



COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEL SALENTO

NUOVA SERIE

33

L'INTEGRAZIONE DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI IN EUROPA

Atti del Convegno di Lecce del 23-24 maggio 2014

a cura di

PIER LUIGI PORTALURI

scritti di

G. ADAMO, R. CAPONIGRO, A. CAVALLARI, R. CAVALLO PERIN, M. CLARICH,
M. FILIPPI, E. FOLLIERI, L. MARUOTTI, F. MERUSI, G. MONTEDORO,
A. POLICE, L.A. ROVELLI, B. SORDI, A. TRAVI



Edizioni Scientifiche Italiane

ROBERTO CAVALLO PERIN

I SERVIZI PUBBLICI LOCALI: MODELLI GESTIONALI E DESTINO DELLE *UTILITIES*

SOMMARIO: 1. Concorrenza e cooperazione come differenti modalità di soddisfazione dei bisogni sociali. - 2. La concorrenza come disciplina degli atti la cui causa è l'incontro tra una domanda e un'offerta determinata. - 3. *In house providing* e cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici. - 4. L'elemento comune dell'aggregazione delle domande di più amministrazioni aggiudicatrici. - 5. Le differenze tra cooperazione e *in house providing*. - 6. Cittadini, utenti e forme di autogoverno gestionale. - 7. Servizi pubblici, beni pubblici e diritti fondamentali.

1. L'attività di soddisfazione dei bisogni sociali assume essenzialmente due caratteri: quello economico e quello solidale - propri del comportamento umano individuale o collettivo - che sono tradizionalmente ricondotti a due opposte finalità (economica oppure di solidarietà sociale). Per queste ultime l'ordinamento ha normalmente approntato differenti discipline d'attività (economica oppure solidale o sociale) e distinte norme per le organizzazioni chiamate a svolgerle in via ordinaria (impresa e società oppure enti morali, poi associazioni e fondazioni).

La distinzione è confermata e non messa in discussione dai tratti non ordinari o d'eccezione, né dall'ipotesi di classi intermedie che da sempre contraddistinguono le classificazioni e di cui è partecipe anche la disciplina sulle modalità di gestione dei servizi pubblici locali. I bisogni sociali possono trovare soddisfazione grazie all'esercizio dell'attività economica, dunque dall'incontro che la domanda definita dall'ente esponenziale della comunità trova con l'offerta di vari im-

prenditori che nel gergo economico costituiscono il lato del «mercato dei produttori» (art. 41 Cost.). Tutti i produttori che intendono soddisfare la domanda di servizi si pongono in reciproca concorrenza, poiché il fine di ciascuno è assicurarsi più domanda possibile: ciò può avvenire da parte dell'ente pubblico che ne seleziona alcuni o addirittura uno solo come gestore-concessionario o appaltatore di servizi, oppure direttamente da parte degli utenti ogni qualvolta cerchino di soddisfare i propri bisogni secondo la domanda definita dall'ente esponenziale dei loro interessi. In tal modo intesi, l'utilizzazione del mercato come modalità di soddisfazione della domanda di servizio pubblico e la concorrenza tra produttori sono termini necessariamente inscindibili, anche ove l'ente esponenziale non intenda selezionare alcun produttore lasciando la libera scelta all'utente tra una pluralità di essi¹.

I bisogni sociali possono tuttavia anche trovare soddisfazione grazie all'attività di solidarietà sociale di individui o formazioni sociali (art. 2 Cost.) ove a prevalere non è la concorrenza tra produttori ma la cooperazione tra essi (mutuo soccorso, *charities*², ecc.) per vedere in concreto superate le

¹ Così già *Libro verde sulla tutela dei consumatori*, COM(2001) 531 definitivo; *Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale, al Comitato delle Regioni – Strategia della politica dei consumatori 2002-2006*, 8 giugno 2002, COM(2002) 208 definitivo, in particolare § 3.2; *Servizi di interesse generale in Europa*, 20 settembre 2000, COM(2000) 580 definitivo, 7; *Libro verde sui Servizi di interesse generale*, 21 maggio 2003, COM(2003) 270 definitivo, 19.

