

## **CONVEGNO IGI**

**27/2/2014**

**Relazione dr. Rangone**

### **IN HOUSE E COOPERAZIONE PUBBLICO PUBBLICO NEL TRATTATO, NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE E NELLE NUOVE DIRETTIVE APPALTI E CONCESSIONI**

#### **INDICE:**

- 1)Le basi normative dell'in house providing e della cooperazione pubblico pubblico nei Trattati**
- 2)In house providing nella giurisprudenza della Corte**
- 3)La cooperazione pubblico pubblico ( in house orizzontale) nella giurisprudenza della Corte**
- 4)In house providing e cooperazione pubblico pubblico nelle nuove direttive appalti e concessioni**
- 5) Conclusioni**

#### **1) Le basi normative dell'in house providing e della cooperazione pubblico-pubblico nei Trattati**

Il Trattato di Lisbona, in parallelo alla riconferma delle fondamentali disposizioni già previste con il TCE sulla centralità della concorrenza e del mercato, introduce l'art. 4 che attiene alla competenza concorrente dell'Unione con gli Stati membri, ponendo in forte evidenza il ruolo della Pubblica Amministrazione: in particolare, il 2° par. specifica in quali settori si esercita tale competenza concorrente, che si estende in molte materie rilevanti che vanno dal mercato interno all'ambiente, dai trasporti alle reti transeuropee, per citare soltanto quelle più direttamente correlate agli appalti pubblici.

Inoltre, l'art. 14 del TFUE considera i Servizi economici di interesse generale - SIEG - quali "valori comuni" ai fini della coesione sociale e l'art.1 del Protocollo (No. 26) al Trattato sempre relativo ai SIEG prende atto del ruolo essenziale e dell'ampia facoltà discrezionale che compete alle autorità nazionali, regionali e locali nell'organizzare, acquisire e gestire tali servizi essenziali secondo i bisogni degli utenti, pur nell'ambito

del necessario coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri come sancito dall'art. 5.

Fanno poi da supporto essenziale alla normativa sull'in house providing ( come sviluppata dalla giurisprudenza della Corte e ora introdotta dalle nuove direttive) gli articoli 106 (ex articolo 86 del TCE) e 107 (ex art. 87 del TCE) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, attinenti rispettivamente alla disciplina delle imprese pubbliche e ai diritti speciali o esclusivi nonché alla concessione degli aiuti di Stato. In particolare, il 2<sup>a</sup> par. dell'art 106 del TFUE statuisce che "Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (SIEG) ..... sono sottoposte alle norme dei trattati e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata", mentre l'art. 107, 1<sup>a</sup> par. afferma l'incompatibilità degli aiuti di Stato che favorendo talune imprese " falsino o ( anche solo ) minaccino di falsare la concorrenza".

Infine, deroghe espresse dalla legislazione degli appalti pubblici sono contemplate dagli artt. 51 e 52 del TFUE relative rispettivamente all'esercizio di poteri pubblici e di quelli di pubblica sicurezza o sanitari.

Da ultimo, l'art. 56 TFUE (ex art. 49 TCE) ribadisce che la competenza organizzativa del settore pubblico e quindi anche l'attribuzione di compiti da un soggetto pubblico ad un altro, esulano dalla competenza del diritto dell'Unione e possono essere oggetto di statuizione degli Stati nei modi e nelle forme ritenute più convenienti dagli stessi.

Da quanto rilevato si può vedere come la logica che sottende all'intero TFUE sia di tipo collaborativo rispetto sia agli Stati membri che alle stesse autorità locali: infatti, in tale Trattato il diritto dell'Unione è pensato quale diritto che si attua in larga misura tramite gli Stati membri (intesi in senso lato), che divengono parte attiva del complessivo "funzionamento dell'Unione", come tale definito "a matter of common interest" (art. 197 del TFUE), pur nella cornice essenziale della concorrenza e del mercato..

Questa impostazione del Trattato consente di comprendere meglio le ragioni di fondo dell'elevazione dell'in house providing (nelle modalità verticale e orizzontale) che da semplice "eccezione giurisprudenziale da interpretarsi in via restrittiva" diventa, al verificarsi delle condizioni codificate, esclusione organica dalla disciplina UE del procurement .

