UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO-BICOCCA
Scuola Unica di Dottorato – Corso di Scienze Giuridiche
Curriculum di Diritto Amministrativo – Ciclo XXIX

IL CONTRATTO DI COOPERAZIONE NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Coordinatrice e tutor:
Chiar.ma Prof.ssa Margherita RAMAJOLI

Cotutor:
Chiar.ma Prof.ssa Monica DELSIGNORE

Dottorando:
Livio GIRGENTI

Anno Accademico 2016-2017

a mia mamma,
...et ultra

a Giulia e Beatrice,
...ad sidera

INDICE

		p.
Abstract		vi
Ringraziamenti		ix
Introduzione Contratto di cooperazione: termine e concetto		1
Capitolo I Gli accordi inter-amministrativi nel diritto nazionale ed europeo		9
1.	Oggetto dello studio: codice dei contratti pubblici e codificazione degli accordi inter-amministrativi.	10
2.	Metodo dello studio: modulo convenzionale e fattispecie negoziale nella cooperazione tra enti pubblici.	44
3.	Obiettivo dello studio: servizio pubblico e mercato aperto nel contratto di cooperazione.	103
4.	Contratto di cooperazione e certezza del diritto: consistency dell'esenzione e coherence della fattispecie.	161
5.	Morfologia degli accordi inter-amministrativi lungo la via verso l'armonizzazione del contratto di cooperazione.	185
(i)	Dal partenariato pubblico-pubblico alla cooperazione pubblico-pubblico.	187
(ii)	Dall'accordo di collaborazione al contratto di cooperazione.	188
(iii)	Dal contratto di cooperazione al contratto pubblico.	190

(iv) Dal contratto pubblico alla cooperazione per la centralizzazione degli acquisti. 191
6. Il contratto di cooperazione come atto programmatorio: disposizioni nazionali di attuazione delle direttive e interpretazione conforme. 195
7. Tre anime del contratto di cooperazione: accordo organizzativo, contratto di scambio, appalto congiunto. 206

Capitolo II
L'esenzione del partenariato pubblico-pubblico 211

1. Partenariato pubblico-pubblico, diritto dei contratti pubblici e libertà fondamentali. 212
2. La partecipazione all'esercizio di poteri pubblici. 233
3. Il trasferimento di competenze tra enti pubblici. 244
4. L'affidamento diretto sulla base di diritto esclusivo. 253
5. Il contratto pubblico *propter legem*. 270
6. Accordi inter-amministrativi esenti in base al diritto nazionale. 273
7. L'autonomia nell'organizzazione interna come limite all'armonizzazione del partenariato pubblico-pubblico. 278

Capitolo III
La cooperazione pubblico-pubblico e il codice dei contratti pubblici 283

1. La cooperazione inter-organica: la sentenza *Teckal* e l'organizzazione *in house*. 284

2. La cooperazione inter-soggettiva: cooperazione verticale e cooperazione orizzontale. 314
3. La cooperazione verticale: la sentenza *Coditel* e la società pluri-partecipata. 325
4. La cooperazione orizzontale: la sentenza *Hamburg* e la gestione congiunta di servizi pubblici. 339
5. I requisiti del contratto di cooperazione: sviluppi giurisprudenziali e legislativi. 351
6. La collocazione sistematica del contratto di cooperazione: la distinzione dei requisiti di validità della fattispecie dai presupposti per l'applicazione dell'esenzione. 412
7. La compatibilità del contratto di cooperazione con la nozione di contratto pubblico e disciplina applicabile. 422

Conclusioni
Contratto di cooperazione: dalla struttura alle funzioni 434

Appendice
Cooperation Contract: Three Functions within the EU Public Procurement Law 440

Bibliografia italiana e straniera 471

Giurisprudenza europea e nazionale 541

Comunicazioni europee e atti nazionali 553

Riconoscimenti 557

ABSTRACT

Il contratto di cooperazione è un istituto introdotto per la prima volta nel codice dei contratti pubblici, all'art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016, in attuazione delle direttive europee sui contratti pubblici di quarta generazione. In particolare, tale tipo di contratto è finalizzato alla cooperazione nei servizi pubblici in comune attraverso la condivisione di attività esposte al mercato aperto, e si presenta come una fattispecie comune alle tre direttive europee in materia di concessioni (art. 17, par. 4, dir. 2014/23/UE), appalti pubblici nei settori ordinari (art. 12, par. 4, dir. 2014/24/UE) e nelle "utilities" (art. 28, par. 4, dir. 2014/25/UE), che hanno codificato la fattispecie elaborata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Essenzialmente, tale cooperazione per via consensuale si configura, sul piano formale, sotto forma di (i) convenzione pubblicistica conclusa esclusivamente tra enti pubblici, (ii) esente dall'obbligo di gara. La ricerca si concentra su entrambe le caratteristiche di tale tipo di contratto e persegue un duplice obiettivo: da un lato criticare, sul piano strutturale, l'adeguatezza della nozione di accordo amministrativo ai fini della qualificazione della natura di tale contratto, e dall'altro lato estendere, sul piano funzionale, la portata dell'esenzione oltre la classica libertà di cooperare e di organizzare i servizi pubblici in forma aggregata, sancita dall'art. 2, par. 1, secondo periodo, dir. 2014/23/UE. Ciò implica le seguenti due questioni: se il contratto di cooperazione si risolve in sostanza nella codificazione nell'ambito del diritto europeo di una situazione meramente interna (l'accordo di collaborazione) e, se in caso contrario, tale tipo di contratto comporta l'esenzione dall'obbligo di gara di una fattispecie che comunque non ricade nell'ambito di applicazione dalle libertà fondamentali (in quanto strumento di autoproduzione in senso lato).

A tale fine, prenderò in esame le origini giurisprudenziali della fattispecie, in modo da ricostruire il percorso logico e cronologico che ha portato a differenziare tale contratto di cooperazione dal partenariato pubblico-pubblico, dai contratti in house e, infine, dall'accordo di collaborazione, attraverso il confronto con le fattispecie previste dal diritto nazionale di accordo inter-amministrativo, che il diritto europeo prende sì in considerazione, ma senza armonizzarle.

Alla luce di questa analisi, si cercherà di mettere in evidenza che la nozione codificata di contratto di cooperazione rappresenta la versione evoluta dell'accordo di collaborazione, con la quale sono esentati appalti pubblici e concessioni aventi ad oggetto attività economiche esposte al mercato aperto, finalizzate all'erogazione di servizi pubblici e scambiate in regime cooperazione di natura pubblica. Al centro di tale interpretazione sta la previsione, introdotta in modo innovativo rispetto alla precedente giurisprudenza, che ammette lo svolgimento di attività esposta al mercato aperto, come previsto alla lettera c) dell'articolo citato. Inoltre, sempre sul piano strutturale, si potrà osservare che il contratto di cooperazione non si

sovrappone, né interferisce con l'in house providing codificato, anche se l'istituto è inserito nel medesimo pacchetto normativo.
In sintesi, intendo sostenere che il contratto di cooperazione è formalmente un accordo inter-amministrativo, soggetto ai principi di imparzialità e trasparenza, e sostanzialmente un contratto pubblico, configurabbile come esente dall'obbligo di gara, quando, sotto il profilo strutturale, può riguardare attività accessorie al servizio pubblico, e non comporta alcun rapporto in house, nonché dimostrare che, sotto il profilo funzionale, l'esenzione di tale contratto va oltre la semplice aggregazione dei servizi ed è estesa ai casi in cui si verifica la condivisione delle risorse e delle prestazioni attraverso lo svolgimento di attività complementari.

English Translation
The cooperation contract is a legal type common to the three European directives on concessions (art. 17, para 4, dir. 2014/23/EU), procurement in the public sector (art. 12, para 4, dir. 2014/24/EU) and *utilities* (art. 28, para 4, dir. 2014/25/EU), which never introduced before, but established by the case law. Essentially, such contract is aimed to the cooperation in the public services in common through the sharing of activities exposed to the open maket, and configures, at a formal level, (*i*) an arrangement concluded exclusively between public bodies, (*ii*) exempt from the obligation to follow the competitive procedures. The research focalizes both the characteristics of the legal type and aims a twofold objective: on the one hand -structurally-, criticizing the adequacy of the concept of public agreement in order to qualify the nature of that contract, and on the other hand -functionally-, extending the scope of that exemption beyond the classic freedom of cooperation and organization of public services in aggregate form, provided by art. 2, para 1, second sentence, dir. 2014/23/EU). This entails the following two questions: whether the cooperation contract resolves essentially in the codification of European law in the context of a purely internal situation (the cooperation agreement) and, if not, this type of contract involves the exemption from the obligation to follow the competitive procedures of a situation that in any case does not fall within the scope of the fundamental freedoms (as an instrument of in house providing in a broad sense).
To this purpose, I will delve into the jurisprudential origins of the present legal type, in such a way to reconstruct the logical and chronological path which leads to differentiate such a cooperation contract from the public-public partnership, from the in-house contract and, finally, from the cooperation agreement, by means of the comparison with the legal types of inter-administrative arrangement provided by the domestic law, which the European law takes into account without a full harmonization.
In the light of this analysis, I will seek to point out the codified notion of cooperation contract represents the evolved version of the collaboration agreement, with which are exempted public contracts and concessions relating to economic activities exposed to the open market, aimed to the provision of

public services and exchanged in cooperation within the public sector. At the core of this interpretation is the provision, introduced in innovative way than the previous case law, that allows the performance in cooperation of activities exposed to the open market, as provided in subparagraph c) of the cited articles.

Furthermore, with regard to structure yet, it will observe that the cooperation contract does not overlap or interfere with the in house providing in a narrow sense, even if this kind of contract is inserted in the same statutory package.

Turning to the scope of the exemption from the functional point of view, it should be noted that as part of the contractual cooperation was allowed, in the recitals of the 2014 EU directives, the integration between public bodies to carry out complementary activities.

In summary, I want to argue that the cooperation contract is formally an inter-administrative arrangement and essentially a public contract as, structurally, may relate to activities ancillary to the public service, and does not imply any in house relationship, and to demonstrate that, functionally, the exemption of that contract goes beyond simple service aggregation and is extended to cases where there is the sharing of performance by carrying out complementary activities.

RINGRAZIAMENTI

Le parole conducono ai fatti. Preparano l'anima,
la rendono pronta e la commuovono fino alla tenerezza
S. Teresa d'Avila

Sono riconoscente alla prof.ssa Margherita Ramajoli per avermi dato libertà nella scelta del tema, per la continua disponibilità alla lettura ed alla revisione e, in particolare, per l'insegnamento del principio di realtà.
Sono grato alla prof.ssa Monica Delsignore per il tempo, la pazienza, la cura e l'incoraggiamento in ogni periodo e in ogni momento della mia ricerca.
Sono debitore nei confronti del prof. Alfredo Marra per avermi mostrato il volto gentile del rigore.
Rivolgo il mio sincero ringraziamento al prof. Luca Bertonazzi per il sostegno morale e personale sin dal primo incontro, molti anni fa.
Esprimo la mia gratitudine alla prof.ssa Annamaria La Chimia per la viva ospitalità all'University of Nottingham, School of Law, Public Procurement Research Group, come *visiting scholar* tra gennaio e marzo 2016.
Ringrazio la prof.ssa Sue Arrowsmith, prof. Peter Trepte, il dott. Baudouin Heuninckx e il dott. Aris Georgopoulos per i commenti e i consigli rivolti al *paper*, riprodotto in appendice, presentato in occasione della VII Public Procurement Research Student Conference, tenuta presso l'University of Nottingham lo scorso 8-9 settembre 2016.
Ringrazio i revisiori esterni, prof. Francesco Goisis e prof. Pasquale Cerbo, per i commenti dati alla prima versione della presente tesi.
Grazie alla Fondazione Fratelli Confalonieri per avere sostenuto e finanziato la presente ricerca.
Grazie per la fortuna necessaria e sostanziale ricevuta.
"*Usual disclaimers apply*".