² Sul ruolo delle *charities* e più in generale sugli enti del c.d. terzo settore: M. CONSTITO, *Accreditamento e terzo settore*, Napoli, 2009, spec. p. 67 ss. e 107 ss.; ID., *Individui e organizzazioni, pubbliche o private, profit o no profit, professionali o volontarie*, in R. CAVALLO PERIN, L. LENTI, G.M. RACCA, A. ROSSI (a cura di), *I diritti sociali come diritti della personalità*, Napoli, 2010, p. 154 ss.; S.E. HEILBORN, *Book review: The Faithless fiduciary and the quest for charitable accountability, 1200-2005*, in 43 *Real. Prop. Tr. And Est. L. J.*, 2008-2009, p. 797; L.M. SALAMON (2002), *The State of Nonprofit America*, Washington, D.C., Brookings Institution Press; S.N. GARY (1999), *Regulating the management of charities: trust law, corporate law, and tax law*, 21 *U. Hawai'i L. R.* 593; S. ROSE ACKERMAN (1996), *Altruism, Nonprofits, and Economic Theory*, *J. Ec. Lit.*, 716, 722, 723R.

condizioni di disagio personale (d'assistenza economica, sociale o morale). Qui la soddisfazione dei bisogni non si precisa come domanda economica, né la stessa può dunque essere contesa tra i produttori poiché lo scopo non è generare un profitto, i fattori della produzione non sono tratti dai mercati ad essi relativi (finanza, lavoro e beni) ma da azioni di solidarietà sociale (volontariato, beneficenza, altruismo ecc.), sicché la causa giuridica degli atti che li prevedono non è né uno scambio né una finalità di lucro in senso proprio.

I principi e in genere la disciplina giuridica dell'una e dell'altra modalità di soddisfazione dei bisogni umani non possono perciò essere eguali e correttamente si è da tempo chiarito che la prima modalità è propria dell'economia di mercato e non così la seconda³. Si è chiarito che la prima soggiace alla disciplina sulla concorrenza anche se ha ad oggetto l'erogazione di servizi pubblici, mentre la seconda non pare avere ricevuto una ricostruzione a sistema paragonabile, se non in negativo: non è mercato, non è attività economica, ecc., anche se può vantare un'importante tradizione anche nel nostro ordinamento le cui radici si ritrovano nell'attività degli enti morali di fine ottocento e che di recente hanno ricevuto nuova attenzione degli studi.

Nei servizi pubblici locali correttamente si è distinto tra modelli gestionali disciplinati dalla concorrenza e modelli gestionali che a essa non sono soggetti, anche se la notorietà

STEINBERG, B.H. GRAY (1993), *'The role of Nonprofit Enterprise' in 1993: Hansmann revisited*, *Nonprofit and Voluntary Sector Quart.*, 22, 297 et seq.; E. JAMES, S. ROSE ACKERMAN (1986), *The Nonprofit Enterprise in Market Economies*, Chur: Harwood Academic Press, 20-23; H.B. HANSMANN (1980), *The role of nonprofit enterprise*, 89 *Yale L.J.*, 838.

³ G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Corruption as a Violation of Fundamental Rights: Reputation Risk as a Deterrent Against the Lack of Loyalty*, in *Ius Publicum Network Review*, 2014, accessibile in <http://www.ius-publicum.com/>. In corso di pubblicazione in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity And Efficiency In Sustainable Public Contracts. Corruption, conflicts of interest, favoritism and inclusion of non-economic criteria in Public Contracts*, Bruylant, 2014.

della distinzione è passata attraverso la lente del riparto di competenza tra norme di spettanza statale oppure regionale o degli enti locali⁴.

Non è esatta invece l'affermazione che i principi dell'ordinamento dell'Unione europea disciplinino i modelli gestionali a rilevanza economica, non invece quelli cui tale carattere manchi, poiché si confonde la carenza d'analisi dei secondi con un disinteresse di tale ordinamento verso la coesione sociale tra i cittadini dell'Unione.

2. La concorrenza è regola dell'incontro tra una domanda e un'offerta economica tra consumatori e produttori. La qualificazione di quest'ultimi come amministrazioni aggiudicatrici⁵ non è di rilievo, mentre lo diviene la qualità di organizzazione *in house providing*⁶ poiché è noto che l'affidamento da parte di amministrazioni aggiudicatrici a tali organizzazioni può avvenire senza che se ne possa affermare la soggezione alla disciplina sulle gare.

Ancora indifferente è che il produttore non persegua in via prevalente uno scopo di lucro, non abbia una struttura imprenditoriale o non assicuri una sua presenza continua sul mercato⁷, ciò che assume rilievo è che intenda soddisfare una domanda economica.

Ogni atto di un'amministrazione aggiudicatrice la cui causa sia l'incontro tra una domanda e un'offerta economica di

⁴ Corte cost., 27 luglio 2004, n. 272, che dichiara l'illegittimità costituzionale del d.lg. 18 agosto 2000, n. 267, art. 113-bis.

