CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
presentate il 2 giugno 2009 [1]

I — Introduzione

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale posta dal Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia offre alla Corte l'opportunità di analizzare il regime giuridico dei modelli di «partenariato pubblico-privato» [2] [in prosieguo: «PPP»] nell'ambito della gestione dei servizi pubblici e la sua compatibilità con gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE.

2. L'attribuzione diretta di tali prestazioni a società a capitale misto è contraria al diritto comunitario se si eludono le regole delle direttive sugli appalti pubblici. La censura riguarda l'ipotesi della concessione di servizi, nella misura in cui violi gli artt. 43 CE e 49 CE, nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza [3], a meno che non si faccia ricorso in misura ragionevole a mezzi propri o a propri incaricati [4].

3. Una particolarità caratterizza il caso di cui trattasi, distinguendolo dalle aggiudicazioni censurate dalla Corte fino ad ora, giacché il giudice italiano riferisce dell'attribuzione diretta della gestione integrata del servizio idrico a favore di una società in cui confluiscono interessi pubblici e privati, ma sottolinea, al contempo, la centralità della circostanza di svolgere previamente una gara, la cui tradizionale funzione, tuttavia, pare essere mutata.

4. Infatti, la scelta dell'aggiudicatario o del concessionario si è tradotta in un metodo per individuare il socio privato della società commerciale che ottiene il contratto o la concessione, attribuzione che, al di là del

1 — Lingua originale: lo spagnolo.

2 — L'acronimo «CPP», che talvolta utilizzo, corrisponde alla denominazione spagnola «colaboración público-privada»; in inglese e in francese si ricorre alla dicitura «PPP» per indicare, rispettivamente, il «public private partnership» e il «partenariat public privat».

3 — Sentenze 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria (Racc. pag. I-9705, punto 48); 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV (Racc. pag. I-3303, punto 33), e 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen (Racc. pag. I-8585, punto 52).

4 — Integrando i requisiti dell'«in house providing», ovvero dei servizi a gestione interna.

corrispettivo economico, comporta l'esecuzione del servizio.

5. A differenza della causa Commissione/Austria [5], nella quale la Corte ha valutato una costruzione artificiale in «varie fasi», svelando l'illegittimità dell'aggiudicazione a una società a capitale misto, dissimulata sotto le apparenze di un rapporto «in house» [6], nella presente controversia la concorrenza è ben presente e fa sfoggio di una virtualità inedita in un procedimento che non nasconde una certa dose di austerità, in quanto, con un solo atto, si costituisce la società, le si assegna un incarico e si adottano i criteri per associare il partner industriale privato. È possibile chiedere di più?

6. Sorge così la necessità di verificare se tale espediente metodologico è conforme alle esigenze del diritto comunitario [7].

5 — Sentenza citata.

6 — Gli elementi fattuali forniti alla Corte dalla Commissione facevano chiaramente presagire, in base all'art. 226 CE, l'accoglimento del ricorso per inadempimento in quanto, se, in una prima fase, il comune di Mödling, possedendo il 100 % della società AbfallGmbH, conferiva alla stessa, senza alcuna procedura concorrenziale, il servizio di raccolta e di trattamento dei rifiuti del comune, poco dopo l'ente locale approvava la cessione del 49 % delle quote alla Saubermacher AG, fatto determinante anche ai fini dell'operatività della AbfallGmbH, dando luogo, in ultima analisi, all'aggiudicazione diretta di un appalto pubblico di servizi a una società mista detenuta al 49 % da una società privata.

7 — Questa impostazione mi ricorda la sarcastica riflessione di C. Dossi, in *Note Azzurre,* Ed. Adelphi, Milano, 1964, vol. I, pag. 248, quando ironizza sulla necessità di imbrogliare al di fuori della legge quando è più comodo farlo dentro la legge.

II — La normativa applicabile

A — *Il diritto comunitario*

1. Il Trattato di Roma

7. Secondo l'art. 43 CE:

«Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. (…)

La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 48, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali».

8. Ai sensi dell'art. 46 CE:

«1. Le prescrizioni del presente capo e le misure adottate in virtù di queste ultime lasciano impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.

2. Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251, stabilisce direttive per il coordinamento delle suddette disposizioni».

9. Il primo comma dell'art. 49 CE così prevede:

«Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello destinatario della prestazione».

10. L'art. 86 CE, primo comma, esorta gli Stati membri a non emanare o mantenere, «(…) nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 12 e da 81 a 89 inclusi».

2. Le direttive relative agli appalti pubblici

a) I settori tradizionali

11. La quantità di norme su aspetti quali i criteri per valutare la scelta in funzione dell'oggetto del contratto o la progressiva riduzione della discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice preannunciava una riforma che, dopo alcuni timidi tentativi [8], è stata portata a termine con la codificazione effettuata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (in prosieguo: la «direttiva 2004/18») [9].

8 — Come quello della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, che modifica le direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione rispettivamente degli appalti pubblici di servizi, degli appalti pubblici di forniture e degli appalti pubblici di lavori (GU L 328, pag. 1).

9 — GU L 134, pag. 114.

12. Le regole sull'aggiudicazione dei contratti sono in ogni caso subordinate al rispetto dei principi del Trattato di Roma e, in particolare, a quelli di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento, di libera prestazione di servizi e ai più generali principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza.

13. Tuttavia, per garantire la piena effettività e l'apertura alla concorrenza, si imponeva, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia, di «(…) elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi (…)» (secondo 'considerando' della direttiva 2004/18).

14. In conformità allo scopo della certezza del diritto, l'art. 1 della direttiva 2004/18 fornisce una serie di definizioni, tra le quali, per il momento e allo scopo di tracciare la sottile linea di demarcazione tra contratto e concessione, evidenzio le seguenti:

— Gli appalti pubblici: «(…) sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione dei lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva».

— La concessione di lavori pubblici: «(…) è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

— La concessione di servizi: «(…) è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

b) I settori esclusi

15. Considerata la particolarità dei mercati dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, il regime generale non si sarebbe potuto applicare senza adattarlo alle peculiarità degli stessi.

16. A ciò ha provveduto la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (in

prosieguo: la «direttiva 2004/17») [10], che ribadisce gli stessi principi in precedenza citati [11], sebbene con spirito diverso da quello che ha ispirato la direttiva 2004/18, giacché l'elemento determinante non risiede nell'ente che offre l'appalto, bensì nel genere di attività in cui esso rientra [12].

17. La direttiva 2004/17 tratta degli appalti di forniture, di lavori e di servizi [art. 1, n. 2, lett. b), c) e d)], contrapponendoli alle concessioni [art. 1, n. 3, lett. a) e b)] e afferma la sua applicabilità alle attività di «(…) messa a disposizione o (…) gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile» [art. 4, n. 1, lett. a)], nonché di «(…) alimentazione di tali reti con acqua potabile» [art. 4, n. 1, lett. b)].

B — *Il diritto italiano*

18. L'art. 113, quinto comma, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, che approva il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (in prosieguo: il «d. lgs. n. 267/2000») [13], nella versione applicabile ratione temporis [14], offre a detti enti [15] tre varianti per la gestione dei propri servizi pubblici, a seconda che la titolarità del servizio sia conferita:

«(…)

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

10 — GU L 134, pag. 1.

11 — Art. 10 e nono 'considerando' della direttiva 2004/17.