A questa evoluzione delle regole primarie e secondarie dell'Unione non può dirsi estranea una chiara tendenza che si è venuta affermando nell'ultimo decennio in molti Stati membri, con l'emergere e il consolidarsi di forme di gestione in house di servizi pubblici e/o di interesse generale, operate soprattutto da enti locali, anche in ragione di esigenze collettive non soddisfatte adeguatamente dal ricorso al mercato.

Ci si riferisce in particolare al fenomeno sempre più diffuso delle Stadtwerke (termine traducibile con municipalizzate) in Germania (e in altri paesi come Austria, Olanda Danimarca ecc) e delle società pubbliche locali (Legge sulle SPL del 2010) in Francia, che operano sempre più spesso in una pluralità di ambiti (dall'acqua all'energia, dai trasporti urbani all'edilizia sociale, dalla progettazione alle gestioni dei rifiuti e dei parchi ecc.) e che sono divenute centrali nella vita di molti territori degli Stati membri.

## **2) In house providing nella giurisprudenza della Corte (c.d. in house verticale)**

La deroga all'obbligo generale della gara che la Corte individua nella sentenza Teckal (C-107/98 del 18 nov. 1999) in aderenza all'art. 86 del Trattato CE – ora art. 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea –, si basa sull'esistenza di due requisiti cumulativi stabiliti per la prima volta (in modo organico) nella citata sentenza, vale a dire nel caso in cui (punto 30) “nel contempo, l'ente eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che la controllano”.

Di conseguenza, al punto 51 la Corte conclude affermando che “Occorre risolvere la questione pregiudiziale nel senso che la direttiva 93/36 è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno”.

La stringata sentenza Teckal apre in realtà una serie di interrogativi che hanno interessato (e continuano a interessare) molti aspetti specifici a cui la Corte ha fornito

risposte nell'arco di 15 anni con una ventina (circa) di sentenze (rilevanti), attraverso procedimenti che hanno interessato principalmente 6 paesi membri, oltre all'Italia, e cioè, in ordine di frequenza di cause, Germania, Spagna, Francia, Austria, Belgio e Portogallo.

Tale complesso di provvedimenti giurisprudenziali è stato determinato da (alcuni) ricorsi della Commissione europea ma, soprattutto, da rinvii pregiudiziali dei giudici nazionali (indice evidente delle difficoltà interpretative della materia!).

L'effetto di tale abbondante giurisprudenza è stato quello di consentire alla Corte di poter delineare abbastanza dettagliatamente i contorni di applicabilità dell'in house providing (verticale) in applicazione delle due condizioni richiamate.

Complessivamente, si può dire che l'analisi della Corte si è concentrata principalmente, con riferimento al primo requisito, su 4 aspetti specifici:

- 1) le modalità dell'esercizio del controllo analogo (Sentenza Parken Brixen; Carbotermo e Consorzio Alisei; Anav, Sea/Comune di Ponte Nossà) e, in particolare, (2) la necessità che il controllo sia strutturale e si attui in via funzionale estendendosi all'integralità delle attività, anche se con modalità non necessariamente identiche a quelle esercitate sui propri servizi (Sentenza ECONORD);
- 3) la natura anche plurisoggettiva del suo esercizio e la possibilità dell'esercizio anche indiretto tramite il controllo su altra amministrazione aggiudicatrice/ ente pubblico (Sentenze Parking Brixen; Asemfo-Tragsa; Coditel Brabant);
- 4) l'impossibilità del controllo analogo in presenza di partecipazione anche minoritaria di capitale privato e/o della previsione concreta e ravvicinata di apertura a privati del capitale (Sentenza Stadt Halle, C-26/03).

Quanto poi al secondo requisito, quello della realizzazione con l'ente della parte più importante dell'attività, la Corte ha fornito precisazioni esplicative circa il concetto di prevalenza (Sentenza Carbotermo e Consorzio Alisei) e la legittimità della presenza limitata sul mercato con attività principali e/o accessorie (Sentenza SEA/Comune di Ponte Nossà).