⁵ Corte giust. CE, 7 dicembre 2000, in causa C-94/99, ARGE *Gewässerschutz* vs. *Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft*, punto 38, che nega una discriminazione o una restrizione incompatibile con il Trattato la possibilità per un organismo di diritto pubblico che riceva sovvenzioni pubbliche di partecipare ad una gara offrendo prezzi notevolmente inferiori rispetto ad altri (cfr. disciplina dell'offerta anomala o sul divieto di aiuti alle imprese).

⁶ Corte giust. CE, 18 novembre 1999, in causa C-107/98, *Teckal c. Com. Viano e AGAC*, punto 26.

⁷ Corte giust. UE, 23 dicembre 2009, in causa C-305/08, *Conisma c. Regione Marche*, punti 30 e 45.

terzi è soggetto a principi competitivi. Particolare enfasi è poi attribuita al settore degli appalti pubblici ove la disciplina sull'acquisto di beni e servizi è strutturata per le esigenze del mercato competitivo, che diviene il primario oggetto di tutela⁸. È perciò superata l'impostazione delle precedenti leggi sulla contabilità di Stato ove il bene protetto era l'integrità patrimoniale delle pubbliche amministrazioni⁹.

Occorre tuttavia distinguere nettamente le ipotesi di non soggezione alla disciplina sulla concorrenza dalle deroghe alla stessa. La prima segna il confine esterno in cui un incontro tra domanda e offerta economica di terzi manchi per qualsiasi ragione¹⁰. Le deroghe sono invece l'effetto dell'esenzione posta dall'ordinamento per ragioni d'eccezione e sono normalmente indicate nell'*incipit* delle direttive o del testo che le recepisce negli ordinamenti degli Stati membri.

3. Le amministrazioni aggiudicatrici possono soddisfare le loro necessità di beni e servizi procedendo all'autoproduzione oppure ricorrendo a terzi¹¹. Nella prima opzione rientrano sia le forme di gestione in economia (a mezzo dei propri uffici) sia quelle che da alcuni anni – sulla scorta di una giurisprudenza della Corte di Giustizia (della Comunità europea poi

⁸ G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Commento all'art. 2*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, p. 20 ss.

⁹ A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, pp. 1, 10.

¹⁰ Conclusioni dell'avvocato generale V. Trstenjak, 23 maggio 2012, in causa C-159/11, *Asl Lecce e Università del Salento c. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, punto 49.

¹¹ Sull'autoproduzione per primo si veda D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, pp. 255, 256, 266; poi esplicitato in R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing, un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*, 2006, p. 60; poi per tutti C. IAIONE, *Le società in house: contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2012.

dell'Unione europea) – sono state definite gestioni *in house providing*¹².

Non si tratta d'ipotesi di eccezione al principio di concorrenza, come si è talvolta erroneamente ritenuto, ma di modalità organizzative interne all'amministrazione pubblica verso le quali la disciplina sulla concorrenza è – per così dire – non ancora divenuta rilevante, poiché il gestore *in house* non è terzo ma parte dell'organizzazione dell'affidante. Non è terzo perché l'affidante ha verso i servizi dell'affidatario un controllo analogo a quello che ha sulla propria organizzazione, e perché l'attività di quest'ultimo non è libera, ma rivolta in via principale alla soddisfazione dei bisogni degli enti affidanti.

Anche in questo caso si può dunque parlare di autoproduzione, perché la società *in house* è un'articolazione organizzativa dell'amministrazione aggiudicatrice. L'ente *in house*, anche ove dotato di personalità giuridica, è parte dell'amministrazione affidante e privo di ogni autonomia strategica¹³ ed è proprio questa appartenenza-soggezione all'amministrazione affidante dell'*in house provider* che vale ad escludere che il reperimento dei beni e servizi avvenga presso terzi e dunque sia soggetto alle regole sulla concorrenza.

Si è detto da tempo che il controllo analogo implica l'ingerenza effettiva ed istituzionale sull'ente *in house*, ma non impone l'immediatezza o l'esclusività, né una particolare natura giuridica della fonte che lo determina, ma può essere anche l'effetto congiunto di una pluralità di norme o clausole contrattuali, di poteri o di facoltà disciplinati dal diritto pubblico o dal diritto privato¹⁴.

¹² Corte giust. CE, 18 novembre 1999, in causa C-107/98, *Teckal c. Com. Viano e AGAC*; Cons. St., Sez. V, 6 maggio 2002, n. 2418.