12 — V. paragrafo 41 delle mie conclusioni del 22 novembre 2007 relative alla sentenza 10 aprile 2008, causa C-393/06, Ing. Aigner (Racc. pag. I-2339)

13 — Supplemento ordinario alla GURI n. 227 del 28 settembre 2000

14 — Norma sostituita dall'art. 35 della legge n. 448/2001 (Supplemento ordinario alla GURI n. 285 del 29 dicembre 2001) e modificata dall'art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici (Supplemento ordinario alla GURI n. 229 del 2 ottobre 2003).

15 — Ricordando opportunamente la necessità di conformarsi alle discipline di settore e alla normativa dell'Unione europea.

c) a società a capitale interamente pubblico, a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

19. La lett. a) riguarda gli appalti, la lett. c) i servizi di «in house providing» [16], mentre la lett. b) investe in pieno l'insidioso ambito del «partenariato pubblico-privato».

III — Fatti della controversia principale e questione pregiudiziale

20. La Provincia Regionale di Ragusa e i suoi comuni, con una convenzione di cooperazione, costituivano, in data 10 luglio 2002, gli «Ambiti Territoriali Ottimali» (in prosieguo: gli «ATO») idrici, con l'incarico principale della gestione coordinata del «Servizio Idrico Integrato».

21. Il 26 marzo 2004 la Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincia Regionale di Ragusa [17] affidava la gestione del servizio idrico integrato a una «società mista con capitale a prevalenza pubblica» ai sensi dell'art. 113, comma 5, lett. b), del d. lgs. n. 267/2000; il 7 giugno 2005 detto organo approvava gli schemi di atto costitutivo della società per azioni e dello statuto della stessa, affidando il mandato in via esclusiva alla costituenda società.

22. Nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee (GU 2005, S 195) veniva pubblicato un bando di gara per la selezione di un'impresa come socio privato di minoranza, cui affidare successivamente l'attività operativa del servizio e l'esecuzione dei relativi lavori.

23. Alla gara partecipavano tre raggruppamenti di imprese: la Saceccav Depurazioni Sacede SpA, l'Acoset SpA e l'Aqualia SpA.

24. La commissione di gara escludeva l'Aqualia SpA ed ammetteva gli altri, ma, invitati a dichiarare se persisteva il loro interesse, solo l'Acoset SpA dava riscontro positivo.

16 — Con la citata sentenza ANAV la Corte ha esaminato la compatibilità dell'art. 113, comma 5, del d. lgs. n. 267/2000 con il diritto comunitario, senza tuttavia affrontare le difficoltà insite nella lett. b); il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia le aveva, infatti, chiesto di pronunciarsi sull'amplissima facoltà che tale norma pareva concedere all'amministrazione di affidare la gestione del servizio di trasporto pubblico a una società controllata dalla relativa amministrazione locale [lett. c)] o mediante procedura di appalto con gara pubblica [lett. a)], come opportunamente osservato dall'avvocato generale Geelhoed al paragrafo 11 delle sue conclusioni del 12 gennaio 2006.

17 — Organo decisionale dell'ATO.

25. Tuttavia, il 26 febbraio 2007 si avviavano le pratiche per l'annullamento della procedura, a causa della possibile violazione del diritto comunitario. Dopo le opportune formalità, la Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincia annullava la gara con delibera 2 ottobre 2007, adottando al contempo con tale atto, quale forma di gestione del servizio, quella del consorzio [18].

26. L'Acoset SpA proponeva ricorso giurisdizionale contro tale provvedimento e contro tutti gli atti antecedenti, facendo valere il suo diritto all'aggiudicazione dell'appalto o al risarcimento dei danni e chiedendo la sospensione cautelare degli atti impugnati.

27. Impostata la causa in tali termini, il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia ha rivolto alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se [sia] conforme al diritto comunitario, in particolare agli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli artt. 43 [CE], 49 [CE] e 86 [CE], un modello di società mista pubblico-privata costituita appositamente per l'espletamento di un determinato servizio pubblico di rilevanza industriale e con oggetto sociale esclusivo, che sia direttamente affidataria del servizio in questione, nella quale il socio privato con natura "industriale" ed "operativa" sia selezionato mediante una procedura di evidenza pubblica, previa verifica sia dei requisiti finanziari e tecnici che di quelli propriamente operativi e gestionali riferiti al servizio da svolgere e alle prestazioni specifiche da fornire».

18 — Disciplinato dall'art. 31, comma 8, del d. lgs. n. 267/2000.

IV — Procedimento dinanzi la Corte

28. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale è stata ricevuta dalla cancelleria della Corte in data 14 maggio 2008.

29. Nelle sue osservazioni scritte, la Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincia e il comune di Vittoria chiedono che si dichiari l'incompatibilità della procedura ad evidenza pubblica con il diritto comunitario, in quanto, nonostante l'avvio di una procedura di pubblica gara per l'individuazione del socio privato, il servizio veniva affidato direttamente alla società a capitale misto. I comuni di Comiso e di Modica chiedono una pronuncia preliminare sulle conseguenze della carenza di interesse della Acoset SpA rispetto all'annullamento della procedura di gara.

30. L'Acoset SpA, la Commissione e i governi italiano, austriaco e polacco sostengono, viceversa, che gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano a tale aggiudicazione, purché

siano soddisfatti i requisiti del diritto comunitario.

31. All'udienza, tenutasi il 2 aprile 2008, sono comparsi i rappresentanti dell'Acoset SpA, del governo italiano e della Commissione per esporre oralmente le rispettive osservazioni.

V — Sulla ricevibilità

A — *Riflessione preliminare*

32. Benché non sia stato sollevato, desidero dissipare qualsiasi spiraglio di dubbio circa la portata comunitaria della questione pregiudiziale posta dal Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, in modo da allontanare qualsivoglia sospetto che possa trattarsi di un problema squisitamente interno di un solo Stato membro, in considerazione del fatto che tutte le imprese implicate sono domiciliate in Italia.

33. Non si può escludere che, data la loro importanza, i servizi controversi potranno interessare società stabilite in altri Stati membri, circostanza che determina un vincolo comunitario (sentenze 25 aprile 1996, Commissione/Belgio [19] e Parking Brixen, citata), rafforzato dall'interpretazione dei principi e delle norme del Trattato.

34. Inoltre, anche se il PPP, come preciserò più avanti, non è stato armonizzato, è necessario esaminare la normativa omogenea relativa agli appalti pubblici e confrontarla con la concessione, se non altro come strumento per definire la natura dei servizi e della gestione che soggiace a ciascuna ipotesi.

B — *Incompletezza della questione pregiudiziale*

35. Il governo austriaco sostiene che l'esegesi sollecitata, comprensibile e meritevole di risposta, pecca tuttavia di mancanza di chiarezza per essere utile nella causa in corso in Italia, giacché non fornisce dati sulla prestazione specifica, sul contenuto della gara né sull'ambito della «previa verifica dei criteri».

36. La necessità di un'interpretazione del diritto comunitario utile per il giudice e che,

19 — Causa C-87/94 (Racc. pag. I-2043, punti 33 e 54).

al contempo, consenta agli intervenienti nel procedimento pregiudiziale di presentare osservazioni [20], impone la definizione dell'ambito di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate o, almeno, la conoscenza delle ipotesi di fatto su cui tali questioni sono fondate [21].