In via generale, la giurisprudenza della Corte appare svilupparsi secondo una linea coerente di definizione dei contorni e dei contenuti della deroga senza ampliamenti irragionevoli dell'ambito oggettivo complessivamente delineato dalle due condizioni Teckal, anche se non va sottaciuto che, a mio giudizio, l'ottica della Corte appare spesso

basata su di un approccio interpretativo non propriamente limitativo dell'ambito della deroga.

L'unica decisione che si stenta a collocare lungo tale linea di coerenza sostanziale, e non solo formale, è la nota sentenza 19 aprile 2007, C-295/05, ASEMFO – TRAGSA. In tale sentenza, la Corte è chiamata a decidere, in via pregiudiziale, “se, alla luce dell'art. 86, n.1, CE (oggi art. 106 del TFUE), uno Stato membro (nel caso di specie la Spagna) possa attribuire ad un'impresa pubblica uno status giuridico che le consenta di realizzare operazioni senza essere assoggettata alle direttive appalti”.

La TRAGSA, società statale a capitale interamente pubblico (ripartito tra Stato e Comunità autonome), si occupa della “realizzazione di ogni tipo di attività, lavori e prestazioni di servizi inerenti all'agricoltura, al settore zootecnico, alle foreste, allo sviluppo rurale, alla conservazione e difesa dell'ambiente fisico e naturale, all'acquicoltura e alla pesca, nonché delle attività necessarie al miglioramento dell'utilizzo e della gestione delle risorse naturali, segnatamente l'esecuzione di opere di conservazione e di valorizzazione del patrimonio storico spagnolo nelle campagne (...)”.

“In quanto strumento esecutivo e servizio tecnico dell'amministrazione, la TRAGSA è tenuta ad effettuare, in via esclusiva, direttamente o per il tramite delle sue controllate, i lavori ad essa attribuiti dall'Amministrazione generale dello Stato, dalle comunità autonome e dagli organismi pubblici da esse dipendenti, nelle materie che costituiscono l'oggetto sociale della società e, segnatamente, quelli che hanno carattere urgente o che sono stati ordinati in seguito alla constatazione di situazioni urgenti (ma senza possibilità di partecipare alle gare di appalto disposte dalle amministrazioni pubbliche di cui sono strumenti)”.

Inoltre, l'importo delle prestazioni realizzate per mezzo della TRAGSA è stabilito applicando “le tariffe fissate dall'amministrazione competente, in modo da riflettere i costi di realizzazione effettivi e la loro applicazione alle parti eseguite ha la funzione di giustificativo dell'investimento o dei servizi realizzati”.

Il carattere di soggetto pubblico è riconfermato dalla previsione di legge secondo cui nel caso TRAGSA dovesse affidare a terzi l'esecuzione di prestazioni, deve procedere con gara pubblica in analogia alle amministrazioni aggiudicatrici.

La causa in esame origina dal ricorso dell'ASEMFO, Associazione nazionale delle imprese forestali, che lamenta come “lo speciale regime della TRAGSA le consentirebbe di

effettuare un gran numero di operazioni su incarico diretto dell'amministrazione, in violazione dei principi relativi all'aggiudicazione degli appalti pubblici ed alla libera concorrenza, con la conseguenza di eliminare qualsiasi concorrenza sul mercato spagnolo agricolo".

Dopo aver visto respinto il proprio ricorso dal Tribunale competente per la concorrenza in quanto "le opere realizzate dalla TRAGSA sono eseguite dall'amministrazione stessa", l'ASEMFO ha proposto ricorso alla Corte di Cassazione, che, dopo aver constatato che TRAGSA costituisce un ente di cui dispone l'amministrazione che si limita ad eseguire gli ordini, ha deciso di investire la Corte della questione ricordando anche che rispetto al precedente giurisprudenziale più rilevante (cioè la sentenza 8 maggio 2003, causa C-349/97, Commissione/Spagna), in questo procedimento vi sono circostanze che la Corte non ha potuto prendere in considerazione, quali "le considerevoli partecipazioni di Tragsa al mercato delle opere agricole che provoca una distorsione rilevante dello stesso, nonostante l'operato di Tragsa sia de iure estraneo al mercato, essendo da un punto di vista giuridico attività della stessa amministrazione"

Nonostante tali significativi motivi, la Corte afferma che TRAGSA "non può essere considerata terza rispetto agli enti che ne detengono il capitale" (punto 61), ma soggetto avente "carattere interno, dipendente e subordinato", dato anche che TRAGSA "realizza mediamente più del 55% della sua attività con le comunità autonome e circa il 35% con lo Stato, senza possibilità di stabilire i prezzi e i costi dei suoi interventi. Appare dunque che la parte più importante dell'attività della società di cui trattasi è realizzato con gli enti e gli organismi pubblici che la detengono".