Milano, 10 e 12 gennaio 2017, e 11 marzo 2017.

INTRODUZIONE

CONTRATTO DI COOPERAZIONE: TERMINE E CONCETTO

Guardate alla roccia da cui siete stati tagliati
Is. 51,1

A sessant'anni dal Trattato di Roma il diritto europeo dei contratti pubblici conosce il contratto di cooperazione come strumento di scambio di prestazioni nel settore pubblico, alternativo ad appalti pubblici e concessioni.
La presente indagine è dedicata al contratto di cooperazione tra enti pubblici, come introdotto per la prima volta nel codice dei contratti pubblici.
Va subito avvertito che l'espressione 'contratto di cooperazione' non proviene dal codice dei contratti pubblici: è di nuovo conio, nella forma, non meno che nel concetto implicato.
In prima approssimazione si può dire che con contratto di cooperazione si vuole indicare l'incontro di volontà tra enti pubblici per la cooperazione nei servizi pubblici attraverso la condivisione di attività esposte al mercato aperto.
Dunque, la scelta del termine riflette la diversità dell'istituto rispetto a situazioni analoghe previste dal diritto nazionale, ed identificate con il nome di "accordo di collaborazione".
Il contratto di cooperazione è un istituto disciplinato all'art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016, emanato in attuazione delle direttive europee di quarta generazione in materia di contratti pubblici.
In particolare, tale tipo di contratto si presenta come una fattispecie comune alle tre direttive europee in tema di concessioni (art. 17, par. 4, dir. 2014/23/UE), appalti pubblici nei settori ordinari (art. 12, par. 4, dir.

2014/24/UE) e nelle "*utilities*" (art. 28, par. 4, dir. 2014/25/UE), che hanno codificato la fattispecie elaborata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Il presente studio muove da una prospettiva giuridica, principalmente di diritto europeo, partendo dal punto di vista del diritto dei contratti pubblici, e passa dall'esame dell'istituto in rapporto alle regole del mercato interno e alle regole di concorrenza.

Essenzialmente, la cooperazione per via consensuale, che il contratto in questione realizza, si configura, sul piano formale, sotto forma di (*i*) convenzione pubblicistica conclusa esclusivamente tra enti pubblici, (*ii*) esente dall'obbligo di gara.

La ricerca si concentra su entrambe le caratteristiche di tale tipo di contratto e persegue un duplice obiettivo: da un lato criticare, sul piano strutturale, l'adeguatezza della nozione di accordo amministrativo ai fini della qualificazione della natura di tale contratto, e dall'altro lato estendere, sul piano funzionale, la portata dell'esenzione oltre la classica libertà di cooperare e di organizzare i servizi pubblici in forma aggregata, sancita dall'art. 2, par. 1, secondo periodo, dir. 2014/23/UE.

A tal fine, si cercherà dare risposta alle seguenti due domande:

(*i*) il contratto di cooperazione si risolve in sostanza nella codificazione nell'ambito del diritto europeo di una situazione meramente interna (qual è l'accordo di collaborazione)?

(*ii*) in caso contrario, tale tipo di contratto comporta l'esenzione dall'obbligo di gara di una fattispecie che comunque non ricade nell'ambito di applicazione dalle libertà fondamentali (in quanto strumento di autoproduzione in senso lato)?

Come si vede, entrambe le domande presentano tratti paradossali: infatti, se la codificazione si fosse limitata all'esenzione di un accordo tra enti pubblici di tipo organizzativo, tale fattispecie non sarebbe stata neppure rilevante nell'ambito del mercato interno trattandosi di una situazione meramente nazionale; se, poi, il contratto di cooperazione fosse escluso dal diritto dei contratti pubblici solo se non dovesse in alcun modo restringere la concorrenza, l'esenzione dall'obbligo di gara sarebbe inconferente rispetto alle regole del mercato interno e alle regole di concorrenza.

Sulla base di queste domande, vale la pena fornire brevemente un quadro dell'istituto introdotto dalle direttive europee del 2014, definendo dapprima le ragioni della ricerca e poi la struttura del lavoro.

Come noto, il diritto europeo dei contratti pubblici è finalizzato all'attuazione delle libertà fondamentali alla base della costruzione del mercato interno. Appalti pubblici e concessioni, infatti, consistono in strumenti per l'acquisizione di beni e servizi da parte del settore pubblico, necessari a costruire il mercato interno mediante il ricorso tendenziale ad un regime concorsuale di aggiudicazione delle commesse pubbliche al settore privato, diretto ad assicurare l'apertura alla concorrenza.

Occorre, dunque, interrogarsi sul senso della codificazione dell'istituto nell'ambito del diritto europeo dei contratti pubblici e, così, verificare se il contratto di cooperazione, anche se armonizzato a livello europeo, trova applicazione solo ai fini dell'aggregazione dei servizi pubblici o in vista dell'estensione *extra moenia* dell'attività territoriale ovvero se, al contrario, incide sugli scambi commerciali, tanto da determinare l'insorgere dell'interesse transfrontaliero e da diventare rilevante anche nell'ambito dell'*acquis commaunitaire*.

Ad un esame più attento, una volta accettato che tale istituto incide sul mercato dei servizi rilevanti ai sensi degli artt. 49 e 56 T.F.U.E., occorre vagliare l'ipotesi secondo cui l'esclusione del contratto di cooperazione dal regime di aggiudicazione, in realtà, presuppone la concorrenza nel mercato tra operatori privati e operatori pubblici e, dunque, verificare se e a quali condizioni la cooperazione tra soli operatori pubblici può determinare distorsione della concorrenza.

Questo vuol dire domandarsi, ad un livello più profondo, se il Legislatore europeo, con l'esclusione del contratto di cooperazione dal diritto dei contratti pubblici, ha voluto effettuare una scelta di tipo allocativo, con le parole di Trimarchi Banfi, ridefinendo il piano della divisione tra settore pubblico e settore privato, oppure se l'istituto si configura come una misura di tipo gestionale, consistente nell'introduzione negli ordinamenti nazionali di una specifica modalità di gestione aggregata dei servizi pubblici. In quest'ultimo caso, bisognerebbe poi ricostruire il sistema dei contratti pubblici tenendo conto dell'ingerenza europea nella materia -tutta nazionale- relativa alle forme di gestione dei servizi pubblici mediante l'uso strumentale della competenza -questa sì tutta europea- relativa alle modalità di affidamento dei contratti pubblici.

Per approfondire l'analisi sarà dunque necessario ricorrere all'esame funzionale del contratto di cooperazione per stabilire in che termini l'esenzione di tale contratto è conforme con le libertà fondamentali oppure se deve essere limitata, trattandosi di un tipo di contratto che può alterare gli scambi interni e falsare la concorrenza.

In particolare, la presente tesi intende sostenere che il contratto di cooperazione costituisce uno strumento di autoproduzione, diverso dall'internalizzazione, del tutto

compatibile con le regole del mercato interno e con le regole di concorrenza.
In altre parole, la presente tesi postula la conformità del contratto di cooperazione alle regole del mercato interno e alle libertà fondamentali, e si pone da una prospettiva di tipo regolatorio, con il fine di verificare se il contratto di cooperazione può assolvere ad una funzione di scambio e di condivisione delle prestazioni o solo ad una funzione associativa o di centralizzazione degli acquisti.
A presidio di tali entrambe le funzioni si pone la previsione dell'interesse pubblico, che assicura il rispetto dell'imparzialità e della trasparenza nelle negoziazioni tra pubbliche Amministrazioni.
L'indagine non ha la pretesa di essere completa ed esaustiva, ma vuole fornire un contributo preliminare, nella consapevolezza del riconoscimento, sul piano giuridico, come valore oramai acquisito, del fatto che il diritto europeo dei contratti pubblici fa salva (*i*) la libertà delle pubbliche amministrazioni di adempiere ai propri compiti di servizio pubblico attraverso risorse proprie e di cooperare con altre amministrazioni, sancita all'art. 2, par. 1, secondo capoverso, dir. 2014/23/UE e dal considerando (45), penultimo periodo, dir. 2014/23/UE, insieme al considerando (31), secondo capoverso, ultimo periodo, dir. 2014/24/UE (come riconosciuto nel caso *Coditel*, 13 novembre 2008, C-324/07, punto 49, e nel caso *Hamburg*, 9 giugno 2009, C-480/06, punto 45).
Del pari è ormai principio acquisito nell'ambito del diritto dei contratti pubblici anche (*ii*) la libertà di usare qualsiasi forma giuridica nell'adempimento dei propri compiti pubblici, come affermato dal considerando (47), par. 1, primo periodo, dir. 2014/23/UE e dal considerando (33), par. 1, primo periodo, dir. 2014/24/UE (a partire dal caso *Hamburg*, C-480/06, cit., punto 47).

Alcune situazioni di questo genere o in parte analoghe si davano già nella giurisprudenza europea, e scopo del presente lavoro sarà di renderci conto di come tali fossero considerate e regolate.
Tale *excursus* potrà servire altresì a conoscere meglio le basi di partenza delle esperienze successive che, muovendo da quella nazionale, la vennero via via integrando, nel mutare delle condizioni storiche; e quindi consentirà un miglior confronto fra esse e l'esperienza europea, accertata nella sua reale consistenza, cercando di discostarsi, per quanto possibile, da ogni forma di approccio assiomatizzato alla materia.
È poi appena il caso di notare che essendo l'argomento molto vasto dovremo limitarci ad alcuni lineamenti generali, soffermandoci sui particolari solo quando possa giovare alla conoscenza delle questioni di fondo.
In particolare, vale la pena rammentare sin d'ora che "la normativa comunitaria in materia è applicabile qualora il soggetto con cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice" (caso *CoSNIMa*, 23 dicembre 2009, C-305/08, caso *Jean Auroux*, 18 gennaio 2007, C-220/05 e caso *Stadt Halle*, 11 gennaio 2005, C-26/03), per cui l'esclusione del contratto in esame dall'ambito delle direttive europee non sarebbe stato di per sé giustificabile in ragione di tale qualità e della presenza di sole amministrazioni aggiudicatrici.
Altrettanto può dirsi con riferimento all'affidamento di servizi pubblici che devono essere affidati mediante procedura selettiva (caso *Parking Brixen*, 13 ottobre 2005, C-458/03), per cui non vale alcuna esimente per il servizio pubblico in quanto tale dall'applicazione del diritto dei contratti pubblici.

Da ultimo, giova rilevare che "qualsiasi attività dell'ente affidatario che sia rivolta a persone diverse da quelle che lo controllano, ossia a persone che non hanno alcuna relazione di controllo con tale ente, quand'anche si trattasse di amministrazioni pubbliche, deve essere considerata come svolta a favore di terzi" (caso *Undis Servizi Srl*, 8 dicembre 2016, C-553/15), di conseguenza l'attività svolta dall'ente partecipante alla cooperazione si considera come svolta a favore di terzi e dunque assoggettabile all'obbligo di gara.

Ne emerge un quadro frastagliato e incerto, che rende difficile anzitutto la delimitazione dell'ambito della fattispecie contrattuale esclusa dalle direttive.