37. La Corte ha affermato che può rifiutare di pronunciarsi su una questione pregiudiziale solo qualora risulti manifestamente che l'interpretazione richiesta non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale oppure qualora il problema sia di natura ipotetica [22].

38. L'ordinanza di rinvio fornisce informazioni seppur minime circa la relazione tra l'art. 113, quinto comma, del d. lgs. n. 267/2000 e la procedura di evidenza pubblica che si è svolta sulla base di tale disposizione nonché delle norme e i principi comunitari di riferimento, per cui la Corte è tenuta a statuire [23] giacché non emergono motivi di rigetto ad limine sulla questione pregiudiziale.

20 — Sentenza 1 aprile 1982, cause riunite da 141/81 a 143/81, Holdijk e a. (Racc. pag. 1299, punto 6).

21 — Sentenza 26 gennaio 1993, cause riunite da C-320/90 a C-322/90, Telemarsicabruzzo e a. (Racc. pag. I-393, punto 6), e ordinanze 19 marzo 1993, C-157/92, Banchero (Racc. pag. I-1085, punto 4); 7 aprile 1995, causa C-167/94, Grau Gomis e a. (Racc. pag. I-1023, punto 8), nonché 20 marzo 1996, causa C-2/96, Sunino e Data (Racc. pag. I-1543, punto 4).

22 — Sentenza 22 gennaio 2002, causa C-390/99, Canal Satélite Digital (Racc. pag. I-607, punto 19).

23 — Sentenza 13 marzo 2001, causa C-379/98, PreussenElektra (Racc. pag. I-2099, punto 38).

C — *Legittimazione dell'Acoset SpA*

39. La Conferenza e i comuni di Comiso e di Modica denunciano alla Corte la carenza di interesse dell'Acoset in questo procedimento pregiudiziale, in quanto intenderebbe impugnare esclusivamente l'annullamento della procedura di scelta del socio privato.

40. Tale eccezione manca di fondamento e deve essere senz'altro respinta.

41. Dall'art. 234 del Trattato discende che il rinvio di una questione pregiudiziale [24] spetta esclusivamente al giudice nazionale e non alle parti del procedimento, ferma restando la possibilità per le stesse di essere sentite [25]. Alla Corte è sufficiente constatare la qualità di parte nel ricorso nazionale per consentirne la partecipazione, requisito che l'Acoset SpA possiede ampiamente [26].

24 — Sulla consapevolezza della sua importanza quale strumento di cooperazione in ambito comunitario, v. sentenze 1 dicembre 1965, causa 16/65, Schwarze (Racc. pag. 910) e 16 gennaio 1974, causa 166/73, Rheinmühlen (Racc. pag. 33).

25 — Art. 23 dello Statuto della Corte.

26 — In ogni caso, colpisce l'argomento basato sull'annullamento della gara per negare legittimazione all'Acoset, quando proprio tale annullamento è all'origine del ricorso.

VI — Analisi nel merito della questione pregiudiziale

A — *Verso una nozione autonoma di «partenariato pubblico-privato»*

1. Prospettive nazionali

42. Le attività economiche e di gestione del potere pubblico hanno subito una profonda trasformazione nel corso dell'ultimo secolo. Da un liberismo astensionista iniziale, con l'unico obiettivo di mantenere l'ordine pubblico con mezzi tradizionali di polizia, come ordini e divieti, si è passati, evolvendo, ad offrire prestazioni ai cittadini [27], per giungere, infine, a un modello assistenziale di Stato nato dalla solidarietà [28].

43. In tale prospettiva l'esempio classico di servizio pubblico è stato accantonato, posto che, attualmente, il grado di permeabilità tra pubblica amministrazione e cittadini impedisce di isolare le reciproche funzioni in compartimenti stagni.

44. Sebbene lo zelo dell'amministrazione sia diretto all'interesse generale, i modi di soddisfarlo proliferano e spiccano quelli in cui, i privati essendo stati autorizzati a svolgere attività di natura pubblica, si constatano evidenti elementi di cooperazione [29].

45. Come esempi di tale convergenza, rivestono un ruolo particolarmente significativo la cosiddetta gestione indiretta dei servizi pubblici o gli appalti, formule che affondano le loro radici nella storia del diritto.

46. Così, quando un'impresa privata assume la responsabilità di una fornitura e, motivata da un corrispettivo, rischia il proprio patrimonio per assicurare la regolarità e il buon andamento della prestazione, si instaura una stretta relazione con la finanza pubblica. Parimenti accade quando l'amministrazione, consapevole dei propri limiti tecnici o economici, individua nell'appaltatore il referente per l'esecuzione di un'opera o di un servizio.

27 — E. Forsthoff, in *Die Verwaltung als Leistungsträger,* Kohlhammer, Stoccarda, 1938, le riconduce al concetto da lui denominato «assistenza esistenziale» e, coniando la nozione di *Daseinsvorsorge* relativa alle necessità vitali della società, ricrea un esecutivo forte e dinamico, capace di rispondere a tali domande; per assimilare correttamente tale tesi, L. Martín Retortillo, «La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge», in *Revista de Administración Pública,* n. 38, maggio-agosto, 1962, pagg. 35-65.

28 — Uno dei principali precursori, L. Duguit, *Leçons de Droit public général,* Èd. Boccard, Parigi, 1926, pag. 36, respinge la forza come elemento immanente dello Stato, attribuendogli la missione di convogliare la solidarietà sociale.

29 — Sull'altro versante lo Stato si sottopone al regime giuridico privato quando esercita un'attività industriale e si confronta in posizione di parità con altri operatori.

47. Il capitale privato funge da intermediario tra l'organo titolare dell'attività o del servizio e i suoi beneficiari, per cui, nei vari casi di specie, ferme restando le sfumature derivanti dalle diverse tipologie, il modello di uno sforzo condiviso informa ogni cosa e caratterizza ogni aspetto dell'attività o del servizio.

48. Inoltre, al di là delle ipotesi dell'appalto e della concessione, non è estranea né inconsueta per la pubblica amministrazione l'attribuzione dell'esercizio di funzioni pubbliche a soggetti privati i quali, tuttavia, non vengono integrati nella sua struttura [30].

49. Pertanto, per definire il «partenariato pubblico-privato» come categoria autonoma è necessario tener conto di tutte le reciproche influenze che caratterizzano taluni istituti giuridici.

50. I riflessi della sua origine anglosassone si intuiscono negli accesi dibattiti sul «New Public Management», vero brodo di coltura all'origine dei PPP, che aprono le porte della pubblica amministrazione a modelli di gestione imprenditoriale che richiedono l'apporto economico privato («Private Finance Initiative»).

30 — J.A. Santamaría Pastor, in *Principios de derecho administrativo,* vol. I, 3ª ed., Colección Ceura, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, pag. 460, nel descrivere tale collaborazione afferma che, oltre all'amministrazione in senso stretto, vi è stata sempre una sorta di «amministrazione impropria».

51. In seguito, tuttavia, la metodologia differisce, poiché, se in alcuni diritti nazionali sono stati sperimentati modelli di «contratto di partenariato» [31], in altri, tali iniziative restano caratterizzate dalla più assoluta atipicità [32].

2. Un panorama comunitario frammentato

52. Il diritto comunitario aspira all'armonizzazione degli ordinamenti nazionali nel settore degli appalti pubblici, ma tale slancio ristagna quando emerge il «fenomeno» dei PPP [33].