Alla luce di quanto evidenziato, la Corte conclude che le due condizioni di cui alla sentenza TECKAL risultano soddisfatte, rimandando al giudice nazionale la verifica di merito delle situazioni esposte in causa.

Resta naturalmente per l'interprete (come evidenziato dal giudice del rinvio- la Corte di Cassazione spagnola- e dall'Avvocato Generale) lo sconcerto di una situazione del tutto anomala, dove l'ampiezza dei campi d'intervento e la grande dimensione del fatturato annuo di TRAGSA (circa 700 milioni di euro) pongono sostanziali interrogativi di merito circa la compatibilità della decisione con il carattere eccezionale della deroga sancito dai trattati e l'effetto discorsivo della concorrenza del settore.

- 3) La cooperazione tra enti pubblici ( in house orizzontale): dalla sentenza Commissione/Germania (C-480/06) alle Conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi nella Causa C-15/13 del 23 gennaio 2014.

Meno numerosa la giurisprudenza sull'in house orizzontale, cioè la seconda esenzione attinente i rapporti diretti tra soggetti pubblici: infatti, 5 risultano le decisioni principali attinenti, in modo più o meno esclusivo, al tema in esame, vale a dire 1) Coditel Brabant; 2) SEA e 3) Commissione/Germania e, più recentemente, 4) Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce - C-159/11 - e 5) Ordinanza Consiglio Nazionale degli Ingegneri C-352/12 -.

Va chiarito che la Corte, già nella sua prima sentenza organica sul tema, il procedimento Commissione/Germania, ha ribadito costantemente che "le autorità pubbliche non sono obbligate a rivolgersi al mercato per l'espletamento dei propri compiti" ( punto 33), dato che hanno "la possibilità di scegliere se ricorrere a propri strumenti di tipo amministrativo, tecnico o di altro tipo" e in tal caso non si applicano le direttive ( punto 32). In questo procedimento, la Commissione ha chiesto di condannare la Germania in quanto 4 circoscrizioni amministrative (Landkreise, che sono amministrazioni aggiudicatrici) della città di Amburgo hanno concluso direttamente con l'ente dei servizi della nettezza urbana della città di Amburgo un contratto ventennale per lo smaltimento dei loro rifiuti in un nuovo impianto di termovalorizzazione da realizzare ad un prezzo concordato con il gestore, a fronte della disponibilità delle 4 circoscrizioni a ricevere, in caso di necessità, nelle loro discariche una certa quantità di rifiuti che non potevano contenere quelle della città di Amburgo. La Corte rileva in via preliminare che il contratto riguarda unicamente i 4 Landkreise e la città di Amburgo e non le relazioni tra la città di Amburgo e il gestore dell'impianto, che non ricorrono le condizioni Teckal e che il contratto controverso è finalizzato unicamente alla cooperazione tra enti per svolgere funzioni di servizio pubblico, ossia lo smaltimento di rifiuti.

"Inoltre, - prosegue la Corte - è pacifico che il contratto stipulato tra i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo e i Landkreise interessati deve essere inteso come conclusione di un'iniziativa di cooperazione intercomunale tra le parti contrattuali e che contiene requisiti idonei ad assicurare la funzione di smaltimento dei rifiuti. Infatti, esso ha lo scopo di consentire alla città di Amburgo di costruire e di fare gestire un impianto di trattamento di rifiuti alle condizioni economiche più favorevoli grazie agli

apporti di rifiuti dei Landkreise limitrofi, il che permette di raggiungere una capacità di 320 000 tonnellate. Per tale motivo, la costruzione di tale impianto è stata decisa e realizzata soltanto dopo l'accordo dei quattro Landkreise interessati ad utilizzare la centrale e il corrispondente impegno da loro assunto a tale effetto" (punto 38).