A tale fine, prenderò in esame le origini giurisprudenziali della fattispecie, in modo da ricostruire il percorso logico e cronologico che ha portato a differenziare tale contratto di cooperazione dall'accordo di collaborazione, dal partenariato pubblico-pubblico, dai contratti *in house*, attraverso il confronto con le fattispecie previste dal diritto nazionale di accordo inter-amministrativo, che il diritto europeo prende sì in considerazione, ma senza armonizzarle.

Il lavoro è suddiviso in tre capitoli, ciascuno dedicato a tre termini affini al contratto di cooperazione e tutti elaborati a livello giurisprudenziale in ambito europeo: accordo inter-amministrativo (caso *Commissione v Spagna*, 13 gennaio 2005, C-84/03, punto 39), partenariato pubblico-pubblico (caso *Università di Lecce*, concl. Avv. Gen., 23 maggio 2012, C-159/11) e cooperazione pubblico-pubblico (caso *Hamburg*, C-480/06).

Il primo capitolo è dedicato alla ricostruzione generale della disciplina nazionale ed europea degli accordi inter-amministrativi, con la finalità di mettere in evidenza aporie della disciplina e della dogmatica, tenendo conto anche dei

tratti innovativi dell'istituto, in particolare si cercherà di evidenziare il passaggio dalla logica pubblicistica alla logica privatistica nella configurazione della fattispecie definita dalle direttive europee, per poi delimitare l'ambito di applicazione dell'esenzione.

Il secondo capitolo è intitolato all'esenzione del partenariato pubblico-pubblico attraverso l'analisi puntuale di tutte le cause di esenzione all'obbligo di gara che il diritto europeo riconosce a partire dal diritto nazionale. Si tratta di fattispecie che ampliano lo spettro delle esenzioni al diritto dei contratti pubblici, venendo in rilievo fattispecie consensuali finalizzate all'approvvigionamento di beni e servizi, anche in via obbligatoria; si ritiene utile il loro esame per approfondire se esiste una *ratio* che accomuna le diverse cause di esenzione, il che consente di mettere in luce il margine di applicazione residuale delle fattispecie di diritto nazionale in caso di impossibilità di applicazione del contratto di cooperazione.

Da ultimo, il terzo capitolo riguarda la cooperazione pubblico-pubblico in modo da offrire un quadro coerente della cooperazione inter-organica e inter-soggettiva, verticale e orizzontale, con l'intento di respingere ogni analogia tra contratto di cooperazione e contratto *in house*, assicurando all'esenzione un ambito maggiore rispetto ai vincoli che ne limitarebbero l'applicabilità, non essendo ricondubili ai requisiti per la formazione del contratto di cooperazione previsti *ex lege*. Infine, si cercherà di riconoscere nel contratto di cooperazione la natura di contratto pubblico e, ciò non di meno, di ricondurre tale fattispecie al regime amministrativo, considerato che la cooperazione tra enti pubblici deve necessariamente perseguire l'interesse pubblico, con significative conseguenze sulla disciplina applicabile.

CAPITOLO I

GLI ACCORDI INTER-AMMINISTRATIVI NEL DIRITTO NAZIONALE ED EUROPEO

SOMMARIO: 1. Oggetto dello studio: codice dei contratti pubblici e codificazione degli accordi inter-amministrativi. – 2. Metodo dello studio: modulo convenzionale e fattispecie negoziale nella cooperazione tra enti pubblici. – 3. Obiettivo dello studio: servizio pubblico e mercato aperto nel contratto di cooperazione. – 4. Contratto di cooperazione e certezza del diritto: *consistency* dell'esenzione e *coherence* della fattispecie. – 5. Morfologia degli accordi inter-amministrativi lungo la via verso l'armonizzazione del contratto di cooperazione. – (*i*) Dal partenariato pubblico-pubblico alla cooperazione pubblico-pubblico. – (*ii*) Dall'accordo di collaborazione al contratto di cooperazione. – (*iii*) Dal contratto di cooperazione al contratto pubblico. – (*iv*) Dal contratto pubblico alla cooperazione per la centralizzazione degli acquisti. – 6. Il contratto di cooperazione come atto programmatorio: disposizioni nazionali di attuazione delle direttive e interpretazione conforme. – 7. Tre anime del contratto di cooperazione: accordo organizzativo, contratto di scambio, appalto congiunto.

1. *Oggetto dello studio: codice dei contratti pubblici e codificazione degli accordi inter-amministrativi.*

In attuazione delle direttive europee sui contratti pubblici di quarta generazione,[1] il Legislatore nazionale ha varato il

[1] La quarta generazione della regolazione europea dei contratti pubblici è stata approvata da Parlamento Europeo e Consiglio con le tre direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE del 26 febbraio 2014, rispettivamente in materia di "*aggiudicazione dei contratti di concessione*", di "*appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE*" e di "*procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE*". Gli antecedenti normativi sono: (*i*) prima generazione degli anni '70 del ventesimo secolo, dir. 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici e dir. 77/62/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1976, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture; (*ii*) seconda generazione degli anni '80 del secolo scorso, dir. 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, dir. 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, dir. 93/4/CEE del Consiglio, dell'8 febbraio 1993, che modifica la direttiva 71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, dir. 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori; (*iii*) terza generazione del primo decennio degli anni 2000, dir. 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, dir. 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, e dir. 2007/66/CE del

quello che gergalmente viene chiamato come « *codice dei contratti pubblici* »,[2] adottato con D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.[3]

Il codice dei contratti pubblici regola *ex novo* l'affidamento e l'esecuzione dei contratti di appalto di lavori, di servizi e di forniture nei settori ordinari e speciali, e disciplina, per

---

Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici.

[2] Tale denominazione non si trova direttamente nell'epigrafe del D.Lgs. n. 50/2016, ma si ricava dall'art. 120, comma 2-*bis*, Cod. Proc. Amm., come introdotto dall'art. 204, comma 1, lett. b), D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Con parere consultivo Commissione speciale del 21 marzo 2016, rilascianto con n. 855 del 1 aprile 2016, avente ad oggetto "*Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Ufficio legislativo. Schema di decreto legislativo recante "Codice degi appalti pubblici e dei contratti di concessione", ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11*", il Consiglio di Stato aveva suggerito che « *il codice potrebbe più appropriatamente essere denominato o 'codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture', ovvero, e preferibilmente, 'codice dei contratti pubblici', tout court, nome che meglio si addice all'ambizioso progetto sotteso al codice. Né, in parte qua, può considerarsi vincolante, per il legislatore delegato, l'opzione sul nome operata dalla legge delega* », [punto I.d).4, p. 14]. Nella legge delega, il codice veniva, al contrario, denominato come « *codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione* », *sub* art. 1, comma 1, lett. b), L. 28 gennaio 2016, n. 11.

[3] Il D.Lgs. 8 aprile 2016, n. 50 è, in effetti, rubricato « [*a*]*ttuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* ».

la prima volta ed in un corpo unitario, le concessioni di servizi e di lavori, con esclusione dei contratti attivi.[4]

---

[4] La differenza tra contratti attivi e contratti passivi è puramente aziendalistica, seppur rilevante ai fini dell'individuazione del regime legale. È infatti recepita dalla legge di contabilità, oggetto del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, all'art. 3, come riformato dall'art. 2 del D.P.R. 30 giugno 1972, n. 627, secondo cui sono contratti attivi i « *contratti dai quali derivi un'entrata* » (comma 1), mentre sono contratti passivi i « *contratti dai quali derivi una spesa* » (comma 2), con la conseguenza che solo questi ultimi, a differenza dei contratti attivi, possono essere affidati mediante "licitazione privata", in alternativa (o forse in deroga, se limitata ai casi di necessità) al pubblico incanto (posto che sono ancora controverse in letteratura le condizioni per derogare alla concorsualità). Cfr. Giuseppe MANFREDI, *Note introduttive sulla disciplina dei contratti attivi della pubblica amministrazione*, in *Dir. Econ.*, 2016, a. XXIX, n. 1, pp. 41-55, precisa che « *i contratti attivi sono tuttora disciplinati in via generale dalla legge di contabilità del 1923, e dal regolamento n. 827 del 1924* » (p. 44). Dal punto di vista sostanziale, sono contratti attivi i contratti aventi ad oggetto beni pubblici, che realizzano una vendita, una locazione o una concessione (in particolare, le concessioni demaniali). D'altra parte, le concessioni di servizi e di lavori non comportano né entrate né uscite in bilancio, ma risparmi di spesa, che pertanto « *il codice dei contratti pubblici ex d.lgs. n. 163 del 2006 definisce e disciplina senz'altro come contratti passivi* » (p. 43). Alla luce di tali classificazioni si può ritenere che la disciplina applicabile ai contratti attivi dipenda da scelta legislativa, invece che dall'effetto contabile o dal tipo contrattuale utilizzato (concessione o meno). A conferma della disponibilità della scelta della disciplina applicabile si può registrare il caso dei contratti di sponsorizzazione, che, pur assicurando un'entrata in bilancio, sono stati trattati, dopo lungo dibattito, come contratti passivi, e dunque assoggettati al codice dei contratti pubblici, dove sono oggi disciplinati all'art. 19, D.Lgs. n. 50/2016, che ha sostituito, alleggerendolo, l'art. 199-*bis*, D.Lgs. n. 163/2006. Di conseguenza, sembrerebbe che « *non è possibile applicare ai contratti attivi – con l'ovvia esclusione delle*

sponsorizzazioni – principi che si evincono dal codice dei contratti » (p. 50). Occorre, tuttavia, precisare che il nuovo codice dei contratti pubblici « *pone alcuni principi di tutela della concorrenza nei contratti pubblici, che costituiscono un quadro di riferimento anche per i contratti "attivi" della pubblica amministrazione, allo stato non inclusi nel codice (locazioni attive, concessioni demaniali, concessioni di denaro pubblico) e che pure, in sede di futura implementazione, vi potrebbero essere inseriti* » (p. 14 del parere consultivo Consiglio di Stato 1 aprile 2016, n. 855, cit.). Come si vede, il rapporto tra legge di contabilità e nuovo codice dei contratti pubblici è discusso e controverso. A ciò si aggiunge il dibattito sulla possibilità di applicare ai contratti attivi, e cioè, alle concessioni demaniali, la direttiva Bolkestein, ossia la dir. 2006/123/CE del Parlamento e del Consiglio, del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno: cfr. Andrea USAI, *Caught between the Public Procurement Principles and the Public Procurement Function of Directive 2006/123/EC. Still a 'Grey Zone' in Search of Legal Certainty*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2014, a. IX, n. 4, pp. 228-239. L'incertezza della disciplina applicabile (legge di contabilità, nuovo codice dei contratti pubblici e direttiva Bolkestein) sembra riflettere la rottura del binomio disciplina applicabile-tipo contrattuale: cfr. Sara VALAGUZZA, *Le sponsorizzazioni pubbliche: le insidie della rottura del binomio tra soggetto e oggetto pubblico e la rilevanza del diritto europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2015, a. XXV, n. 5, pp. 1381-1404. Dirimente è la sentenza C.G.U.E., Sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14, C-67/15, *Promoimpresa Srl (C-458/14) v Consorzio dei Comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro, Regione Lombardia, e Mario Melis e altri (C-67/15) v Comune di Loiri Porto San Paolo, Provincia di Olbia Tempio, Alessandro Piredda e altri*, ECLI:EU:C:2016:558, con nota di Emanuele BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in *Urb. e App.*, 2016, a. XX, n. 11, pp. 1217-1227. Con tale sentenza, la Corte di Giustizia ha riconosciuto prevalente l'applicazione della direttiva Bolkestein rispetto al diritto degli appalti, ma poi ha fatto applicazione diretta della libertà di stabilimento, dato che « *le situazioni considerate nei procedimenti principali rientrano, per*

Inoltre, il codice dei contratti pubblici regolato anche i casi di esclusione dall'obbligo di gara in una disposizione, *sub* art. 5, in materia di "[p]rincipi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico".
Con tale norma è entrato in vigore un nuovo istituto riservato esclusivamente agli enti pubblici, finalizzato alla cooperazione nei servizi pubblici,[5] previsto al comma 6,

---

loro stessa natura, nell'ambito dell'articolo 49 TFUE ». Vale la pena osservare che « *nei procedimenti principali, come sottolinea la Commissione, le concessioni vertono non su una prestazione di servizi determinata dall'ente aggiudicatore, bensì sull'autorizzazione a esercitare un'attività economica in un'area demaniale. Ne risulta che le concessioni di cui ai procedimenti principali non rientrano nella categoria delle concessioni di servizi (v., per analogia, sentenza del 14 novembre 2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, punti da 26 a 28)* » (punto 47). I contrasti sollevati in merito alla disciplina applicabile ai contratti attivi sembrano rispecchiare, *mutatis mutandis*, le opposizioni e i contrasti che suscita il nuovo modulo convenzionale qui in esame, essendo in discussione, non soltanto la disciplina applicabile (le libertà fondamentali di diritto europeo o i principi di diritto nazionale sull'organizzazione amministrativa), quanto addirittura il regime (amministrativo o privatistico), gli effetti (pubblicistici o civilistici) e il contenuto (imperativo o negoziale) degli accordi inter-amministrativi, previsti dalle direttive di ultima generazione.