53. Tuttavia gli Stati membri incentivano una regolamentazione a livello comunitario a fronte della crescente presenza di PPP nel settore pubblico, poiché non passano inos-

31 — In Francia illustrano tale percorso l'ordinanza 17 giugno 2004, n. 2004/559, e la legge 28 luglio 2008, n. 2008-735, relativa ai «contrats de partenariat». In Spagna, la legge n. 30 del 30 ottobre 2007, relativa agli appalti pubblici (BOE n. 261, del 31 ottobre 2007, pag. 44336) conferisce la natura di contratto al «partenariato pubblico-privato».

32 — Un esempio del dibattito sulla tipicità di queste attività si può trarre da J. González García, *Colaboración público-privada. Entre la atipicidad contractual y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado,* in corso di pubblicazione; nel presagire la nascita di una nuova modalità contrattuale, basa le sue riflessioni sulla convinzione che si tratti di un mezzo «per aggregare alla prassi amministrativa tutti i rapporti atipici che si sviluppano nel mondo delle relazioni economiche tra privati», elogiando l'atipicità, che si coniuga meglio con la flessibilità e fornisce un maggiore apporto di immaginazione alla prestazione.

33 — Il «Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni», 30 aprile 2004, COM(2004) 327 def. (in prosieguo: il «Libro verde»), rivela che, perlomeno a quell'epoca, per la Commissione i «PPP» meritavano tale appellativo.

servate le attrattive e i vantaggi che essi offrono.

54. Oltre a fungere da valvola di sfogo per le limitazioni di bilancio, detti strumenti favoriscono il finanziamento privato e lo sfruttamento delle competenze di imprese estranee all'ambito pubblico, come risposta alla sconfitta che i venti della liberalizzazione infliggono allo Stato, giacché la sua condizione di operatore diretto si è evoluta verso quella di regolatore dei comportamenti, di cui è il garante ultimo quando questi possono pregiudicare l'interesse generale.

55. In un contesto che non prevede un regime specifico vincolante che li disciplini, regna l'incertezza giuridica, soprattutto in materia di partecipazione e di meccanismi di integrazione dei soci privati in tali strumenti di stabilizzazione economica.

56. È nata così l'esigenza di delineare le linee esegetiche per adattare tali pratiche ai principi del Trattato, a cui assolve la comunicazione interpretativa [34] della Commissione 5 febbraio 2008, sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privato istituzionalizzati (PPPI) [35].

57. È mia opinione che l'assenza di un'armonizzazione [36] comunitaria impedisca ai PPP di emanciparsi come veri e propri contratti, ma ciò non osta a riconoscere che a questi nuovi modelli di cooperazione sono riconducibili accordi che rivestono tale natura o si avvicinano alle caratteristiche di una concessione.

58. Una regolamentazione esauriente sconsiglierebbe determinati inconvenienti e fornirebbe un orientamento alle autorità pubbliche e ai soggetti privati, poiché l'incertezza regnante spesso le dissuade dall'istituire un PPP (così afferma la comunicazione) [37], a tutto svantaggio delle infrastrutture e dei servizi pubblici, tenuto conto della probabilità che tali forme di cooperazione non siano conformi alla disciplina che l'Unione europea impone.

34 — R. Alonso García, in *El soft law comunitario*, «Revista de Administración Pública», n. 154, gennaio-aprile, 2001, pag. 79, indica tra le virtù di tali strumenti dell'art. 249 CE quella di fornire agli amministratori e agli operatori privati un quadro caratterizzato dalla chiarezza e dalla coerenza, in modo da orientare il loro comportamento in una direzione compatibile con il diritto comunitario.

35 — C(2007)6661, in prosieguo: la «comunicazione».

36 — Tuttavia, nel suo parere in prima lettura del 10 maggio 2002, il Parlamento europeo ha proposto alla Commissione di esaminare la possibilità di adottare una proposta di direttiva, COM(2000) 275. A sua volta, il Comitato economico e sociale ha ritenuto necessaria un'iniziativa legislativa [parere del CES (GU C 14, 16 gennaio 2001), relatore Levaux, paragrafo 4.1.3, e parere del CES (GU C 193, 10 luglio 2001), relatore Bo Green, paragrafo 3.5].

37 — Tale reazione, naturale per gli operatori del diritto, è confermata da J. Carbonnier, in «Sociologie juridique», Quadrige, PUF, Parigi, 1994, pag. 331, il quale sottolinea la diversa sensibilità dei giuristi e dei sociologi a proposito della complessità del diritto: mentre per i primi è un'ineluttabilità, quasi una patologia, e auspicano il ritorno alla semplicità, i secondi, senza emettere giudizi, si limitano a registrarla come una mera eterogeneità che richiede un'analisi.

59. Tale vuoto tinge di relativismo i tentativi di classificare l'attività dell'amministrazione in azioni di controllo, di stimolo e di servizio pubblico [38]; inoltre, in una comunità giuridica globalizzata, ciascuna di queste componenti riflette percezioni diverse a seconda dei paesi.

60. In particolare, nel servizio pubblico si manifesta con vigore l'eterogeneità [39], poiché, se in alcuni sistemi tale nozione si erge a pietra angolare dell'ordinamento amministrativo [40], in altri non regge la struttura del «régime administratif», né la «publicatio» acquisisce il ruolo principale [41].

61. In ciò risiede, a mio parere, una delle cause della dispersione nella costellazione dei PPP, che deve confrontarsi con un problema più profondo: il legislatore comunitario ha armonizzato gli appalti pubblici, ma non il nodo delle concessioni [42] né quello dei servizi pubblici; pertanto, poiché queste categorie, sebbene non in modo lampante, sono presenti in non pochi PPP, la carenza normativa che le circonda non risponde alle esigenze.

38 — Come si sforza di fare E. Presutti, in «Principi fondamentali di scienze dell'amministrazione», SEI, Milano, 1903.

39 — Lo afferma il parere del Comitato economico e sociale 22 maggio 2003, in merito al Libro verde sui servizi di interesse generale COM(2003) 270 def. (GU C 76).

40 — Certamente in Francia, Italia e Spagna, a differenza dell'orientamento che ha prevalso, per esempio, in Gran Bretagna, Germania o Danimarca.

41 — Talvolta la terminologia differisce, benché il substrato e l'essenza del servizio pubblico non cambino: S. González-Varas Ibáñez, «El derecho administrativo privado», Ed. Montecorvo, Madrid, 1996, pag. 398.

42 — Nonostante la comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (GU C 121, pag. 6) contenga una nozione indipendente da quelle nazionali.

B — *Una catalogazione dei PPP*

62. Nonostante la sua insufficiente definizione concettuale, il Libro verde ha proposto una classificazione, constatando che, nella prassi, esistono due modelli principali che coagulano le diversità dei PPP negli Stati membri, a seconda che la collaborazione si basi su vincoli esclusivamente convenzionali (PPP contrattuali) o prenda la forma di un organismo (PPP istituzionalizzato o «PPPI»).

63. Questo dualismo traspare nella comunicazione della Commissione, il cui oggetto si limita al secondo gruppo, forse perché la pluralità delle forme di partenariato convenzionale, derivante da un'autonomia della volontà certamente vasta, si adatta peggio a una sistematizzazione [43].