La Corte conclude pertanto asserendo (punti 44 e 45) che "Detto contratto è stato stipulato soltanto da autorità pubbliche senza la partecipazione di una parte privata e non prevede né pregiudica l'aggiudicazione degli appalti eventualmente necessari per la costruzione e la gestione dell'impianto di trattamento dei rifiuti".

La Corte giunge alle conclusioni statuendo anche che "poiché l'art. 86, n. 2 del TCE, ora 106 del TFUE è una disposizione che consente, in talune circostanze, una deroga alle norme del Trattato, tale articolo del Trattato doveva essere interpretato restrittivamente" e che spettava "allo Stato membro o all'impresa che si avvaleva di tale disposizione dimostrare che i requisiti di applicazione erano soddisfatti".

L'Avvocato Generale, in linea con la posizione della Commissione europea, ha dichiarato di ritenere che "la Repubblica federale di Germania non abbia adempiuto all'onere della prova a suo carico", affermando che gli argomenti difensivi della Germania vertenti sulla necessità di tale approccio e sulla inadeguatezza di una messa in gara che non avrebbe consentito la realizzazione dell'impianto, sono errate e che quindi la dimostrazione richiesta dai Trattati non è stata apportata".

La Corte, tuttavia, ha deciso diversamente da quanto sostenuto dalla Commissione e dall'Avvocato Generale, ribadendo un principio ormai consolidato della propria giurisprudenza che fa perno sulla libertà di scelta della pubblica amministrazione e mettendo in secondo piano l'obbligo di dimostrazione dei requisiti della deroga.

Passando ora all'ultimo procedimento (ancora in corso) sulla cooperazione tra enti pubblici, l'Avvocato Generale Mengozzi nelle Conclusioni (nella Causa C-15/13 del 23 gennaio 2014) sintetizza come segue il tema:

"La giurisprudenza assoggetta la configurabilità di tale eccezione alla sussistenza di cinque requisiti cumulativi i quali, affinché un contratto possa essere escluso dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici, devono essere tutti soddisfatti. La Corte ha così previsto che possano esulare dall'ambito di applicazione delle procedure di aggiudicazione pubblica i contratti che, in primo luogo, istituiscono una cooperazione tra enti pubblici, la quale, in secondo luogo, sia finalizzata a garantire



l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a tali enti. In terzo luogo, tali contratti devono essere stipulati esclusivamente tra enti pubblici, senza la partecipazione di una parte privata. In quarto luogo, nessun prestatore privato deve essere posto in una posizione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti e, infine, in quinto luogo, la cooperazione istituita dagli enti pubblici deve essere retta unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico". Altri aspetti correlati ai cinque criteri enucleati dall'Avvocato Generale e che si collocano nel solco delle precedenti decisioni sono 1) l'approccio funzionale e non solo formale riguardo alla natura pubblica o privata del soggetto cooperante, approccio che ammette la presenza di soggetti formalmente privati (tipo società per azioni), ma sostanzialmente pubblici negli scopi; 2) la nozione di funzioni (di servizio pubblico) degli enti cooperanti, funzioni che devono essere specificamente complementari "e non solo meramente complementari" e, infine, 3) la remunerazione della cooperazione che non deve espletarsi in prestazioni valutate al prezzo di mercato ma "orientate sui costi e sugli esborsi finanziari effettivamente sostenuti per le forniture del servizio" (Sentenza Ordine degli Ingegneri di Legge, punto 26).

Se le indicazioni dell'Avvocato Generale saranno confermate dalla Corte, si potrà dire che la giurisprudenza in tema di in house orizzontale pare privilegiare l'aspetto della libertà organizzativa degli enti pubblici rispetto all'obbligo fissato nei Trattati di fornire la prova circa il pieno rispetto dei requisiti della deroga.

#### **4. L'in house verticale e orizzontale nelle nuove Direttive**

La disciplina delle relazioni tra enti del settore pubblico ( in house verticale e orizzontale) è contemplata con sostanziale omogeneità di testo nelle tre nuove direttive: all'art. 12 della D. settori ordinari, all'art. 28 della D. settori speciali e all'art. 17 della D. concessioni. Per semplicità, si farà riferimento quasi esclusivamente all'art. 12 della direttiva appalti dei settori ordinari.