[5] La collocazione dell'istituto nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici di derivazione europea, pur riguardano i servizi pubblici, suppone che la negoziazione tra enti pubblici possa logicamente interferire con l'apertura della concorrenza, obiettivo di tale disciplina. Ad un primo esame, la norma si riferisce ai servizi pubblici e, pertanto, non dovrebbe interferire con la concorrenza l'attività consensuale tra enti pubblici avente ad oggetto l'organizzazione di servizi pubblici, trattandosi di attività infungibile da parte dei soggetti privati. Tale interferenza sarebbe

dell'art. 5, D.Lgs. n. 50/2016, che non è stato oggetto della rettifica normativa che ha fatto seguito alla pubblicazione del codice.[6]

La disposizione recepisce a livello nazionale un tipo di convenzione pubblicistica compresente in tutte e tre le direttive sui contratti pubblici, relative alle concessioni (all'art. 17, par. 4, dir. 2014/23/UE), agli appalti pubblici nei settori ordinari (all'art. 12, par. 4, dir. 2014/24/UE) e alle *utilities* (all'art. 28, par. 4, dir. 2014/25/UE).

Nella versione nazionale, non pienamente conforme con le direttive del 2014 -conviene anticiparlo-, la norma stabilisce che: « *un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:*

a) l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici

---

rilevante solo quando l'attività convenzionale tra enti pubblici avesse ad oggetto non i servizi pubblici in quanto tali, ma l'attività disciplinata dal diritto comune, preordinata al servizio pubblico e, dunque, soggetta al libero scambio; in presenza di un contratto configurabie come affidamento a terzi, infatti, sussisterebbe l'esigenza di apertura alla concorrenza essendo considerati beni e servizi esposti alla comune circolazione giuridica, che anche gli operatori privati potrebbe fornire.

[6] Cfr. avviso di rettifica pubblicato in Gazzetta Ufficiale, Serie generale, 15 luglio 2016, n. 164, avente ad oggetto "comunicato relativo al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante: «Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture»".

che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune;
b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico;
c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione ».
Così definito, l'istituto è compendiato da apposita disciplina delle modalità di calcolo della quota di attività realizzata sul mercato aperto, contenuta ai successivi commi 7 e 8 dell'art. 5, D.Lgs. n. 50/2016, grazie alle quali è stata resa applicabile la lett. c) del comma 6, cit.[7]
Ad una prima osservazione, l'istituto presenta le seguenti caratteristiche d'ordine generale:
1) si pone come misura di armonizzazione della materia degli accordi inter-amministrativi che incidono sul mercato concorrenziale;
2) esprime la codificazione, o meglio la consolidazione, e il parziale superamento della giurisprudenza europea in tema di accordi inter-amministrativi elusivi dell'obbligo di gara;

---

[7] Il commi 7 e 8 dell'art. 5, D.Lgs. n. 50/2016 sono di seguito riportati: « *7. Per determinare la percentuale delle attività di cui al comma 1, lettera b), e al comma 6, lettera c), si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione. 8. Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni prece-denti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile* ».

3) si configura giuridicamente come esenzione dall'obbligo di gara;
4) si presenta come un'esenzione trasversale a concessioni e appalti nei settori ordinari e speciali;
5) si applica anche agli organismi di diritto pubblico, pure a partecipazione privata, ma non alle imprese pubbliche (almeno secondo il dettato delle direttive europee).
In particolare, l'istituto si trova inserito tra i « *contratti esclusi* », oggetto del titolo II del « *codice* », e dunque fa parte dei contratti che possono essere affidati in via diretta e che quindi non devono essere assoggettati a procedura competitiva, né sembrano essere soggetti alle libertà fondamentali dei Trattati europei, né al principio di apertura alla concorrenza[8] che, secondo un'approccio formale, « *vuol dire concorsualità e, dunque, gara* ».[9]

---

[8] Sul significato dottrinale di apertura alla concorrenza del mercato dei contratti pubblici, Giuseppe BONCOMPAGNI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in PLURES, *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 189-225; Luigi Carlo UBERTAZZI, *Appalti pubblici, concorrenza e consumatori*, in *Il Dir. Ind.*, 2003, a. XI, n. 1, pp. 74-80; Stefano POLIDORI, *Appalti pubblici, scelta del contraente e tutela della concorrenza*, in Raffaele DI RAIMO, Vincenzo RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 295-334; Marcello CLARICH, *Il Codice dei contratti pubblici tra regole della contabilità pubblica e disciplina della concorrenza*, in Enrico FOLLIERI, Lucio IANNOTTA (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, pp. 595-601; Luigi FIORENTINO, *Appalti pubblici e concorrenzza*, in Carla RABITTI BEDOGNI, Piero BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Giappichelli, Torino, tomo II, 2010, pp. 819-842; Marcello CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Conc. e Merc.*, 2015, a. XIII, pp. 197-207, nonché in *Dir. Amm.*,

Prima di qualsiasi tentativo di analisi è doveroso premettere che regime (amministrativo o privatistico), effetti (pubblicistici o civilistici) e contenuto (imperativo o negoziale) dell'"accordo", così denominato dal Legislatore nazionale, tra enti pubblici non sono chiaramente deducibili dal codice dei contratti pubblici, ma devono

---

2016, a. XXIV, n. 1-2, pp. 71-92; Alberto HEIMLER, *Appalti pubblici, prassi applicative e controlli: quale spazio per gli aspetti sostanziali?*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2015, a. XVII, n. 1, pp. 181-205.

[9] Guido GRECO, *Gli affidamenti «* in house *» di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio di gara*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2000, a. X, n. 6, pp. 1461-1469, cit. p. 1466. Ribasce il significato di concorrenza come concorsualità, quantomeno alle origini, anche Stefano Salvatore SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, in Claudio FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Cedam, Padova, 2010, Parte II, *La scelta dell'appaltatore*, Cap. I, pp. 289-344, precisando che « [*a*]*lcuni Autori già parlavano di concorrenza, ma essa era da intendere non nel modo oggi noto, soprattutto a seguito dell'intervento del diritto comunitario, quanto piuttosto con riferimento alla necessità di applicare un regime concorsuale, al fine di garantire l'imparzialità dell'amministrazione* » (p. 290). Le origini storiche e la valenza contabilistica dell'appalto pubblico sono state esaminate da Marcello CLARICH, *Il Codice dei contratti pubblici tra regole della contabilità pubblica e disciplina della concorrenza*, in Enrico FOLLIERI, Lucio IANNOTTA (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, pp. 595-601. L'approccio opposto a quello storicistico e contabilistico considera l'apertura alla concorrenza come dispositivo legale attraverso il quale aprire i mercati pubblici agli operatori privati mediante la "concorrenza per il mercato", quale strumento necessario a realizzare le libertà fondamentali e l'integrazione europea dei mercati. Cfr. Marco D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2008, a. XVI, n. 2, pp. 297-311; Marco D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo tra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2008, a. XVI, n. 1, pp. 51-65.

essere ricostruiti in via interpretativa, per cui è ancora prematuro prefigurare la successiva evoluzione e l'ambito applicativo ultimo dell'istituto; di conseguenza « [*s*]*copo del lavoro è di dimostrare l'esistenza del problema nel nostro ordinamento e la plausibilità della soluzione indicata* »[10] e, per quanto possibile, « [*l*]*'obiettivo molto più modesto qui perseguito è solo di offrire un primo inquadramento generale e di larga massima alla figura in esame, nella speranza in questo modo di fornire una base argomentativa sufficientemente condivisa da cui trarre spunto per altre e più complete ricostruzioni* ».[11]

L'obiettivo del presente studio è duplice: valutare se il contratto di cooperazione si configura, sul piano strutturale, come accordo amministrativo e se è compatibile, sul piano funzionale, con le libertà fondamentali e, dunque, con le regole del mercato interno.

Tale tipo di contratto, infatti, si presenta formalmente come (*i*) una convenzione tra soli enti pubblici, (*ii*) esente dall'obbligo di gara.

Entrambe le caratteristiche sono state dettate dalla giurisprudenza europea: infatti, la Corte di Giustizia aveva esentato dall'obbligo di gara proprio gli accordi tra enti pubblici aventi ad oggetto l'organizzazione aggregata di servizi pubblici mediante cooperazione c.d. orizzontale, ovvero di tipo contrattuale.

Dunque, sarebbe naturale, a prima vista, considerare che il tipo di accordo consolidato nelle direttive europee del 2014 non è altro che un accordo amministrativo, altrimenti detto

---

[10] *Sic*, Fabio MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 1.

[11] *Sic*, Nicola BASSI, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 17.

(malgrado il mai sopito contrasto in dottrina)[12] accordo di diritto pubblico.[13]

Per la qualificazione del contratto di cooperazione come accordo amministrativo si schiera Mantini,[14] che ha partecipato ai lavori preparatori alla legge delega in vista

---

[12] Franco LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 1965, Pietro VIRGA, *Contratto (diritto amministrativo) a) Teoria generale del contratto di diritto pubblico*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, vol. IX, 1961, pp. 979-985; Giandomenico FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Giuffrè, Milano, 1984; Rosario FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1985; Giandomenico FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 1988, pp. 1-10; Rosario FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1993 (IV ed.), vol. VIII, pp. 543-564; Franco LEDDA, *Note sugli accordi "di diritto pubblico" e su alcuni temi contigui*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Cedam, Padova, 1998, vol. II, pp. 609-619; Rosario FERRARA, *L'accordo… e gli accordi di programma. Spunti sulla c.d. amministrazione consensuale*, in *Foro It.*, 2002, a. CXXV, n. 1, pt. III, pp. 136-141.

[13] Nicola BASSI, *Accordi amministrativi*, in Sabino CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, vol. I, pp. 81-93, ricorda che « [*l*]*e questioni nominalistiche, d'altra parte, non dovrebbero mai oscurare quelle di portata sostanziale, le uniche davvero decisive nella ricostruzione della consistenza giuridica di un istituto* » (p. 90).