64. Nei PPPI i compiti rispettivi del socio pubblico e di quello privato vengono disciplinati in un organismo avente personalità giuridica separata, attraverso il quale i soci vigilano sull'esecuzione di un'opera o alla prestazione di un servizio a beneficio della collettività.

43 — Infatti, secondo il Libro verde, «(…) esso definisce vari tipi di operazione, nei quali uno o più compiti più o meno ampi — tra cui la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, il rinnovamento o lo sfruttamento di un lavoro o di un servizio — vengono affidati al partner privato».

65. Contrariamente a taluni modelli convenzionali, nei quali si ingenera un legame diretto tra il socio privato che porta a termine il servizio al posto dell'amministrazione e l'utente finale, nei PPPI, la società commerciale, aggiudicataria o concessionaria, si rapporta «ufficialmente» con il destinatario del servizio benché «materialmente» l'attività sia svolta dal socio privato. Pertanto, avrebbe senso la precisazione fatta all'udienza dal rappresentante dell'Acoset, il quale ha confermato che, in realtà, il socio privato presta i suoi servizi alla società a capitale misto.

66. Oltre ai vantaggi descritti, i PPPI favoriscono un accentramento sul socio pubblico di un livello di controllo relativamente elevato sullo sviluppo delle operazioni, grazie alla sua presenza nell'azionariato e negli organi decisionali.

67. La casistica indica, in sostanza, una duplice via per creare un PPPI: costituire l'organismo ex novo oppure modificare il capitale di un organismo preesistente che, integralmente pubblico all'origine, passa parzialmente in mano a privati. È evidente che il corretto decorso di questa seconda ipotesi implica che il prevalere del settore privato si manifesti prima o contestualmente all'aggiudicazione, e non successivamente [44].

68. L'art. 113, quinto comma, lett b), del d. lgs. n. 267/2000 prevede un PPPI del primo tipo, in quanto si costituisce una società a capitale misto, il cui socio privato assume la gestione integrata del servizio idrico municipale [45], a seguito di una procedura ad evidenza pubblica per la sua scelta.

69. Da ultimo, i PPPI indirizzano l'appalto o la concessione, tracciando un'altra distinzione sull'assioma del loro oggetto, determinante per chiarirne la disciplina nell'orbita comunitaria.

C — *Delimitazione tra appalto e concessione*

70. Con riferimento alla classificazione enunciata nel paragrafo precedente, è necessario tracciare i confini dell'appalto e della concessione prima di precisare il regime giuridico del PPPI di Ragusa.

44 — Lo si deduce dal punto 42 della citata sentenza Commissione/Austria: per evitare stratagemmi che consentano di eludere il diritto comunitario, le amministrazioni aggiudicatrici non possono «ricorrere a manovre dirette a celare l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi a società ad economia mista».

45 — È molto significativo che il Libro verde riconosca che negli Stati membri si fa ricorso a queste strutture «per la gestione di servizi pubblici a livello locale (ad esempio, per i servizi d'approvvigionamento idrico o per la raccolta dei rifiuti)».

71. Sottoscrivo le valutazioni della Commissione secondo le quali l'attribuzione di un servizio pubblico locale, quale la gestione integrata del servizio idrico, può attuarsi mediante appalto o concessione, e che le scarne informazioni fornite dall'ordinanza di rinvio non consentono di capire se si è optato per l'uno o l'altro modello.

72. Tuttavia, occorre considerare: in primis, che il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia oppone al ricorrente solo le disposizioni e i principi del Trattato senza riferirsi alla direttiva sugli appalti [46], in secondo luogo, che utilizza l'espressione società a capitale misto «concessionaria», e, in terzo luogo, che la durata prevista di trenta anni si adatta meglio alla concessione [47].

73. La differenza non è irrilevante in quanto, se alla società a capitale misto si affida l'esecuzione di un appalto pubblico, le direttive 2004/17 o 2004/18 stabiliscono le norme in materia di pubblicità e le modalità di scelta del socio privato che dovrà eseguire l'opera quando l'importo superi la soglia economica che tali norme prevedono. Viceversa, se si tratta di una concessione di servizi o di un appalto pubblico non rientrante nelle dette direttive (per esempio, perché il relativo importo non raggiunge la soglia fissata), i principi e le libertà previste dal Trattato costituiranno l'unico riferimento.

74. Risulta pertanto evidente l'importanza di precisare i criteri destinati a definire le confuse linee di demarcazione tra appalto e concessione [48], il che, in mancanza dei riferimenti necessari, spetta in ultima istanza al giudice nazionale, in funzione del «rischio di gestione» e del «corrispettivo della prestazione», come interpretati dalla Corte.

75. Il rinvio pregiudiziale in esame denuncia le prime difficoltà nel tentativo di distinguere l'«appalto di servizio pubblico» dalla «concessione di servizio pubblico».

76. L'appalto di servizi comporta un corrispettivo versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al fornitore; invece, quando la remunerazione non proviene dall'autorità pubblica interessata, bensì dagli

46 — Prudenza, degna di lode, quella adottata dal tribunale siciliano, poiché, a fronte della complessità di norme e di regimi suscettibili di infondere vita giuridica a un PPPI, allude esclusivamente alle libertà e ai principi del Trattato, minimo comune denominatore degli appalti e delle concessioni, seguendo il consiglio di F. Bacon, Essays, Ed. Cosimo, 2007, cap. LVI, of Judicatory, pag. 137, «Judges must beware of hard constructions, and strained inferences; for there is no worse torture, than the torture of laws».

47 — Sulla base di questo dato la Repubblica italiana e l'Acoset non hanno dubbi nel qualificare il fenomeno come concessione. Inoltre, come evidenziato all'udienza, la durata dipende dal costo dell'investimento, considerato che deve essere ammortizzata la spesa.

48 — R. Passerieux e J.M. Thouvenin, in «Le partenariat public/privé à la croisée des chemins, entre marché et concession», in *Revue du Marché commun et de l´Union européenne*, n. 487, aprile, 2005, pag. 237, vedono nella possibilità di slittamento di tali categorie la principale fonte di incertezza giuridica, considerando il rischio che quelle concepite sotto il regime flessibile della concessione («PPP concessions») siano riqualificate come «PPP marchés».

importi versati dai terzi beneficiari, si ha una concessione di pubblici servizi [49].

77. Inoltre, il trasferimento del «rischio di gestione» [50] è uno dei sintomi privilegiati per mettere a fuoco tale distinzione, in quanto rappresenta un elemento essenziale della concessione [51] mentre l'appalto non lo prevede [52].

78. Il Tribunale di Catania, tuttavia, non deve abbassare la guardia perché, probabilmente, incontrerà ulteriori ostacoli nella sua opera di demarcazione nella causa che è chiamato a giudicare; infatti, al di là della gestione del servizio, emergono le necessarie attività finalizzate a renderla possibile, il che comporta indagare le divergenze tra «appalto di servizi», «concessione di lavori» e «concessione di servizi» [53].

79. L'art. 18 della direttiva 2004/17 esclude le «concessioni di lavori e di servizi rilasciate da enti aggiudicatori che esercitano una o più attività di cui agli articoli da 3 a 7, quando la concessione ha per oggetto l'esercizio di dette attività». Si noti che, rispetto alla direttiva 2004/18, che all'art. 17 esclude unicamente le concessioni di servizi, la direttiva 2004/17 esclude anche quelle di lavori, circostanza che, con una lettura congiunta dell'art. 12 della direttiva 2004/18, lascia intendere che le concessioni di lavori, anche quando riguardano settori speciali (come quello dell'acqua), sono soggette alla normativa relativa a quelli tradizionali [54].