In preliminare, va rilevato che, come chiarisce il Considerando (31), la ragione della codificazione sta nell'obiettivo di eliminare la "notevole incertezza giuridica circa la misura in cui i contratti conclusi tra enti nel settore pubblico debbano essere disciplinati dalle norme relative agli appalti". Infatti, la giurisprudenza della Corte "viene

interpretata in modo divergente dai diversi Stati membri e anche dalle diverse amministrazioni aggiudicatrici”.

Oltre a tale motivazione, l'altra ragione di fondo della codificazione dell'in house come motivata dal legislatore Ue è espressa nel Considerando (7) ove si ricorda che “la presente direttiva lascia impregiudicata la libertà delle autorità nazionali, regionali e locali di definire, in conformità del diritto dell'Unione, i servizi di interesse generale” mentre nel Considerando (5) è confermata per “i soggetti pubblici la libertà di esternalizzare ovvero di prestare essi stessi o di organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici”.

Si tratta di un'affermazione che, originariamente elaborata dalla giurisprudenza della Corte, riveste estrema rilevanza se, come è ora avvenuto, viene portata a livello di norma secondaria dell'Unione, in quanto rappresenta non solo una deroga alla disciplina del procurement, ma un modo alternativo a carattere generale di concepire il gioco delle diverse forze, pubbliche e private, nell'attuazione del Mercato Unico.

Questa risulta, infatti, la differenza sostanziale più rilevante introdotta dalle nuove direttive, al di là del dato testuale in sé che in larga parte riproduce in modo pedissequo i vari punti dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte, salvo forse in tre aspetti principali:

- 1) la percentuale (par. 1, lett. a dell'art. 12) “oltre l'80%” (la Commissione aveva proposto il 90%) dell'attività svolta a favore della/delle Amministrazioni aggiudicatrici e il 20% ( la Commissione aveva proposto il 10%) delle attività svolte sul mercato dagli affidatari in house ( percentuali desunte dall'art. 23 – Appalti aggiudicati a un'impresa collegata – della D. 17 sui settori speciali e allargate a tutti i settori e pure alle concessioni);
- 2) la possibile presenza “di capitale privato che non comporta controllo o potere di veto, prescritta dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei Trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata”;
- 3) le modalità di determinazione delle percentuali soprarichiamate ( cioè dell'”oltre l'80%” e “del 20%”) di cui al 5° par. dell'art. 12

Come si può capire, i primi due aspetti di innovazione vanno comunque nella direzione di un ampliamento dell'ambito oggettivo della deroga ( anche perché riferita agli appalti di ogni settore e alle concessioni) , senza peraltro che il terzo aspetto, destinato a

normare i criteri di determinazione delle percentuali consentite di attività sul mercato da parte degli affidatari in house, sia formulato in modo stringente e con fissazione di adeguate modalità di controllo e precise sanzioni.

## **Conclusioni**

La nuova centralità del ruolo pubblico nell'attuazione del Mercato unico sancita dal TFUE con riferimento sia allo Stato che alle realtà regionali e locali ha alimentato, in un contesto di prolungata crisi economica e sociale europea, la spinta alla codificazione generale dell'in house ( verticale e orizzontale) nella nuova disciplina del procurement, dichiarato compatibile con le norme del Trattato se aderente alle condizioni Teckal e della cooperazione tra enti pubblici, elaborate in larga misura dalla giurisprudenza dell'organo che ne è l'interprete ultimo.

Tuttavia, il testo delle nuove direttive non appare del tutto allineato agli indirizzi giurisprudenziali della Corte considerati nella loro integrità, di cui amplia l'ambito applicativo ed evita accuratamente di sottolinearne il basilare carattere di eccezione asserito dalla Corte, "per la cui applicazione deve essere data prova di aderenza ai requisiti (Teckal) da parte dell'utilizzatore".