[14] Pierluigi MANTINI, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2015, Cap. VIII, *Più privato negli affidamenti* in house, pp. 135-146, § 3, *Considerazioni e testi provvisori della Commissione di Studio per il recepimento*, « [*s*]*i tratta, in sostanza, di accordi di programma o di intese in cui la cooperazione è rivolta esclusivamente al perseguimento di un pubblico interese sempre a condizione che le amministrazioni aggiudicatrici cooperanti svolgano attività commerciale in misura inferiore al venti per cento delle attività oggetto di cooperazione* » (pp. 140-141).

dell'adozione del nuovo codice dei contratti pubblici, mentre il Consiglio di Stato non si è pronunciato in merito, al momento del rilascio del parere consultivo 1 aprile 2016, n. 855.

Accedendo a tale ipotesi interpretativa sarebbe agevole passare a ritenere che questo tipo di convenzione pubblicistica[15] è riconducibile, dal punto di vista del diritto europeo, ad una "situazione meramente interna",[16] che come tale non incide sugli scambi interni al medesimo Stato,[17] al pari di quanto succede per le organizzazioni *in house*,[18] o in caso di riorganizzazione amministrativa.[19]

---

[15] L'espressione "convenzione pubblicistica" ha valenza neutra, serve per dissociarsi dalle implicazioni semantiche e normative che provengono dall'uso del termine "accordo" o "contratto". Giandomenico FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Caratteri e ammissibilità*, Giuffrè, Milano, 1984, si domanda « [c]he cosa *precisamente, infatti, hanno di* pubblicistico *le convenzioni « pubblicistiche »?* » (p. 1, enfasi in originale). In questo studio, importa conoscere non *cosa*, ma *se* il contratto di cooperazione ha qualcosa di "pubblicistico", tale da potere incidere, a partire dalla natura, anche sul contenuto, sugli effetti e sul regime dell'istituto.

[16] Cfr. Niamh Nic SHUIBHNE, *Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move on?*, in *Common Market Law Review*, 2002, a. ILIX, n. 4, pp. 731-771; Cyril RITTER, *Purely internal situations, reverse discrimination*, Guimont, Dzodzi *and Article 234*, in European Law Review, 2006, a. XXXI, n. 5, pp. 690-710.

[17] Andrea BIONDI, *Alla caccia di limiti esterni della libertà di circolazione dei servizi*, in Francesco BESTAGNO, Luca G. RADICATI DI BRONZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 67-88, sottolinea che « *esulano dall'ambito di applicazione delle norme del Trattato quelle misure nazionali che incidano unicamente sugli scambi interni al medesimo Stato membro, e non sugli scambi tra più Stati membri* » (p. 75). In generale, Roberto MASTROIANNI, *La libertà di prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria: i principi generali*, in

Il punto nodale, dunque, sarebbe quello di verificare se lo schema ricostruttivo della 'situazione meramente interna' è applicabile e funzionale al contratto di cooperazione, in quanto, contratto che non dipende da un fatto organizzativo, quale è il controllo analogo (condizione necessaria per l'applicazione dell'esenzione dell'organizzazione *in house*), cosa che fu esclusa per le concessioni.[20]

Francesco BESTAGNO, Luca G. RADICATI DI BRONZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 1-25, § 9, *La questione delle c.d. fattispecie meramente interne*.

[18] Andrea BIONDI, *Alla caccia di limiti esterni della libertà di circolazione dei servizi*, in Francesco BESTAGNO, Luca G. RADICATI DI BRONZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 67-88, evidenzia che « *gli elementi fattuali della fattispecie riguardavano situazioni puramente interne, eppure la mancanza di gara è stata considerata automaticamente un sensibile pregiudizio alla libertà di commercio tra gli Stati, nella misura in cui l'assenza di trasparenza e pubblicità direttamente e sostanzialmente impedisca a società, che vi possano essere sostanzialmente interessate, di accedere al mercato dello Stato membro in questione* » (p. 78).

[19] Martin BURGI, *"In-House" Providing in Germany*, in Mario COMBA, Steen TREUMER (a cura di), *The In-House Providing in European Law*, DJØF Publishing, Copehangen, 2010, pp. 71-93, osserva che« *as long as the public sector does not seek to involve the private sector at all and the (private) market is not affected, cooperation between purely public entities is a question of the member states' organisational sovereignty only, in which* EU *lacks competence to interfere. Reorganising a member state's administrative structure has never been and will never be a question of* EU *procurement law* » (pp. 79-80).

[20] Davide DIVERIO, *Le concessioni di servizi tra situazioni puramente interne e rispetto dei principi comunitari*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2005, a. XV, n. 3-4, pp. 610-645.

Tuttavia, una simile interpretazione precipuamente "nazionalistica" della cooperazione orizzontale non regge al sistema del diritto europeo dei contratti pubblici.
Anzitutto, giova osservare che l'istituto introdotto nelle direttive europee del 2014 ha novellato l'esenzione della cooperazione orizzontale stabilita dalla Corte di Giustizia, avendo posto come condizione aggiuntiva la previsione che le attività interessate dalla cooperazione fossero svolte nel mercato aperto (entro la soglia del 20% del fatturato), recepita alla lett. c), comma 6, art. 5, D.Lgs. 50/2016. Tale previsione è sufficiente a contrastare l'ipotesi che il contenuto della convenzione tra enti pubblici si riduca al coordinamento di poteri pubblici.
Inoltre, tale codificazione non poteva limitarsi a valere come la ripetizione di una misura meramente interna, per motivi d'ordine generale e per motivi inerenti al funzionamento del diritto dei contratti pubblici.
In generale, il diritto europeo non recepisce, neppure per escluderlo, il diritto nazionale, anzi lo conforma, stante la consapevolezza del capovolgimento di approccio necessario allo studio degli istituti che appartengono alla logica del mercato interno.[21]
Nel merito, poi, vale la pena ricordare che la Corte di Giustizia ha espressamente riconosciuto che « *la*

---

[21] Eugenio PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, NIS, Roma, 1996, osserva che « *occorre capovolgere il metodo di approccio allo studio del diritto pubblico dell'economia: partendo non più dagli istituti nazionali, ma dalla regolamentazione comunitaria che riguarda tutti i principali settori dell'economia. Solo dopo l'esposizione dei principi comunitari che conformano il diritto dell'economia, è possibile verificare il livello di adattamento della corrispondente disciplina nazionale, ed esporre i problemi ancora irrisolti, posti dall'integrazione europea* » (p. 13).

definizione di appalto pubblico di servizi rientra nella sfera del diritto comunitario »,[22] disconoscendo ogni rilevanza alle qualificazioni nazionali;[23] dunque, sarebbe vieppù logico ascrivere al diritto europeo la competenza anche per la definizione dei contratti esclusi. Ne consegue che il contratto di cooperazione, come fattispecie esente dall'obbligo di gara, deve essere esaminato alla luce dei principi che sottendono alla definizione di contratto pubblico.

Inoltre, la Corte di Giustizia ha affermato che il diritto europeo non può ingerire nell'"organizzazione interna degli Stati membri", in virtù dell'art. 4, par. 2, T.U.E.,[24] in

---

[22] C.C.G.E., Sez. I, 18 gennaio 2007, C-220/05, *Jean Auroux e altri v Commune de Roanne*, ECLI:EU:C:2007:31, punto 40; C.G.C.E., Sez. II, 18 luglio 2007, C-382/05, *Commissione v Italia*, ECLI:EU:C:2007:445, punto 30 e C.G.C.E., Sez. I, 18 dicembre 2007, C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v Administración General del Estado*, ECLI:EU:C:2007:815, caso c.d. Correos, punto 50. Christopher BOVIS, *The Law of EU Public Procurement*, OUP, Oxford, 2015 (2° ed., 2006), § 5.59 *The notion of public contrats through public procurement regulation*, segnala che « [*p*]*ublic procurement law has exclusive authority to determine the meaning of a public contract. The determining factor of its nature is not what and how a contract is described as a public contract in national laws, nor is it the legal regime (public or private) that governs its terms and conditions, nor are the intentions of the parties* » (p. 247).

[23] C.G.C.E., Sez. III, 20 ottobre 2005, C-264/03, *Commissione delle Comunità europee v Francia*, ECLI:EU:C:2005:620, punto 36; C.G.U.E., Sez. IV, 29 ottobre 2009, C-536/07, *Commissione delle Comunità europee v Repubblica federale di Germania*, ECLI:EU:C:2009:664, punto 54.

[24] In base all'art. 4, par. 2, T.U.E.: « [*l*]*'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica*

disparte dall'art. 345 T.FU.E.,[25] ponendo l'organizzazione pubblica, anche in forma di impresa per certa dottrina,[26] un limite che « *non soddisfa l'insieme delle condizioni poste dalla definizione di appalto pubblico* ».[27] Tale norma, infatti, si riferisce alle "funzioni essenziali dello Stato", alle "prerogative sovrane ad essa connaturate".[28]

Di conseguenza, occorre condurre l'analisi del significato della codificazione della cooperazione di tipo contrattuale dall'ipotesi interpretativa secondo cui tale istituto europeo non esonera semplicemente una situazione meramente interna di tipo organizzativo, né si limita ad esonerare solo la "fornitura congiunta di servizi pubblici",[29] ma riconoscere che "[t]ale cooperazione potrebbe riguardare

---

e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali ».

[25] L'art. 345 T.F.U.E. dispone che « [*i*] *trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri* ».

[26] Fabrizio DI BENEDETTO, *Proprietà pubblica e imprese strategiche: riflessioni sul caso Essent*, in *Riv. Comm. Intern.*, 2015, a. XXIX, n. 1, pp. 181-201, § 4, *I regimi di proprietà nazionali come espressione dell'identità nazionale degli Stati membri di cui all'art. 4, par. 2, TUE*, pp. 197-200. Cfr. Pieter VAN CLEYNENBREUGEL, *No privatization in the Service of Fair Competition? Article 345 TFEU and the EU Market-State Balance after* Essent, in *European Law Review*, 2014, a. XXXIX, n. 2, pp. 264-275.

[27] C.G.U.E., Sez. III, 21 dicembre 2016, C-51/15, *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord v Region Hannover*, ECLI:EU:C:2016:985, punto 42.

[28] Maria Caterina BARUFFI, *Art. 4 TUE*, in Fausto POCAR, Maria Caterina BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea e sul funzionamento dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2014, cit. p. 14.

[29] Considerando (47), primo capoverso, ultimo periodo, dir. 2014/23/UE, considerando (33), secondo capoverso, primo periodo, dir. 2014/24/UE. Nulla è specificato nella dir. 2014/25/UE.

tutti i tipi di attività connesse alla prestazione di servizi",[30] con la conseguenza di potere incidere direttamente sullo scambio di beni e servizi, senza risultare incompatibile con le libertà fondamentali, che governano il diritto dei contratti pubblici.

Ciò vuole dire interrogarsi sul significato della codificazione e sulla portata dell'esenzione della cooperazione di tipo contrattuale; questo, dunque, è l'oggetto del presente studio.

A tale scopo, occorrerà tenere conto che i considerando delle direttive sono spesso disposizioni sostanziali "sotto mentite spoglie" ("*in disguise*", come osservato dalla dottrina straniera[31]), che richiedono un'attenta analisi

---

[30] Considerando (47), primo capoverso, secondo periodo, *incipit*, dir. 2014/23/UE, considerando (33), primo capoverso, secondo periodo, *incipit*, dir. 2014/24/UE. Nulla è specificato nella dir. 2014/25/UE.