80. Per superare la confusione che possono causare gli appalti relativi a diverse attività (per esempio, un servizio idrico che esige la realizzazione di lavori), la direttiva 2004/17 adotta il criterio oggettivo di applicare le norme relative alla principale attività cui è destinato (art. 9, n. 1), in conformità della giurisprudenza, che nega la qualifica di appalto «di lavori» quando questi siano accessori alla prestazione di servizi o alla cessione di beni [55].

81. Spianata la strada all'analisi, appare evidente che la concessione di servizi è soggetta alle norme e ai principi fondamentali del Trattato, mentre la concessione di lavori è

49 — Sentenze 10 novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding (Racc. pag. I-6821) e Parking Brixen, cit. alla nota 3.

50 — Al riguardo occorre segnalare la chiarezza con cui il rappresentante dell'Acoset ha sostenuto all'udienza che il rischio veniva assunto dal socio privato.

51 — Sentenze 18 luglio 2007, causa C-382/05, Commissione/Italia (Racc. pag. I-6657, punto 34), e 13 novembre 2008, causa C-437/07, Commissione/Italia (Racc. pag. I-1597, punto 29).

52 — Sentenza 27 ottobre 2005, causa C-234/03, Contse e a. (Racc. pag. I-9315, punto 22).

53 — Infondono chiarezza a questo periglioso sforzo le riflessioni di J.M. Gimeno Feliú «La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma», Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2006, pagg. 151-175, basate su una precisazione concettuale delle diverse tipologie.

54 — L'esclusione delle concessioni dall'ambito delle direttive sugli appalti si è delineata nell'ordinanza 30 maggio 2002, causa C-358/00, Buchhändler-Vereinigung (Racc. pag. I-4685), ma la sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress (Racc. pag. I-10745), ha posto le concessioni di lavori sotto l'egida della disciplina dei settori tradizionali.

55 — Sentenza 19 aprile 2004, causa C-331/92, Gestión Hotelera Internacional (Racc. pag. I-1329).

soggetta anche alle disposizioni della direttiva 2004/18 che, per ragioni di soglia, prevedono la sua applicabilità.

84. Non è opportuno ricorrere al pragmatismo, aspirazione logica di qualsiasi ordinamento, quale fondamento esclusivo di un ragionamento giuridico. Ciò premesso, condivido l'opinione della Commissione, cui vengono ad aggiungersi alcune ricerche sui requisiti che la Comunità impone agli appalti e alle concessioni che, per osmosi, delineano il panorama nel quale si sviluppano i PPPI.

D — *Parametri di controllo dei PPPI*

82. I dubbi che solleva l'art. 113, quinto comma, lett. b), del d. lgs. n. 267/2000 si riducono alla necessità di chiarire se, oltre al bando pubblicato per la scelta del socio privato, sia necessaria un'altra gara per l'aggiudicazione della prestazione [56]. Se tale dubbio si risolvesse a favore dell'unicità della gara, si dovrebbe scandagliare la base giuridica che ne fonda la legittimità, con riferimento alle libertà di stabilimento (art. 43 CE) e di prestazioni di servizi (art. 49 CE), nonché delle regole di concorrenza (art. 86 CE).

85. Introdurre una doppia gara mal si coniuga con l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati, poiché l'istituzione di questi organismi riunisce in uno stesso atto la scelta dell'elemento economico privato e l'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione alla società a capitale misto.

86. L'efficienza non ammette, a rigor di termini, una contrapposizione con il principio di legalità, poiché si svolge nel suo rispetto, sicché è sufficiente rilevare l'illegittimità di una gestione inefficiente.

1. Gara unica con duplice finalità

83. Nella sua comunicazione la Commissione ritiene che «(...) una doppia procedura (la prima per la selezione del partner privato del PPPI, e la seconda per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto) sia difficilmente praticabile (...)».

87. Quando se ne rispettano i limiti [57], i PPPI devono tradursi in indicatori affidabili di una ponderazione basata su criteri di razionalità, motivazione, coordinamento ed economia, che stimolano un'amministrazione responsa-

56 — È quanto sostengono la Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincia e il Comune di Vittoria.

57 — Quindi, quelli che derivano dal diritto a una buona amministrazione, di cui all'art. 41, capo V, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dedicato alla cittadinanza, che, con riferimento al divieto di ostacolare il diritto alla difesa, cito nelle mie conclusioni del 27 novembre 2007, seguite in parte nella sentenza 15 maggio 2008, cause riunite C-147/06 e C-148/06, SECAP (Racc. pag. I-3565).

bile nella ricerca del bene comune, e contemporaneamente la sganciano dalla funzione di mera «catena di trasmissione» [58] della legge.

88. Una delle chiavi risiede nella circostanza che l'impresa che viene a far parte del nuovo organismo si comporta, di fatto, come un appaltatore o un concessionario assumendo la responsabilità della realizzazione del servizio; questo ruolo non viene dissimulato, posto che, tra le variabili per l'individuazione dell'impresa, a parte gli elementi relativi all'apporto organizzativo-gestionale per la conduzione della società, viene presa in esame la sua capacità di eseguirlo [59].

89. In tal modo la scelta dell'aggiudicatario o del concessionario avviene già, indirettamente, al momento della scelta del socio industriale, e quindi la sua attività riveste grande importanza. Definirne in modo più preciso le caratteristiche eviterebbe la manipolazione dei PPPI al fine di eludere nuove procedure di gara.

90. Tale circostanza si coniuga con la ragione della sua esistenza, che, nella fattispecie, consiste specificamente nel servizio idrico integrato, come dichiara la questione pregiudiziale alludendo all'«oggetto sociale esclusivo».

91. Inoltre, l'intento del PPPI non deve mutare durante l'esecuzione [60] benché non sia vietato adeguarlo alle innovazioni tecnologiche o all'abilità del socio privato, sempre che non siano alterate le condizioni essenziali [61] della gara [62].

92. Quanto esposto dal Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia pare conformarsi a tali precisazioni fondamentali, poiché il capitolato d'appalto prevedeva che l'aggiudicazione dei lavori [63] non eseguiti direttamente dal socio privato fossero soggetti alle «procedure ad evidenza pubblica previste dalla legge».

93. Tuttavia, le osservazioni della Repubblica italiana (punto 8) sono dirette a sottolineare che, sul presupposto dello ius variandi, una clausola inserita nel capitolato lascia intrave-

58 — «Transmission belt», espressione tratta dall'opera, ormai classica, di R.B. Stewart, «The reformation of American Administrative Law», Harvard Law Review, Vol. 88, n. 8, 1975, pag. 1675.

59 — Considerando che in un'unica soluzione occorre soddisfare tutti i criteri previsti, si stempera l'affermazione del comune di Vittoria relativa alla circostanza che la gara per la scelta del socio non deve sovrapporsi all'affidamento del servizio, tenuto conto delle differenze di contenuto e di finalità.

60 — Dato determinante nel caso di specie, se si considera la durata di 30 anni prevista.