In particolare, il passaggio da eccezione giurisprudenziale a deroga normativa a valenza generale comporta un salto logico-funzionale che implica di per sé una prospettiva differente sul piano giuridico formale come su quello fattuale. La normativa, infatti, ribadisce la facoltà assolutamente libera dei soggetti pubblici di operare a loro discrezione mediante ricorso al mercato (applicando quindi le direttive sul procurement) ovvero con mezzi propri e/o con altri strumenti (derogando dunque alle regole del procurement), senza prescrivere alcuna previa verifica di congruità sostanziale di tale scelta (ad es.: carenze o insufficienza del mercato; ovvero, maggior efficacia sociale, ambientale, organizzativa dell'in house rispetto al mercato ecc.), da effettuarsi con trasparenza di motivazione.

Tutto ciò appare tanto più grave se si considera che l'indicato ampliamento dell'ambito oggettivo circa il requisito del fatturato con l'ente fissato oltre "all'80%" per l'in house verticale e al 20% in quello orizzontale rischia in concreto di confliggere con i principi di parità di trattamento tra operatori economici e di falsare la concorrenza nella misura in

cui soggetti pubblici affidatari in house possono svolgere, entro tali non ristretti limiti, attività sul Mercato in veste di operatori economici.

Infatti, tanto la giurisprudenza della Corte quanto la D. 18 (art. 1, par. 8) e ora le nuove direttive (art. 2, punto 10) confermano il duplice ruolo dei soggetti pubblici, allo stesso tempo amministrazione aggiudicatrice/ente aggiudicatore e operatore economico che, proprio in virtù di affidamenti in house, potranno vantare requisiti e fatturati che li agevoleranno nel ruolo di offerente nelle gare per appalti e concessioni ( in tutta l'Unione) nei limiti, non sempre trascurabili, dell'attività residuale rispetto a quella prevalente con l'ente: e tale constatazione assume un rilievo particolare se si considera che alcune delle stadtwerke tedesche, austriache, olandesi, svedesi ecc sono colossi con fatturati annui di miliardi di euro!

Appare quindi importante che in sede di recepimento delle nuove direttive vengano posti dei paletti precisi che limitino gli aspetti applicativi più negativi della nuova disciplina UE: in particolare, 1) la previsione espressa dell'obbligo di gara per l'eventuale affidamento a terzi di prestazioni relative ad appalti e concessioni in house (previsione presente nella legge spagnola istitutiva di TRAGSA e sottolineata dalla Corte come elemento di garanzia, ma non riportata nel testo delle direttive nonostante le ripetute richieste del Forum e dell'Igi); 2) la previsione di rigorose modalità di controllo delle percentuali di attività svolte non con l'ente (in attuazione dell'art. 12, 5° par. della settori ordinari); 3) la previsione di limiti all'utilizzabilità nelle procedure di gara di requisiti frutto di affidamento in house, al fine di mantenere pari condizioni di concorrenzialità con gli operatori economici non affidatari in house.

Tali condizioni minime di garanzia non devono essere intese come finalizzate a penalizzare l'in house e i soggetti affidatari in house, bensì a mantenere le relazioni tra enti del settore pubblico entro corrette finalità di contributo dei soggetti pubblici allo sviluppo economico sostenibile, largamente concepito da Europa 2020 come fondato sull'innovazione, che presuppone efficienza e concorrenza equilibrata.

Queste indicazioni appaiono come le condizioni minime atte a garantire i 4 principi richiesti invano dal Forum europeo a tutela di trasparenza e parità di trattamento sul mercato dell'Unione in materia di in house:

- 1) principio della carenza manifesta del mercato
- 2) principio di specialità dell'oggetto sociale dell'ente in house

- 3) principio di territorialità nell'operatività dell'ente in house
- 4) principio di mandato a termine per la percentuale di attività sul mercato dell'ente in house.

Tali principi rimandano invero a quella che il Forum europeo ha da subito visto come la carenza di fondo delle nuove direttive sull'in house, che consiste nel mancato raccordo, da un lato, con la disciplina degli aiuti di Stato (sentenza Altmark e "pacchetto Almunia") e, dall'altro, con altri provvedimenti recenti della Ue relativi all'in house, come ad esempio nel settore dei trasporti (Reg. 1370/2007 del 23 ottobre 2007), disciplinato in maniera ben più rigorosa, limitativa e trasparente secondo criteri non dissimili da quelli indicati dal Forum europeo..