¹³ Corte giust. CE, 19 aprile 2007, in causa C-458/03, *Parking Brixen*, punto 65; Corte giust. CE, 13 novembre 2008, in causa C-324/07, *Coditel Brabant*, punto 28; Corte giust. CE, 10 settembre 2009, in causa C-573/07, *Sea*, punto 65.

¹⁴ Corte giust. CE, Sez. I, 11 maggio 2006, in causa C-340/04, *Carbotermo S.p.A. e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio*; Corte giust. CE, 11 gennaio 2005, in causa C-26/03, *Stadt Halle*.

Il controllo analogo si può presumere (*juris tantum*) a fronte della titolarità dell'intero capitale sociale ma non è incompatibile con una partecipazione di minoranza al capitale sociale congiuntamente ad altre amministrazioni¹⁵ o, come vedremo, di privati, sicché gli enti affidatari di controllo possono non essere gli unici soci¹⁶.

Certo, una pluralità di enti partecipi potrebbe negare l'influenza necessaria a controllare l'*in house provider*, ma non necessariamente. Qualora si ricorra a un'organizzazione per l'adempimento di un compito comune di servizio pubblico, non è indispensabile che ciascun affidante detenga da solo il potere di controllo individuale su tale entità¹⁷. Gli enti pubblici possono avere un controllo congiunto sull'ente *in house* qualora esercitino un'influenza strategica sulle decisioni di produzione di beni e servizi oggetto d'affidamento.

L'ente *in house* può destinare meno del 20% della propria produzione al mercato, perché essa va essenzialmente destinata agli enti affidanti secondo uno schema causale che distingue l'ente *in house* rispetto alla generale definizione del contratto di società (art. 2447 c.c.)¹⁸ avvicinandosi maggiormente allo schema dell'ente consortile.

Solo taluna legislazione dell'ordinamento giuridico italiano ha limitato l'*in house providing* a un'ipotesi d'eccezione,

¹⁵ Corte giust. CE, Sez. II, 19 aprile 2007, in causa C-295/05, *Asociacion Nacional de Empresas Forestales c. Transformacion Agraria SA (Trags), Administration del Estado*.

¹⁶ A favore di altri enti pubblici: Corte giust. CE, 11 gennaio 2005, in causa C-26/03, *Stadt Halle*.

¹⁷ Corte giust. UE, 29 novembre 2012, in cause C-182/11 e C-183-11, *Econord*; cfr. Corte giust. CE, 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, *Parking Brixen*; Corte giust. CE, 19 aprile 2007, in causa C-295/05, *Asemfo*; Corte giust. CE, 17 luglio 2008, in causa C-371/05 *Commissione c. Italia*; Corte giust. CE, 13 novembre 2008, in causa C-324/07, *Coditel Brabant*.

¹⁸ R. CAVALLO PERIN, *Il modulo "derogatorio": in autoproduzione o in house providing*, in H. BONURA, M. CASSANO, *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011, p. 128.

ergendolo a ipotesi residuale solo ove non sia efficace e utile un ricorso al mercato (art. 23-*bis*, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133), secondo una disciplina ritenuta politicamente opportuna e che aveva superato il vaglio di costituzionalità proposto da alcune regioni italiane¹⁹, che è stata poi abrogata dal *referendum* del 12-13 giugno 2011. La riproposizione con una legge successiva è stata ritenuta incostituzionale perché elusiva dell'esito referendario²⁰.

Le recenti direttive sugli appalti (Dir. 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 «sull'aggiudicazione dei contratti di concessione», art. 17; Dir. 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 «sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE», art. 12) hanno per la prima volta recepito in norma generale e astratta l'indicata elaborazione giurisprudenziale escludendo dal proprio ambito di applicazione l'amministrazione aggiudicatrice che affidi la soddisfazione della domanda a un'organizzazione – di diritto pubblico o privato – verso la quale, singolarmente o congiuntamente ad altre amministrazioni aggiudicatrici, eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e sempreché l'organizzazione affidataria svolga oltre l'80% delle attività nello svolgimento dei compiti a essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui trattasi²¹.

Per le direttive dell'Unione europea si ha controllo analogo ove si abbia un'influenza determinante sia sugli obiettivi

¹⁹ Corte cost., 3 novembre 2010, n. 325.

²⁰ Corte cost., 17-20 luglio 2012, n. 199.