61 — Secondo la sentenza 29 aprile 2004, causa C-496/99 P, Commissione/CAS Succhi di Frutta SpA (Racc. pag. I-03801, punto 116), l'essenzialità di una condizione, se prevista nel bando di gara o nel capitolato di appalto, avrebbe consentito agli offerenti di presentare un'offerta sostanzialmente diversa.

62 — Fatte salve le eccezioni previste dagli artt. 31 e 61 della direttiva 2004/18 e dall'art. 40, n. 3, lett. f) e g), della direttiva 2004/17/CE, qualsiasi modifica delle condizioni essenziali del contratto che non sia stata prevista nel capitolato d'appalto impone una nuova gara, come si afferma nella sentenza 5 ottobre 2000, causa C-337/98, Commissione/Francia (Racc. I-8377, punto 50).

63 — Inizialmente, quelli indicati nel Piano Operativo Triennale, approvato dalla Conferenza dei Sindaci nella riunione del 15 dicembre 2003.

dere l'eventualità della quotazione in borsa di parte del capitale degli azionisti pubblici.

94. Nella prospettiva contrattuale è possibile autorizzare talune variazioni non fondamentali durante la fase di esecuzione, anche se, nel rispetto della trasparenza e per non snaturarne lo sviluppo, si richiede un'autorizzazione espressa [64].

95. Indipendentemente dal fatto che la quotazione in borsa modificasse l'uniformità delle condizioni, il governo italiano, nelle sue osservazioni scritte, ha posto l'accento sulla circostanza che tale trasferimento di capitali avrebbe provocato l'estinzione della società, in quanto il suo statuto prevede una «partecipazione pubblica maggioritaria»; ciò significa che, più che mettere la società in una condizione di irregolarità, un tale evento ne avrebbe determinato l'estinzione. Tuttavia, l'avvocato dello Stato ha puntualizzato tale posizione all'udienza, alludendo ad «altre forme alternative di controllo» non basate sulla proprietà del capitale, impostazione che condivido, purché la maggior presenza privata non snaturi il peso preponderante dell'elemento pubblico nella società, derivante dal possesso maggioritario dei capitali o, perlomeno, da un'indiscutibile influenza sulle decisioni strategiche relative all'attività di fornitura idrica [65].

64 — Sentenza Commissione/CAS Succhi di Frutta SpA, cit.

65 — In ogni caso non si può negare che lo statuto della società a capitale misto si riferisce a una «partecipazione pubblica maggioritaria»; pertanto, per quanto si voglia mantenere in vita la società nel caso in cui il capitale pubblico scenda sotto il 50 %, verrebbe a mancare una delle condizioni essenziali per la costituzione stessa della società.

2. Società a capitale misto e prestazioni «in house»: due realtà opposte

96. Nella maggior parte delle osservazioni depositate nel presente procedimento pregiudiziale vengono citati i casi di esecuzione da parte di enti incaricati, sebbene con interpretazioni contrastanti: mentre alcuni fanno riferimento a detti affidamenti per sostenere che non corrispondono al «Servizio Idrico Integrato» proposto, altri li citano per evidenziare le differenze rispetto ai PPPI.

97. A mio parere, l'aggiudicazione è giustificata nelle ipotesi di servizi «in house», ma anche nel caso di taluni PPPI che, rispettosi della trasparenza, soddisfano i principi di parità di trattamento e di non discriminazione.

98. La giurisprudenza ha dichiarato non applicabili gli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, nonché i principi generali che da essi discendono, allorché il controllo esercitato sull'ente concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, sempre che quest'ultima realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la controlla [66].

66 — Sentenze 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal (Racc. pag. I-8121, punto 50); Parking Brixen, cit. (punto 62), e 13 novembre 2008, causa C-324/07, Coditel Brabant SA (Racc. pag. I-8457, punto 26).

99. L'attività svolta da una società il cui capitale è composto anche da contributi estranei all'amministrazione si colloca, per definizione, al di fuori del modello «in house», in quanto la partecipazione di una società privata priva l'amministrazione pubblica di tale «controllo analogo» [67].

100. Tuttavia, pur consapevole di quanto sia complicato stabilire le percentuali idonee a conferire tale controllo, sarebbe di grande utilità che la Corte definisse la sua posizione al riguardo.

101. Da un lato, alcune sentenze ritengono che il fatto che l'autorità pubblica aggiudicatrice detenga l'intero capitale di una società aggiudicataria potrebbe indicare, pur non essendo decisivo, che detta autorità pubblica eserciti sulla società in questione un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi [68].

102. A contrario sensu, la partecipazione privata esclude l'ipotesi che si tratti di operazioni «in house», come si deduce dalle citate sentenze Stadt Halle e Coname, per le quali una partecipazione privata, anche minoritaria, impedisce tale controllo.

103. D'altra parte, detta giurisprudenza appare meno chiara quando la Corte, ricordando la sentenza Asemfo, sostiene che «in talune circostanze, la condizione relativa al controllo esercitato dall'autorità pubblica poteva essere soddisfatta nel caso in cui tale autorità detenesse solamente lo 0,25 % del capitale di un'impresa pubblica» [69].

104. Poiché nella collaborazione promossa dalla Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincia e dai comuni [della provincia] di Ragusa il socio privato doveva sottoscrivere il 49 % del capitale sociale della nuova società [70], la natura interna dell'attività non è legittimata da tale elevata partecipazione, in quanto dovrebbe essere accertata dinanzi al giudice nazionale un'influenza dell'azionariato pubblico in grado di prevalere sulla volontà del privato nelle scelte strategiche della società [71].

3. Esercizio di disgregazione giuridica

105. Escluso il carattere strumentale di tale società ibrida, resta da verificare se la sua genesi autorizzi la mancata procedura di evidenza pubblica per la gestione del servizio idrico.

67 — Come si deduce dalle sentenze 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau (Racc. pag. I-1, punto 49), e 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname (Racc. pag. I-7287, punto 26).

68 — Sentenze causa C-340/04, Carbotermo, (Racc. pag. I-4137, punto 37), e 19 aprile 2007, causa C-295/05, Asemfo (Racc. pag. I-2999, punto 57).

69 — Sentenza Coditel, cit. (punto 53), che rinvia ai punti 56-61 della sentenza Asemfo, dalla quale, tuttavia, non si deduce tale percentuale di partecipazione.

70 — Punti II. 7 delle osservazioni dell'Acoset e 5 di quelle del governo italiano.

71 — Sentenze Parking Brixen e Carbotermo, cit.

106. Senza voler scardinare la categoria giuridica del «partenariato pubblico-privato istituzionalizzato», ritengo che se ne debbano scindere i diversi elementi.

107. Nulla impedisce agli enti pubblici locali di costituire una persona giuridica e di adempiere i compiti connessi a tale operazione, quali redigerne lo statuto, sottoscrivere il capitale e allearsi con chi ritengano più opportuno.

108. Neppure si può disapprovare la pubblicazione di un'offerta volta a integrare in tale società i privati disposti a sborsare le somme necessarie al funzionamento della società stessa.

109. La mancanza totale di gara nell'aggiudicazione di alcuni servizi mal si coniuga con gli artt. 43 CE e 49 CE e con i principi di parità di trattamento e di non discriminazione. Il «Servizio Idrico Integrato» potrebbe quindi essere censurabile, ma l'antidoto per risolvere il problema sul nascere sta nei criteri che ispirano la scelta stessa del socio privato.