[31] Steen TREUMER, *Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive*, in François LICHÈRE, Roberto CARANTA, Steen TREUMER (a cura di), *Modernising Public Procurement. The New Directive*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 9-27, ritiene che « [*t*]*he European Legislator has frequently inserted statements in the Recitals that ought to have been a part of the substantive provisions because they contain obligations, concepts or very clear cut elements of relevance for the interpretation of substantive provisions in the new Public Procurement Directive. So in other words several considerations in the Recitals are provisions in disguise* » (p. 21). A proposito della cooperazione orizzontale, Treumer ha osservato che « [*t*]*he acceptance of horizontal cooperation in the case law of the Court of Justice is just a few years old and has therefore until date only been considered in a few cases. The European Commission's initial proposal went far beyond the state of law outlined by the Court of Justice, and additional criteria and new indefinite legal terms were included. Moreover, it was debatable whether the initially proposed rules*

interpretativa, grazie alla quale potere distinguere (*i*) le regole consolidate dalla giurisprudenza (la cooperazione nei servizi pubblici per la cura di un interesse pubblico), (*ii*) le regole innovative (la previsione del mercato aperto per le attività interessate dalla cooperazione), (*iii*) le regole non ufficializzate (la possibilità di cooperare in tutti i tipi di attività e di farlo anche con un organismo di diritto pubblico a partecipazione privata, oltre alla possibilità di eccedere il rimborso delle spese e di scambiare servizi complementari) e (*iv*) i principi rimasti ancora *sans texte*,[32]

---

were in compliance with the EU primary law. Substantial changes made during the legislative proceedings are an improvement in this respect, but it is still uncertain whether the new rules will be workable » (p. 18).

[32] Luca R. PERFETTI, *Sulla necessità di distinguere tra* principes sans texte *e* sans fondement. *Considerazioni in merito a requisiti di qualificazione, quote di partecipazione in associazioni o raggruppamenti e di esecuzione di lavori pubblici*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2011, a. X, n. 6, 2011, pp. 2142-2149, obietta che « [*i*]*l sistema del diritto amministrativo è – in misura decisiva – costruito su principi di elaborazione giurisprudenziale che, progressivamente affermatisi, sono divenuti diritto vivente e, spesso, diritto legale; questa tendenza è, anzi, ancor più rilevante in questi tempi, nei quali non di rado il legislatore presenta "codici" che appaiono piuttosto consolidazioni di norme contenute in altri testi normativi e di orientamenti giurisprudenziali che non corpi normativi densi dei caratteri della codificazione. Ecco, allora, che la dottrina non sembra potersi sottrarre da un compito di costante esame e discussione dei principi che sorgono in giurisprudenza, assicurando un controllo razionale su questo tipo di norme ed un costante e costruttivo dialogo con la giurisprudenza (come proprio dei Paesi a diritto giurisprudenziale). Se, infatti, molte norme del nostro diritto si formano nell'elaborazione giurisprudenziale (*sans texte*), in ragione del consolidarsi dell'uso ed altre, pur dettate dal legislatore, sono formulate come principi che derivano dal consolidarsi di usi giurisprudenziali, sembra*

senza testo (la cooperazione contrattuale vale come strumento di autoproduzione conforme alle libertà fondamentali, la cooperazione contrattuale funge come tipo di contratto pubblico finalizzato alla condivisione delle risorse, la cooperazione non si sovrappone a forme di internalizzazione, c.d. *in house providing*, la cooperazione contrattuale potrebbe assolvere a strumento di cooperazione nelle commesse pubbliche).

Passando all'analisi della norma, si può notare che una disposizione simile non era prevista nel previgente codice dei contratti pubblici, né era stata ricostruita tale fattispecie dalla maggior parte dei commentari allora diffusi.[33] Né si

---

necessario discutere non solo della regola che dal principio viene tratta, ma anche del processo di formazione dei principi sans texte, *del loro contenuto e delle loro ragioni, per riconoscere quelli che siano, invece,* sans logique et fondement, *svelarne la natura e provocare la giurisprudenza ad una maggiore elaborazione o ad un ripensamento* » (p. 2147).

[33] Arturo CANCRINI, Claudio FRANCHINI, Stefano VINTI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, UTET, Milano, 2014; Franco MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove Direttive europee e del D.L. 90 del 2014*, Giappichelli, Torino, 2014; Riccardo VILLATA, Mario BERTOLISSI, Vittorio DOMENICHELLI, Giuseppe SALA (a cura di), *I contratti di lavori, servizi e forniture*, Cedam, Padova. 2014; Luca R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, IPSOA, Milano, 2013; Antonio CARULLO, Giovanni IUDICA (a cura di), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Cedam, Padova 2012 (2° ed., 2009); Gian Antonio BENACCHIO, Michele COZZIO (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, 2012; Franco Gaetano SCOCA (a cura di), *Gli appalti pubblici. Profili sostanziali e processuali: atti del convegno di Chieti, 8 aprile 2011*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; Roberto GAROFOLI, Giulia FERRARI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2012 (5° ed., 2008); Salvatore Alberto ROMANO (a cura di), *L'affidamento dei contratti*

trova un'analisi completa dell'istituto nelle prime note di commento,[34] né nei codici commentati appena editi.[35]

---

pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: aggiornato al regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice degli appalti, Giuffrè, Milano, 2011; Claudio FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, UTET, Torino, 2010; Carlo MALINCONICO (a cura di), *Codice degli appalti pubblici e privati: disciplina statale, regionale e comunitaria, lavori, forniture, servizi e settori esclusi*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2010 (12° ed., 1999); Fabio SAITTA (a cura di), *Il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture*, Cedam, Padova, 2008; Maria Alessandra SANDULLI, Rosanna DE NICTOLIS, Roberto GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2008, vol. VIII; Rosanna DE NICTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Cedam, Padova, 2007, vol. III; Sabino LUCE, *Il nuovo diritto degli appalti e delle concessioni pubbliche di lavori, servizi e forniture*, ITA, Torino, 2006; Francesco SCIAUDONE (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2005.

[34] Agostino MEALE, *I contratti esclusi dall'ambito di applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2016, a. XX, n. 8-9, pp. 919-932; Marcello CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Conc. e Merc.*, 2015, a. XIII, pp. 197-207, nonché in *Dir. Amm.*, 2016, a. XXIV, n. 1-2, pp. 71-92; Marcello CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid*, 2015, n. 19 (10 novembre 2015, n. 234), pubblicato *on line*, nonché in PLURES, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi Amministrativi, Varenna – Villa Monastero 17-19 settembre 2015*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 263-304; Marcello CLARICH, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. Giur. Mezz.*, 2016, a. XXX, n. 3, pp. 737-752. In tema di codice dei contratti pubblici in generale: Rosanna DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2016, a. XX, n. 5, pp. 503-545; Luisa TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, a. XXII, n. 5, pp. 605-612; Giovanna MARCHIANÒ, *La regolamentazione nella*

domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2016, a. XXVI, n. 1, pp. 1-49; Rosanna DE NICTOLIS, *I contratti misti del codice del 2016*, in *Urb. e App.*, 2016, a. XX, n. 11, pp. 1169-1189; Mario P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, a. XXII, n. 4, pp. 436-443; Antonio VESPIGNANI, *Nuovo Codice degli appalti e delle concessioni: finalmente ci siamo*, in *Riv. Trim. App.*, 2016, a. XXXI, n. 1, pp. 7-23; Luisa TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. Amm.*, 2015, a. XXIII, n. 2-3, pp. 291-344, nonché in PLURES, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi Amministrativi, Varenna – Villa Monastero 17-19 settembre 2015*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 131-186; Guido GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2015, a. XXV, n. 5, pp. 1095-1126, nonché in PLURES, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi Amministrativi, Varenna – Villa Monastero 17-19 settembre 2015*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 187-224; Francesco CARDARELLI, *Le direttive europee sui contratti pubblici*, in *Il libro dell'anno*, 2015, pubblicato in www.treccani.it; Franco MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove Direttive europee e del D.L. 90 del 2014*, Giappichelli, Torino, 2014; Francesco CARINGELLA, Marco GIUSTINIANI (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo. I contratti pubblici*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2014; Francesco CARINGELLA, Marco GIUSTINIANI, *I contratti pubblici*, Dike, Roma, 2015 (2° ed., 2014). In tema di acquisti in forma aggregata: Mario E. COMBA, *Aggregazioni di contratti e centrali di committenza: la disciplina europea ed il modello italiano*, in *Urb. e App.*, 2016, a. XX, n. 11, pp. 1053-1064; Bernardo Giorgio MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, a. XXII, n. 5, pp. 613-620; Massimo URBANI, *L'efficienza della committenza pubblica e il mercato unico*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2014, a. XX, n. 12, pp. 1150-1159. In tema di organizzazione *in house* in genere e nel nuovo

Dal punto di vista formale, si deve registrare che l'istituto in esame costituisce, almeno in parte, la codificazione[36]

---

codice: Fabrizio FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *Federalismi*, 2016, n. 14, pubblicato on line sul sito www.federalismi.it in data 13 luglio 2016; Diana-Urania GALETTA, Gherardo CARULLO, *Gestione dei servizi pubblici locali e* in house providing*: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di de-frammentazione del sistema*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2016, a. XXVI, n. 1, pp. 371-393; Giulio VELTRI, *L'*in house *nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, a. XXII, n. 4, pp. 488-495; Paolo PATRITO, *Autoproduzione ed esternalizzazione: questioni vecchie e nuove*, in *Urb. e App.*, 2016, a. XX, n. 7, pp. 836-844.

[35] Francesco CARINGELLA, Marco GIUSTINIANI, Pierluigi MANTINI, *Nuovo codice dei contratti pubblici: D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Dike, Roma, 2016; Fabio SAITTA (a cura di), *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Cedam, Padova, 2016; Paola COSMAI, Rosa IOVINO (a cura di), *Il nuovo codice degli appalti pubblici: guida operativa al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Wolters Kluwer, Milanofiori-Assago 2016; Massimo LASALVIA (a cura di), *Commentario al nuovo codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione: decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e la legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 commentati articolo per articolo*, EPC, Roma, 2016; Claudio FRANCHINI, Francesco SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni: elementi critici e opportunità*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015.

[36] Sui problem posti dalla codificazione in ordine alla certezza del diritto nella letteratura in lingua inglese: Janicke WIGGEN, *Public Procurement Law and Public–Public Co-Operation: Reduced Flexibility but Greater Legal Certainty Ahead? The Commission's Staff Working Paper on the Application of EU Public Procurement Law to Relations between Contracting Authorities and the 2011 Proposal for a New Directive*, in *Public Procurement Law Review*, 2012, a. XXI, n. 5, pp. NA225-NA233; Martin BURGI, Frauke KOCH, *In-House Procurement and Horizontal Cooperation between*

delle pronunce della Corte di Giustizia che avevano legittimato casi di esenzione al diritto europeo dei contratti pubblici in via pretoria.[37]

Public Authorities. An Evaluation of Article 11 of the Commission's Proposal for a Public Procurement Directive from a German Perspective, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2012, a. VII, n. 2, pp. 86-93; Ellen L. WEISBEEK, *Teckal Revisited. An Examination of the Intended Codification of the Exceptions of Quasi In-House Procurement and Inter-Municipal Cooperation*, Department of European and International Public Law, Tilburg Law School, pubblicato *on line* in data 25 aprile 2013; Janicke WIGGEN, *Directive 2014/24/EU: The New Provision on Co-operation in the Public Sector*, in *Public Procurement Law Review*, 2014, a. XXIII, n. 3, pp. 83-93; Willem JANSSEN, *The Institutionalised and Non-Institutionalised Exemptions from EU Public Procurement: Towards a More Coherent Approach?*, in *Utrecht Law Review*, 2014, a. X, n. 5, pp. 168-186; Charles M. CLARKE, *The CJEU's Evolving Interpretation of 'In-House' Arrangements under the EU Public Procurement Rules: A Functional or Formal Approach?*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2015, a. X, n. 2, pp. 111-125; Willem JANSSEN, *In-House Contracts and Public-Public Cooperation Issues under Directive 2014/24/EU*, trascrizione dell'intervista di Pedro Telles pubblicata *on line* sul sito www.publicprocurementpodcast.eu in data 29 giugno 2016.