²¹ Per l'80% del fatturato totale medio, o un'ideale misura alternativa basata sull'attività, (quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori) per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto. Se, all'inizio o a causa della riorganizzazione dell'attività, il computo medio non è disponibile o non è più pertinente per i tre anni precedenti, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile (piano industriale).

strategici sia sulle decisioni più significative della controllata; il controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice.

Il controllo può essere anche congiunto ed è conforme alla disciplina delle citate direttive quando le amministrazioni aggiudicatrici affidanti: I) abbiano un rappresentante negli organi decisionali dell'affidataria, anche comune a più o tutte le amministrazioni; II) esercitino un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della affidataria; III) non vedano nell'affidataria un ente capace di perseguire interessi contrari ai propri.

La partecipazione diretta di capitali privati nell'affidataria è ammessa nei limiti prescritti da una legislazione nazionale conforme ai trattati, sempreché la partecipazione non comporti controllo, potere di veto o un'influenza determinante sulla partecipata.

L'in house providing – come organizzazione di enti che non involge un rapporto con il mercato – vale non solo con riferimento al rapporto organizzativo (interno) tra controllante e controllata, ma anche in senso inverso, di affidamento in retroversione dalla controllata alla controllante e da essa – giù per i rami – verso altre controllate della controllante.

Non è rilevante per la disciplina sulla concorrenza l'atto d'affidamento di un appalto che una persona giuridica controllata – che è un'amministrazione aggiudicatrice – voglia assegnare alla propria controllante (del pari amministrazione aggiudicatrice), o ancora che l'affidamento lo si voglia dare a un altro soggetto giuridico controllato da quest'ultima controllante amministrazione aggiudicatrice.

È inesatto ritenere che in tal caso un «controllo analogo» manchi poiché si può affermare che debba in ogni caso sussistere perché gli affidamenti tra controllante e controllata possano intercorrere senza gara, sia nel verso che è proprio del controllo (controllante-affidante e controllata-affidataria),

sia in retroversione (controllata-affidante e controllante-affidataria). La precisazione è essenziale poiché con essa – al pari di quanto si è sviluppato con teoria dei «gruppi societari» – si prende in considerazione l'organizzazione nel suo insieme come unitaria, con indifferenza dei rapporti al suo interno.

Il gruppo pubblico segna l'irrilevanza verso la disciplina sulla concorrenza delle reazioni che da tale punto di vista debbono considerarsi interne, ciò a prescindere dalla molteplicità delle persone giuridiche che la costituiscono, del posizionamento di un ente come (nello *status* di) controllante o controllato, cioè senza che assuma rilievo il singolo affidamento preso in considerazione. Definito il contorno del gruppo pubblico attraverso la definizione *in house providing* (controllo analogo e attività all'80% svolta per conto delle controllanti) ogni relazione interna tra i soggetti per ciò solo non è soggetta alla concorrenza. L'affermazione è ancora più vera non appena si ricordi che l'organizzazione *in house providing* ricomprende ora anche le organizzazioni controllate della controllante, che dal punto di vista della controllata sono un tutt'uno con la controllante.

4. La cooperazione con altri enti pubblici diretta a garantire l'adempimento verso tutti di una funzione o servizio d'interesse pubblico²² è vicenda giuridica affatto diversa dall'*in house providing* poiché quest'ultimo se può avere ad oggetto l'aggregazione della domanda ha certo il compito di soddisfarla.

Diverso è il caso della cooperazione o «partenariato pubblico-pubblico» già oggetto di elaborazione giurisprudenziale²³ e poi della recente disciplina sulle concessioni e sugli appalti di lavori, servizi e forniture.

²² Corte giust. CE, 9 giugno 2009, in causa C-480/06, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica Federale di Germania*.

²³ Corte giust. CE, 9 giugno 2009, in causa C-480/06, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, conosciuta anche come «caso Amburgo»; Corte giust.

Non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva un contratto esclusivamente concluso tra amministrazioni aggiudicatrici ove: I) stabilisca o realizzi una cooperazione capace di garantire obiettivi comuni all'erogazione dei servizi pubblici che esse debbono erogare; II) la cooperazione sia per esclusive ragioni d'interesse pubblico; III) al mercato aperto sia rivolto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione.

Il diritto comunitario non limita la facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici d'eseguire i propri compiti mediante propri strumenti amministrativi, tecnici, o d'altro tipo, né d'utilizzare una particolare forma giuridica al fine di svolgere congiuntamente le proprie funzioni o servizi. Le forme giuridiche prescelte per istituire la cooperazione tra enti pubblici restano sottratte al diritto dell'Unione europea sugli appalti pubblici²⁴.