110. I candidati devono dimostrare la capacità personale ed economica di diventare azionisti della società, ma la loro perizia tecnica e i vantaggi economici e di altro tipo assicurati dalla loro offerta devono avere rilievo preminente tra gli aspetti che devono essere valutati.

111. Infatti, la comunicazione sui PPPI precisa che «il fatto che un soggetto privato e un'amministrazione aggiudicatrice cooperino nell'ambito di un'entità a capitale misto non può giustificare il mancato rispetto, in sede di aggiudicazione di appalti pubblici o concessioni a tale soggetto privato o all'entità a capitale misto, delle disposizioni in materia di appalti pubblici e concessioni».

112. Pertanto, i limiti della validità sostanziale dei PPPI sono da ricercarsi nell'equità e nella possibilità assicurata a tutti gli offerenti, effettivi o potenziali, di avere accesso a un'informazione adeguata sul progetto dell'amministrazione aggiudicatrice di creare la società a capitale misto per affidarle un appalto pubblico o una concessione.

113. Il requisito della pubblicità deriva, per gli appalti, dagli artt. 41 e segg. della direttiva 2004/17/CE e dagli artt. 35, 36 e 58 della direttiva 2004/18/CE; per le concessioni di servizi pubblici, la giurisprudenza [72] ha imposto l'obbligo di pubblicità di cui trattasi

72 — Sentenze Telaustria e Telefonadress, cit. (punti 60-62), e Coname, cit. (punti 16-19).

come mezzo per garantire i principi di trasparenza, parità di trattamento e di non discriminazione per motivi di nazionalità [73].

114. La Corte ha dichiarato che gli artt. 43 CE e 49 CE riflettono il principio di parità di trattamento [74] e il divieto di discriminazione per ragioni di nazionalità [75].

115. Per quanto riguarda la concorrenza, nelle mie conclusioni nella causa Ing. Aigner metto in guardia contro la miopia di coloro che relegano il diritto comunitario degli appalti a un ruolo di mero coordinamento delle procedure di aggiudicazione, poiché, di fatto, persegue un obiettivo di più ampia portata: l'instaurazione di una concorrenza effettiva nel settore, in virtù della realizzazione delle libertà essenziali nel processo di integrazione europea [76].

116. Sebbene tale tesi si riferisca agli appalti, anche nelle concessioni di servizi pubblici [77] occorre arginare le distorsioni della concorrenza, perché anche per queste ultime valgono gli stessi principi del Trattato, benché la varietà di concezioni nazionali su «concessioni», «servizi pubblici di interesse generale», «diritti speciali» e «diritti esclusivi» ne appanni la relazione con gli artt. 81 CE, 82 CE e 86 CE [78].

4. Corollario

117. Appare ineludibile una soluzione affermativa della questione pregiudiziale proposta, in quanto risponde a un elementare requisito di efficacia nella gestione amministrativa, naturalmente a condizione che non si

73 — Tutti gli offerenti devono poter disporre delle stesse possibilità, indipendentemente dalla loro nazionalità, come affermato dalla sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-2043, punti 33 e 54).

74 — Sentenza 5 dicembre 1989, causa C-3/88, Commissione/Italia (Racc. pag. 4035, punto 8).

75 — Sentenza 8 ottobre 1980, causa 810/79, Überschär (Racc. pag. 2747, punto 16).

76 — Ai sensi del secondo 'considerando' della direttiva 2004/18 e del nono 'considerando' della direttiva 2004/17, nonché delle sentenze 22 giugno 1989, causa 103/88, Fratelli Costanzo (Racc. pag. 1839, punto 18 in fine); 10 novembre 1998, BFI Holding, punto 41; 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge (Racc. pag. I-8035, punto 16); 1 febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia (Racc. pag. I-939, punto 41); Stadt Halle RPL Lochau (punto 44), e Carbotermo (punto 58), tra le altre.

77 — S. Muñoz Machado, in «Servicio público y mercado. Los fundamentos», vol. I, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pag. 40, rassicura chiarendo che l'Europa non aborrisce il servizio pubblico, ma vuole solo ricondurlo nei limiti della concorrenza; si tratta quindi di affrontare una nuova sfida, non di eliminarlo.

78 — Sintetizza questi aspetti U. Neergaard in «The concept of concession in the EU public procurement law versus EU competition law and nacional Law», *The new EU public procurement Directives*, Ruth Nielsen & Steen Treumer (ed), Djøf Publishing, 2005, pagg. 149-181.

violino le garanzie derivanti dal diritto comunitario.

118. Le libertà fondamentali del Trattato esigono che la trasparenza e il divieto di discriminazione siano rispettati già in fase di gara pubblica per la scelta del socio privato della società, la cui sorte, fatte salve alcune modifiche non sostanziali, resta legata alla gestione del servizio, mentre alla società mista spetta la titolarità formale dell'affidamento e all'impresa privata la fase esecutiva.

119. I criteri di scelta del socio privato devono riferirsi non solo al capitale che conferisce, ma anche all'esperienza e alle caratteristiche della sua offerta relative alle prestazioni specifiche del servizio da erogare.

120. Il tribunale siciliano deve valutare l'adeguatezza della pubblicazione nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee a tutelare la concorrenza e le libertà di prestazione dei servizi e di stabilimento, nonché gli interessi dei potenziali destinatari.

121. Inoltre, per evitare che il socio privato tragga vantaggi indebiti rispetto ai suoi concorrenti [79] deve indagare se la sua scelta è stata conforme alle procedure di aggiudicazione previste dalle direttive 2004/17 e 2004/18, a seconda che il PPPI presenti le caratteristiche di un appalto di servizi o di una concessione di lavori.

122. Per giungere a una decisione deve chiarire se il PPPI di Ragusa configuri un appalto o una concessione e se, ai sensi di quanto sopra, si riferisca a lavori o a un servizio pubblico, definendo così il regime giuridico richiesto per una corretta aggiudicazione e una pubblicazione esauriente.

79 — Indicazioni affidabili sono contenute nella comunicazione, la quale prospetta che le condizioni contrattuali relative all'appalto o alla concessione da aggiudicare alla costituenda entità a capitale misto, nonché quelle relative allo statuto della stessa, siano incluse nel bando di gara o nel capitolato d'oneri. Detta comunicazione si sofferma inoltre sui patti tra azionisti, sulla relazione contrattuale tra l'amministrazione aggiudicatrice e il socio privato e tra questa e la società mista, senza trascurare le possibilità di rinnovo o di modifica dell'appalto pubblico o della concessione e l'affidamento opzionale di altri compiti.

VII — Conclusione

123. Alla luce di quanto esposto, suggerisco alla Corte di risolvere la questione pregiudiziale proposta dal Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, dichiarando che:

«Gli artt. 43, 49 e 86 del Trattato, la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, e la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di lavori a una società a capitale misto costituita specificamente per tale fine, sempre che ricorrano le seguenti circostanze:

— che la società mantenga detto oggetto sociale esclusivo durante tutta la sua esistenza;

— che il socio privato sia scelto mediante procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione, nonché delle caratteristiche della sua offerta, relativamente al servizio che deve essere erogato;

— che il socio privato assuma, come partner industriale, l'esecuzione del servizio e dei lavori; e

— che la gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal diritto comunitario per le concessioni e, se del caso, le regole della pubblicità e di aggiudicazione previste per gli appalti pubblici».