[37] Sugli indirizzi giurisprudenziali della Corte di Giustizia nella letteratura in lingua inglese: Kristian PEDERSEN, Erik OLSSON, *Commission v Germany: A new approach to In-House Providing?*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, a. XIX, n. 1, pp. 33-45; Mustafa KARAYIGIT, *A New Type of Exemption from the EU Rules on Public Procurement Established: "In thy Neighbour's House" Provision of Public Interest Tasks*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, a. XIX, n. 6, pp. 183-196; Janicke WIGGEN, *Public Procurement Rules and Cooperation between Public Sector Entities: The Limits of the In-House Doctrine under EU Procurement Law*, in *Public Procurement Law Review*, 2011, a. XX, n. 5, pp. 157-172; Rhodri WILLIAMS, *Public–Public*

Inoltre, emerge dalla struttura della norma nazionale, in modo analogo a quella europea, che l'istituto è stato accorpato al pacchetto di norme, anch'esse di matrice giurisprudenziale, in tema di contratti di appalto e di concessione affidati in via diretta ad organizzazioni *in house* nelle sue molteplici sfaccetture[38] (organizzate come società o come "persona giuridica di diritto pubblico").

Cooperation: Teckal in Practice, in *Public Procurement Law Review*, 2012, a. XXI, n. 1, pp. NA 1-10; Friedrich Ludwig HAUSMANN, Georg QUEISNE, *In-House Contracts and Inter-Municipal Cooperation – Exceptions from the European Union Procurement Law Should Be Applied with Caution*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2013, a. VIII, n. 3, pp. 231-237; Kristian PEDERSEN, Erik OLSSON, *Azienda – The Creation of an Exemption from Public Procurement Law*, in *Public Procurement Law Review*, 2013, a. XXII, n. 6, pp. 225-235; Roberto CARANTA, *The Changes to the Public Contract Directives and The Story They Tell About How EU Law Works*, in *Common Market Law Review*, 2015, a. LII, n. 2, pp. 391-459.

[38] La disciplina dell'affidamento di commesse pubbliche in favore di organizzazioni *in house* forma un pacchetto di norme, essendo coinvolte diverse fattispecie: (*i*) *in house* classico, in caso di affidamento ad ente controllato (art. 5, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016), (*ii*) *in house* frazionato o pluripartecipato, in caso di "controllo congiunto" (art. 5, comma 4, D.Lgs. n. 50/2016), (*iii*) *in house* verticale invertito o capovolto, in caso di affidamento all'ente controllante (art. 5, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016), e (*iv*) *in house* orizzontale, in caso di affidamento da un ente controllato ad altro ente controllato dal medesimo ente controllante (art. 5, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016). Cfr. Sergio FOÀ, Davide GRECO, *L'*in house providing *nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, in *Federalismi*, 2015, n. 15, pubblicato *on line* sul sito www.federalismi.it in data 29 luglio 2015, spec. pp. 7-8; Dario CASALINI, *Beyond EU Law: The New "Public House"*, in Grith Skovgaard ØLYKKE, Carina RISVIG HANSEN, Christina D. TVARNØ (a cura di), *EU Public Procurement – Modernisation, Growth and Innovation. Discussion on the 2011*

A questo proposito, vale la pena precisare che tale tipo di contratto tra enti pubblici non è assimilabile ad un tipo di accordo tra soggetti pubblici nel diritto europeo,[39] ma si configura come una convenzione pubblicistica di diritto europeo tra soggetti di diritto nazionale.
L'istituto nasce nella temperie culturale che ha permeato il dibattito europeo per effetto della rinnovata spinta alla realizzazione del mercato interno.[40]
Tale spinta muoveva a seguito dell'adozione del c.d. report Monti.[41]

---

proposals for Procurement Directives, DJØF Publishing, Copenhagen, 2012, Cap. VI, pp. 151-178.

[39] Nicola BASSI, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2004.

[40] Cfr. Commissione europea, Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, avente ad oggetto « [*v*]*erso un atto per il mercato unico. Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva. 50 proposte per lavorare, intraprendere e commerciare insieme in modo più adeguato* », COM(2010) 608 def., 27 ottobre 2010, pp. 21-22: « [*s*]*i tratterà innanzitutto di offrire alle pubbliche amministrazioni una "cassetta degli attrezzi", facile da utilizzare ed efficace, che riguardi l'insieme dei problemi pertinenti (come il finanziamento, le commesse pubbliche o la cooperazione tra autorità pubbliche) e permetta loro di offrire, nel settore di loro competenza e nel rispetto della loro ampia autonomia, servizi pubblici locali di qualità corrispondenti alle esigenze dei cittadini. La "cassetta degli attrezzi" dovrebbe anche consentire di valutare meglio questi servizi e di effettuare dei confronti su base settoriale e transnazionale* ». Argomento speso all'interno della Proposta n. 25 ("*la Commissione si impegna ad adottare entro il 2011 una comunicazione sui servizi di interesse generale corredata di una serie di azioni*").

[41] Mario MONTI, *A New Strategy for the Single Market at the Service of Europe's Economy and Society. Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso*, 9 maggio 2010,

In realtà, il processo di codificazione dell'istituto ha vissuto una gestazione travagliata: infatti, la versione attuale dell'istituto procede da una serie di tre lavori preparatori[42]

---

pubblicato *on line*. In particolare, desta attenzione § 3.4. *Harnessing Public Procurement for Europe's Policy Goals* (sfruttare le commesse pubbliche per gli obiettivi delle politiche europee). A p. 77 si dichiara che « [*t*]*he review of public procurement rules should also address the perceived areas of "friction" with the policy autonomy of national or local authorities. On the one hand, in fact, EU procurement rules are perceived as restricting the ability of municipalities to provide services to citizens in the form they prefer or traditionally privilege. This is the case for instance, where they would like the "in-house" provision of services or the establishment of public-public cooperation* ». La traduzione, a cura di chi scrive, è la seguente: "*la riforma delle regole sulle commesse pubbliche dovrebbe anche affrontare le aree sensibili di "frizione" con le politiche autonomiste delle autorità nazionali o locali. Da una parte, infatti, le regole europee sulle commesse pubbliche sono percepite come restrittive per la capacità di azione degli enti comunali di fornire servizi ai cittadini nella forma che preferiscono che tradizionalmente privilegiano. Per esempio, questo è il caso, quando si vuole ricorrere alla fornitura* in house *dei servizi o alla creazione di una cooperazione pubblico-pubblico*".

[42] Tra i lavori preparatori delle direttive si annoverano: (*i*) proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione del 20 dicembre 2011, COM(2011) 0897 def., 2011/0437 (COD), (*ii*) proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici del 20 dicembre 2011, COM(2011) 0896, 2011/0438(COD), (*iii*) proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali del 20 dicembre 2011, COM(2011) 0895, 2011/0439(COD). Oltre alle proposte, sono interessanti anche le relazioni del Parlamento europeo del 11 gennaio 2013, A7-0007/2013, in tema di appalti pubblici e del 7 febbraio 2013, A7-0034/2013, in tema di settori

e di nove documenti di *soft law*,[43] di diversa provenienza ed ispirazione, che hanno tentato di ricostruire la sua natura

---

speciali. Cfr. Giovanna MARCHIANÒ, *Modernizzazione del mercato degli appalti pubblici nella proposta di direttiva comunitaria (COM (2001) 896 del 20.12.2011): l'impatto sulla normativa nazionale nel settore dei servizi*, Cedam, Padova, 2012; Maurizio CAFAGNO, Alessandro BOTTO, Gianfrancesco FIDONE, Gabriele BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessione e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013, con scritti di Michele COZZIO, *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement*, pp. 119-138; Sonja LEVSTIK, *Proposta di direttiva sulle concessioni: una prima analisi ricognitiva*, pp. 139-168; Elena D'ALEO, *La revisione delle direttive sui contratti pubblici: criticità e prospettive*, pp 169-188.

[43] Nove sono i documenti di *soft law* in ambito europeo:

(*i*) Libro Bianco della Commissione europea dell'11 marzo 1998, sugli "*appalti pubblici*" (p. 11, nt. 10);

(*ii*) "*Briefing Note*" del Parlamento europeo, DG Internal Policies of the Union, del 1 settembre 2006, avente ad oggetto "*The Applicability of Internal Market Rules for Inter-Communal Co-operations*", IP/A/IMCO/FWC/2005-33/SC8;

(*iii*) Risoluzione del Parlamento europeo del 14 gennaio 2004, sul *Libro Verde sui servizi di interesse generale* [21 maggio 2003], COM(2003) 270-2003/2152(INI), P5_TA(2004)0018, punto 19 e punto 35;

(*iv*) Risoluzione del Parlamento europeo del 26 ottobre 2006, sui "*partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*", P6_TA(2006)0462, sezione in tema di "c*ooperazione tra enti locali*", punti 42-48;

(*v*) Risoluzione del Parlamento europeo del 18 maggio 2010, sui "*nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici*", 2011/C, 161 E/06, P7_TA(2010)0173, punti 9-12;

(*vi*) Libro Verde della Commissione europea del 27 gennaio 2011, per la "*modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*", sezione 2.3, in tema di "*Cooperazione pubblico-pubblico*" (pp. 24-26);

all'interno del regime dell'*in house providing*, ritagliando la fattispecie dall'ambito del partenariato pubblico-pubblico.
In realtà, le incertezze nella configurazione di tale istituto non sono certo venute meno con la codificazione della fattispecie, dal momento che in ambito europeo, all'interno dell'"European Commission's Stakeholder Expert Group in Public Procurement" già si suggerisce l'adozione di linee guida da parte della Commissione per l'applicazione dell'art. 12 della dir. 2014/24/UE.[44]

(*vii*) Documento di lavoro dei Servizi della Commissione europea del 4 ottobre 2011, n. 1169 def., "*in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico")*", sezione 3.3, in tema di "*Cooperazione non istituzionalizzata/orizzontale per garantire congiuntamente l'esecuzione di compiti di interesse pubblico*" (pp. 14-19);
(*viii*) Documento di lavoro dei Servizi della Commissione europea del 9 ottobre 2012, n. 342 final, recante "[*a*]*nnual public procurement implementation review*" (p. 29);
(*ix*) Commissione europea, DG Internal Market and Services, *New Rules on Public Contracts and Concessions. Simpler and More Flexible*, 2014, documento adottato dopo la pubblicazione delle direttive.

[44] *Sic*, Albert SANCHEZ GRAELLS, nel sito http://www.howtocrackanut.com/, nel post del 19 dicembre 2016, intitolato "Wish list for 2017: My Top 10 priorities for the European Commission's future activity in public procurement": « [p]rovide guidance on the interpretation of Article 12 of Directive 2014/24/EU and the interaction between the in-house and the public-public cooperation exemptions it consolidates. *This should be done through a thorough revision of the 2011 Commission Staff Working Paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities. This guidance should also extend to Article 17 of Directive 2014/23/EU and to the related rules in Articles 28 to 30 of Directive 2014/25/EU* » (punto cinque dell'elenco).