La cooperazione può assumere forme istituzionalizzate (associazione di scopo, consorzio, ente pubblico associativo, fondazione, società, ecc.) oppure essere realizzata in via convenzionale, non importa ora se con obblighi oppure con obbligazioni, di diritto pubblico o privato, purché abbia ad oggetto la concentrazione di una domanda di beni e servizi e non ancora la controprestazione a sua soddisfazione, né possa realizzare altri vincoli o equilibri causali che possano consen-

UE, Grande Sezione, 19 dicembre 2012, in causa C-159/11, *Asl Lecce e Università del Salento c. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, punto 2 (ove si chiarisce che trattasi di un contratto di consulenza di un'Asl che ha affidato all'Università lo studio e la valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia di Lecce) e punto 37.

²⁴ Corte giust. CE, in causa C-480/06, cit., punti 33, 47; Corte giust. CE, 18 novembre 1999, in causa C-107/98, *Teckal s.r.l. c. Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, punto 50; Corte giust. CE, 13 gennaio 2005, in causa C-84/03, *Commissione c. Spagna*, punto 40; Corte giust. CE, I Sezione, 11 gennaio 2005, in causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau Recyclingpark GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, punto 48.

tire di eludere la disciplina sulla concorrenza, in particolare quella in materia di appalti²⁵.

5. Se l'elemento comune tra cooperazione convenzionale e *in house providing* è che entrambe realizzano un'aggregazione della domanda, la differenza si ha nel senso che nella soluzione organizzativa dell'*in house providing* si definisce anche la successiva scelta gestionale di procedere alla soddisfazione della domanda così aggregata in autoproduzione, cioè secondo una delle due modalità consentite dalla disciplina sulla concorrenza, che manifesta la volontà dell'amministrazione di non rivolgersi al mercato.

La cooperazione convenzionale – più che *l'in house providing* – nega in radice ogni tipica definizione d'appalto pubblico, poiché in essa è assente ogni ragione (causa) di un contratto a prestazioni corrispettive, essendo finalizzato a garantire l'esercizio in comune di una funzione o servizio d'interesse pubblico²⁶, escludendo con ciò le ipotesi in cui un'amministrazione s'obbliga come debitore alla prestazione richiesta contro un corrispettivo al pari di qualunque altro professionista o impresa operante «sul mercato»²⁷.

Nella cooperazione inoltre le amministrazioni aggiudicatrici non esercitano alcun controllo sull'amministrazione aggiudicatrice cui chiedono di aggregare la propria domanda di beni e servizi per procedere dalla stessa a una soddisfazione in

²⁵ Corte giust. UE, Grande Sezione, 19 dicembre 2012, in causa C-159/11, cit., punto 35; Conclusioni dell'avvocato generale V. Trstenjak, 23 maggio 2012, in causa C-159/11, *Asl Lecce e Università del Salento c. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, punti 66 e 67.

²⁶ Corte giust., CE, Grande Sezione, 9 giugno 2009, in causa C-480/06, *Commissione c. Germania*, punti 37 e 38; Corte giust. UE, Grande Sezione, 19 dicembre 2012, in causa C-159/11, *Asl Lecce e Università del Salento c. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*.

²⁷ Corte giust. UE, Grande Sezione, 19 dicembre 2012, in causa C-159/11, *Asl Lecce e Università del Salento c. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, punto 37.

comune, perciò si è ritenuto che se un'amministrazione aggiudicatrice assegna un compito particolare a un'altra nega per ciò solo la cooperazione²⁸.

Nella cooperazione convenzionale un'amministrazione aggiudicatrice, infatti, si limita a obbligarsi ad aggregare la domanda e a renderla disponibile per una soddisfazione insieme, secondo una delle modalità conformi alla disciplina sulla concorrenza, sia questa la modalità organizzativa dell'*in house providing*, sia, al contrario, l'affidamento a terzi.

Chi coopera si avvale delle capacità di uno di essi o di tutti mettendo la domanda a fattore comune e per finalità d'interesse pubblico: uno strumento giuridico che consente di massimizzare le sinergie senza pervenire a istituire un'organizzazione comune.

Degli atti di cooperazione si evidenzia una causa che si ritrova nei contratti cooperativi o in genere associativi utili a dare corso a una sinergia tra amministrazioni aggiudicatrici in vista di uno scopo che nel caso della direttiva si qualifica d'interesse pubblico. Sono definiti diritti e obblighi tra le parti che attendono esclusivamente al lato della domanda, comprensiva di criteri per la sua soddisfazione comune, ben potendo prefigurare i presupposti e i limiti di scelta tra l'una o l'altra forma conformi alla disciplina sulla concorrenza²⁹, non diversamente da quanto è possibile indicare in un contratto di mandato o associativo di un gruppo di acquisto di consumatori.

