è stato notoriamente affrontato in modo più radicale, con norme restrittive rispetto all'*in house providing*, e quindi dell'autonomia organizzativa delle pubbliche amministrazioni sotto questo profilo, in vista di un maggiore ruolo del mercato privato.

E' noto che in materia di servizi pubblici locali siffatte norme sono state abrogate per referendum e poi reintrodotte dal legislatore ma dichiarate incostituzionali dal Giudice delle leggi,⁹² sicché oggi non sono più in vigore.

Più complessa è stata l'evoluzione di quelle consimili dettate con riguardo alle forniture di beni e servizi strumentali al funzionamento delle amministrazioni.

Stando ad una recente decisione del Consiglio di Stato,⁹³ un'a.s.l. sarebbe tenuta a procurarsi sempre sul mercato i beni e servizi strumentali al proprio funzionamento, in forza dell'art. 4, comma 7, del d. l. n. 95/2012, senza possibilità di dare vita a soggetti ed affidamenti *in house*.

A ben vedere, tuttavia, sussistono ragioni per dubitare delle argomentazioni poste a base di tale arresto e, comunque, successivi sviluppi normativi che possono indurre a ritenerle superate.⁹⁴

⁹¹ Cfr. Corte giust., 6 aprile 2006, C-410/04, *ANAV*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 511, con nota di R. URSI *Brevissime considerazioni sul vincolo di destinazione dell'attività delle società in house*, ivi, c. 512, nonché il *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, del 30 aprile 2004, COM(2004)327.

⁹² Corte cost., 20 luglio 2012, n. 1999, in *Foro it.*, 2013, I, c. 2758.

⁹³ Cons. St., Sez. III, 7 maggio 2015, n. 2291, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁴ Secondo il Consiglio di Stato, il precetto contenuto nel comma 7 dell'art. 4 si applicherebbe come principio generale, mentre l'affidamento *in house* sarebbe stato consentito dal successivo comma 8° per le sole società in mano pubblica che avessero potuto seguitare ad operare in applicazione dei commi dal 1° al 3° (oggi abrogati), fra le quali non rientrano quelle dedite alla fornitura di beni e servizi strumentali. Sennonché la Corte costituzionale, con sentenza 23 luglio 2013, n. 229, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2350, ha dichiarato incostituzionale l'art. 4, proprio nella parte in cui escludeva la forma dell'affidamento *in house* quale legittimo modo di autoorganizzazione delle regioni anche rispetto all'acquisizione di beni e servizi



strumentali. Quindi, perlomeno a livello di ordinamento regionale, il principio affermato dalla decisione di cui trattasi non sembra vigente. Per gli enti locali la Corte costituzionale, nella medesima pronuncia, ha rigettato l'analoga questione di costituzionalità, attesa la loro minore autonomia in rapporto alla legge dello Stato, sicché l'acquisizione *in house* di prestazioni strumentali di forniture e servizi potrebbe effettivamente restare preclusa. Ma si direbbe necessario valutare anche l'impatto delle successive discipline di legge dedicate alle società in mano pubblica ed in particolare di quelle della l. n. 147/2013, che hanno in parte abrogato le precedenti (compresi i primi commi dell'art. 4 suddetto), dando vita ad un nuovo orientamento inteso non già a limitare direttamente il ricorso agli strumenti societari, anche *in house*, bensì a consolidarne i conti con quelli degli enti pubblici di riferimento.