6. Da tempo si è rilevata la duplice qualità di cittadino e di utente come fondamento rispettivamente del «diritto» a partecipare alla definizione del programma e della forma di

²⁸ Corte giust. UE, 15 ottobre 2009, in causa C-275/08, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*.

²⁹ *Commission Staff Working Paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities ('public-public cooperation')* – SEC (2011) 1169, 15.

gestione di un determinato servizio pubblico oppure del diritto di credito alla relativa prestazione³⁰.

La distinzione non esclude né il cumulo delle due qualità nello stesso individuo, né che – a fianco della partecipazione politica del cittadino e di quella amministrativa del residente al procedimento di definizione del programma e delle relative forme di gestione – si affermi la partecipazione dell'utente a una determinata gestione di un servizio pubblico. Partecipazione affatto peculiare che taluno ha addirittura configurato come affidamento diretto agli utenti, cui si aggiungono i cittadini comunque interessati dall'allocazione di un determinato servizio pubblico. Si tratta in tali casi di un'attuazione di norme costituzionali che da tempo hanno dato fondamento alla norma anti-monopoli, che vede le comunità di utenti come soggetti beneficiari di imprese o categorie di imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali (art. 43 Cost.), ove l'ipotesi più frequente è stata quella dei «servizi di vicinato», un tempo esemplificati nella nettezza urbana, negli asili nido e nelle case di riposo³¹.

Le direttive su appalti pubblici e concessioni aprono espressamente a una partecipazione non solo pubblica al capitale delle organizzazioni *in house providing* (Dir. n. 23/2014/UE, cit., art. 17; Dir. n. 24/2014/UE, cit., art. 12): a) nei limiti prescritti dalla legislazione nazionale conforme ai trattati dell'Unione; b) sempreché non comporti controllo, potere di veto o un'influenza determinante sulla partecipata.

Per l'Italia la disciplina costituzionale sopra indicata vale legittimazione *ex lege* ad opera della massima fonte dell'ordinamento, che non solo prevede ma addirittura impone al le-

³⁰ È nota la distinzione tra *uti singuli* e *uti universi*, su cui A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo*, vol. VI, pt. I, 1924, p. 379 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, vol. I, p. 18 ss.; G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. giur.*, 1933, poi in *Scritti Giuridici*, Milano, 1987, p. 135 ss.

³¹ F. MERUSI, *I servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, pp. 32, 45.

gislatore di riservare in via originaria categorie di imprese che si riferiscono a determinati servizi pubblici essenziali.

La partecipazione di «capitali privati» a organizzazioni *in house providing* era stata sinora esclusa dalla difficoltà di riuscire a configurare un apporto di soggetti diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici senza ricorrere alla previa gara pubblica, che avrebbe ricondotto l'ipotesi alla diversa disciplina delle «società miste», così come previsto per i servizi pubblici locali (d.lg. 18 agosto 2000, n. 267, art. 116) ove s'impone la gara per l'attribuzione ai privati di quote del capitale delle società di gestione dei servizi stessi.

Non si vuole qui risolvere la difficile questione della stessa possibilità di configurare un *tertium genus* tra imprese terze e gestione in mano pubblica, ma unicamente precisare che una partecipazione al capitale di una società *in house* non è soggetta alle regole dell'evidenza pubblica ove sia aperta a tutti oppure ove sia stata limitata a soggetti determinati. È noto che anche per un'organizzazione *in house providing* i diritti dell'acquirente di azioni rappresentative del capitale possono essere limitati da clausole di gradimento che prevedano la residenza o la qualità di utente del servizio (art. 2355-*bis* c.c.), riservando una quota o azione del capitale medesimo a ciascun individuo che abbia tale *status* o qualità.

Ciascun utente o residente non è in competizione con altri che appartengano alla categoria perché nessuno è escluso oppure – se si preferisce – tutti costoro hanno la possibilità di ottenere l'indicata partecipazione alla società di gestione del servizio pubblico locale, con conseguente inutilità di ogni procedura di gara.

La partecipazione trova limite nella necessità che la stessa non metta in forse la definizione di organizzazione *in house providing*, non comporti un potere di controllo, di veto, o un'influenza determinante sulla partecipata.

7. Una tendenza evidente sin dagli anni '70 del secolo scorso indica un trasferimento dei costi di produzione dei

servizi pubblici dalla finanza generale agli utenti che ne hanno assunto in via crescente il costo prevalente, sino all'enunciazione in diritto positivo di un vincolo alle tariffe, le quali debbono coprire i costi di produzione. La prospettazione ha tuttavia largamente confuso la questione della definizione di un prezzo o tariffa di un servizio pubblico utile a remunerare il ciclo produttivo in ragione delle prestazioni ricevute, con l'individuazione del debitore del corrispettivo, cioè di colui o coloro che sono tenuti a pagare il corrispettivo della prestazione di servizio pubblico, che può – ma non deve necessariamente – essere l'utente né il creditore della prestazione di servizi.

Basti pensare alla disciplina dei beni demaniali ove la disciplina sull'uso generale è certo stata un mezzo per l'esercizio dei diritti fondamentali, sicché se n'è voluto garantire l'uso gratuito o poco oneroso, almeno di alcune modalità base.

Attribuita la possibilità di gestioni in esclusiva del ciclo completo delle acque (l. n. 36 del 1994) e ancor prima affermato il diritto del gestore alla captazione di molte fonti d'acqua dolce, è esatto affermare che l'organizzazione del servizio pubblico non può giungere sino al punto di escludere la fruizione gratuita, seppure molto più incomoda (ad esempio, una fontana pubblica), di un bene (acqua dolce) di cui abbia seppure la captazione con una concessione in via esclusiva. Così è stato per il corridoio d'accesso al mare, che deve sussistere tra stabilimenti balneari a pagamento consentendo di accedere ai metri più prossimi alla battigia: entrambi gli spazi debbono essere lasciati all'uso generale e non formano oggetto della concessione in esclusiva.

La soluzione è conforme ai limiti istituzionali di gestione di un servizio universale, che deve contemplare oneri di servizio pubblico o limiti alla gestione economica (d'impresa) di un servizio o bene pubblico.

Oltre ciò l'evoluzione in materia di servizi pubblici locali potrebbe seguire alcuni grandi esempi di servizi alla persona

di tipo commerciale che hanno individuato chi paga il corrispettivo di una produzione di servizi in un terzo altrimenti interessato a sfruttare l'incontro tra domanda ed offerta, per ivi innestare una sua operazione economica.

L'esempio – non di servizio pubblico – è stato offerto dalle carte di credito e ancora prima dalle televisioni commerciali, che si sono affermate come organizzazioni di servizi in cui l'utente non è chiamato a pagare un corrispettivo, perché un'altra operazione economica (pubblicità o vendita di dati sugli acquisti) assicura quanto è necessario a mantenere il ciclo produttivo.

Un salto nei servizi pubblici richiede oggi una certa fantasia per vedere autobus di trasporto pubblico locale con alcuni finestrini sostituiti da schermi attraverso i quali le imprese offrano agli utenti del trasporto informazioni pubblicitarie, o il collegamento internet per raggiungere in via mirata siti d'impresa organizzati per materia, o ancora giocare in borsa³², con soluzioni che sempre nei trasporti – a livello nazionale o internazionale – potrebbero indirizzare la fantasia verso treni merci con alcuni vagoni passeggeri.

I diritti fondamentali definiscono i servizi pubblici come elementi essenziali della cittadinanza amministrativa, che spetta a ciascun residente³³.

I residenti si vedono così riconosciuto un diritto d'opzione a una quota o azione della società di gestione (partecipa-

³² Già nel 2004 l'azienda milanese di trasporto (La Stampa, 4 marzo 2004, p. 1, *Lo zapping conquista anche il bus*) aveva posizionato sulla linea del bus n. 70 Bruzzano-Porta Volta alcuni monitor sui veicoli che consentivano di irradiare trasmissioni televisive in tecnologia Gprs, poi grazie agli *sponsor* anche secondo modalità *wireless*. I primi tentativi sono cominciati e seguiranno anche molti fallimenti, ma non toglie che una differente prospettiva si è aperta.

³³ R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 201; I. PAOLA, *Pluricittadinanza, cittadinanza amministrativa e partecipazione all'attività dell'amministrazione*, in *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, p. 257 ss.; G.D. COMPORTEI, *Amministrazione e cittadino*, *ivi*, p. 7 ss.

zione amministrativa – diritti pubblici soggettivi di credito) al pari del diritto di elettorato attivo e passivo agli organi del comune (partecipazione politica – diritti pubblici soggettivi assoluti).