Dunque, l'istituto ha origini frammentate e la sua costruzione si è compiuta in modo puntiforme, secondo lo stile del *case by case law*, ma ciò non ha impedito di trovare, almeno di recente, autonoma collocazione nelle maggiori trattazioni manualistiche italiane (Massera, Caranta, Fracchia e altri)[45] e straniere (Arrowsmith, Bovis, Sanchez Graells e altri).[46]

---

[45] Alberto MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa University Press, 2012 (2° ed., 2011), Cap. V.3, *Brevi cenni sul partenariato pubblico-pubblico e alcune considerazioni finali sull'uso dei moduli negoziali nel diritto delle pubbliche amministrazioni*, pp. 587-601; Roberto CARANTA, *Contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2012 (2° ed., 2004), Cap. I, *Considerazioni introduttive*, § 5, Ubi ratio legis cessat*:* in house providing *e accordi tra enti pubblici*, pp. 25-39; Fabrizio FRACCHIA, Luigi GILI, *Ordinamento dell'Unione europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, parte II, *Analisi critica relativa ad alcuni profili soggettivi, tra diritto dell'Unione europea ed esigenze interne, a conferma della complessità funzionale della materia*, § 6. *I rapporti contrattuali tra enti pubblici*, pp. 53-58; Roberto CHIEPPA, Roberto GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012 (2° ed.), § 5.4, *Compatibilità con il diritto dell'Unione europea di determinate forme di accordi tra P.A.*; Annamaria DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, in Franco MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 699-762; Christian IAIONE, *L'ambito oggettivo e soggettivo*, in Marcello CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 204-277, già *La nozione codicistica di contratto pubblico*, in *Giust. Amm.*, 2007, a. IV, n. 2, pp. 286-332, § 7.2. *I rapporti tra amministrazioni pubbliche*, pp. 328-329. Nella manualistica in materia di contratti pubblici, il nuovo modulo viene fatto risalire -storiograficamente-

all'accordo di collaborazione da parte di Sabino LUCE, *Approvvigionamenti di lavori, forniture e servizi delle p.a. Disciplina comunitaria e nazionale*, Zanichelli, Torino, 2014, pt. IV, *I procedimenti per l'acquisizione di beni e servizi da parte delle amministrazioni pubbliche*, § 2.1. *Gli accordi di collaborazione tra amministrazioni pubbliche*, pp. 470-471.

[46] Kris WAUTERS, *Cooperative Agreements between Public Authorities. The Influence of CJEU Case Law on National Legal Systems*, Intersentia, Cambridge, 2015; Sue ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: regulation in the EU and UK*, Sweet and Maxwell, London, 2014, vol. 1 (3° ed., 1996), Cap. VI, *The Public Sector Rules: Which Contract are Covered?*, Sez. 9. *Exemptions and Limitation for In House Procurement and "Public-Public" Arrangements (Agreement to Acquire Supplies, Works or Service Using the Entity's Own Resources or from Another Public Body)*, § 3, *Co-operation In a Public Task (the Hamburg Doctrine)*, pp. 521-530; Albert SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2015 (2° ed., 2011), Cap. VI, *A Critical Assessment of the 2014 EU Public Procurement Directives and their Case Law from a Competition Perspective: Preventing Competitive Distortions by Public Buyer*, § II, *A Competition Appraisal of Potential Distortions Derived from Public Procurement Processes*, § A, *Assessment of Unnecessary Restrictions of Access to the Procurement Process*, *sub* i, *Make-or-Buy Decisions and Public-Public Cooperation Mechanisms (or Cooperate-or-Buy Decisions*, pp. 248-257; Abby SEMPLE, *A Practical Guide to Public Procurement*, Oxford University Press, Oxford, 2015, Cap. I, *The scope of procurement under EU Law*, §§ 1.49-1.57, *Public-Public Cooperation*; Peter TREPTE, *Public Procurement in the EU. A practitioner's Guide*, Oxford University Press, Oxford, 2007 (2° ed., 1993), Cap. IV, *Defining the contracts*, § B, *The Concept of Contract*, Sect. (3), *Apparently non-contractual relationship*, (b) *'In-house' conctracs*, §§ 4.28-4.41; Christopher H. BOVIS, *The Law of EU Public Procurement*, 2015, Cap. VII, *Contracting Authorities in Public Procurement Regulation*, § 3, *The In-House Procurement*, § 7.147-7.152, pp. 368-370; Christopher H. BOVIS, *Public-Private Partnerships in the European Union*, Routledge, New York, 2014,

A questo proposito, vale la pena fare presente che la cooperazione tra enti pubblici mediante strumenti convenzionali è stata oggetto di diffusa e puntuale indagine tra gli studiosi di diritto europeo di tutti i paesi dell'Unione in occasione del XXVI Convegno del FIDE (*Fédération Internationale pour le Droit Européen/International Federation of European Law*) del 28-31 maggio 2014 a Copehangen, dove il tema è stato trattato insieme ad una rosa di questioni inerenti al *Public Procurement Law*.[47]

Cap. VII, *The Public-Public Partnership*, pp. 133-143; Christopher H. BOVIS, *Public Service Partnerships*, in Christopher H. BOVIS (a cura di), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, Cheltenham Glos, 2016, Cap. XVIII, § VIII, *Public-Public Cooperation in Delivering Public Services*, pp. 579-591; Grith Skovgaard ØLYKKE, *The Definition of 'Contract' Under Article 106 TFEU*, in Erika SZYSZCZAK, Jim DAVIES, Mads ANDENÆS, Tarjei BEKKEDAL (a cura di), *Developments in Services of General Interest*, Springer, Berlin, 2011, Cap. V, pp. 103-120; Procurement Lawyers' Association, *Shared Services Working Group*, January 2011, pubblicato *on line*. La prima edizione del volume di Albert SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, è stata recensita da John TOWNSEND, in *The Modern Law Review*, 2012, a. LXV, n. 4, pp. 693-696, nonché da Christopher R. YUKINS, *Feature Comment: Considering The Effects of Public Procurement Regulations on Competitive Markets*, in *The Government Contractor*, 2013, a. LV, n. 9, pp. 1-6.

[47] In vista del Convegno era stata sottoposta ai partecipanti una serie di quesiti ai fini dell'indagine sullo *status quo* del diritto degli appalti pubblici in ciascuno Stato membro. Il terzo quesito si riferiva alla cooperazione pubblico-pubblico nei seguenti termini: « [*h*]*ow are in house arrangements and instances of public-public partnerships or other public-public cooperation forms regulated? According to a line of cases starting with* Teckal *(C-107/98) expanding in* Coditel Brabant *(C-324/06),* Sea *(C-573/07), and* Commission v Germany *(C-480/06), 'genuine' forms of in house and public-public cooperation are excluded under given conditions*

Anche se accorpato alle norme relative all'affidamento di contratti ad organizzazioni *in house*, vale la pena precisare che il contratto di cooperazione è formalmente un accordo tra enti pubblici famigliare ad altre fattispecie di esenzione, prefigurate dalle direttive europee e caratterizzate dall'esclusiva partecipazione di enti pubblici, che erano state fatte valere nel contenzioso su contratti pubblici avanti alla Corte di Giustizia, prima dell'istituzione della fattispecie del contratto di cooperazione.

Si tratta di quattro ipotesi di esenzione, che possono realizzarsi mediante strumenti convenzionali di diritto nazionale:

(*i*) la partecipazione nell'esercizio di poteri pubblici può avvenire per via negoziale, sotto l'egida dell'art. 51, par. 1,

---

(please see question 4) from the application of EU public procurement rules and principles. The first aspect to be considered, linked to the previous question, is how are these forms regulated (e.g., by a contract under private law, a public law contract, administrative decisions, laws or bylaws)? Additional aspects to be considered are whether public-public partnerships are limiting the amount of business contended on the market and under competitive market rules in a significant way?, whether and if yes under which conditions the partnerships may also provide services on commercial basis on the market and in competition with economic operators?, and whether and how the conditions for public-public partnership laid down in the case law (now including Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce and Others *C-159/11) are understood and complied with?* » (p. 40 degli atti congressuali). Per l'analisi completa dello stato dell'arte in ciascuno degli Stati membri: cfr. Roberto CARANTA, *General Report*, in Ulla NEERGAARD, Catherine JACQUESON, Grith Skovgaard ØLYKKE (a cura di), *Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes. The XXVI FIDE Congress in Copenhagen 2014. Congress Publications Vol. 3*, DIØF Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 79-175. Per l'Italia, Roberto Mastroianni (pp. 539-560, in francese, spec. pp. 543-544 sul quesito n. 3).

T.F.U.E., dell'art. 52, par. 1, T.F.U.E. e dell'art. 62, T.F.U.E, confermato dal caso *ReData Processing* case, C-3/88, *sub* paragrafo 13 e dal caso *Selex*, C-113/07 P, *sub* paragrafo 70;
(*ii*) il trasferimento di competenze per via negoziale è stato previsto per la prima volta all'art. 1, par. 4, dir. 2014/23/UE e all'art. 1, par. 6, dir. 2014/24/UE (risalente al caso *Commissione v Francia*, C-264/03, nel principio espresso al paragrafo 54 e caso *Remondis*, C-51/15);
(*iii*) l'affidamento diretto di un contratto pubblico sulla base di un diritto esclusivo, come autorizzato dall'art. 10, par. 1, dir. 2014/23/UE, dall'art. 11, dir. 2014/24/UE e dall'art. 22, dir. 2014/25/UE, che vede le sue origini nell'impianto delle precedenti direttive (art. 6, dir. 92/50/CEE e art. 18, dir. 2004/18/CEE) e che ha trovato applicazione nel caso *Correos*, C-220/06, *sub* paragrafo 67;
(*iv*) il contratto pubblico *propter legem* (tale terminologia è di nuovo conio e non risulta nella precedente dottrina), fondato su una legge che obbliga un ente pubblico a provvedere all'acquisto di determinati beni o servizi per il tramite di un altro ente pubblico in virtù di un obbligo di legge, come riconosciuto al considerando (48), dir. 2014/23/UE e al considerando (34), dir. 2014/24/UE, che ha le sue origine nel caso *Asemfo*, C-295/05, *sub* paragrafo 60.
Non è difficile immagine che le predette quattro esenzioni possano dare vita ad accordi formalmente inter-amministrativi, che non sembrano però formare un gruppo omogeneo, avendo a che fare con l'esercizio di poteri pubblici e, all'opposto, con l'acquisto di beni e servizi da parte di enti pubblico. L'unico elemento in comune tra le varie esenzioni sta nel fondamento giuridico di tali quattro forme di partenariato pubblico-pubblico: infatti, tali esenzioni sono tutte legittimate in disposizioni di diritto

nazionale, che ricevono copertura giuridica nell'ambito del diritto europeo dei contratti pubblici all'interno dell'esenzioni appena menzionate.

Del resto, l'attitudine a trovare nel diritto interno il fondamento giuridico di varie forme di partenariato pubblico-pubblico aveva permesso di sollevare questioni pregiudiziali davanti alla Corte di Giustizia, che aveva perfino creato un'autonoma causa di esenzione capace di dare legittimazione all'accordo inter-amministrativo a fini cooperativi. Da quel tipo di esenzione di tipo giurisprudenziale un passo avanzi vi fu con l'istituzione del contratto di cooperazione, che, per come congegnato dal diritto europeo, è istituto completamente armonizzato nelle direttive sui contratti pubblici tanto nei presupposti, quanto nell'ambito di applicazione, anche se sono incerti il regime, gli effetti e il contenuto.

D'altra parte, si deve osservare che il codice dei contratti pubblici ha omesso completamente il recepimento dell'esenzione degli accordi inter-amministrativi relativi al trasferimento di competenza, contenuta nell'art. 1, par. 4, dir. 2014/23/UE e nell'art. 1, par. 6, dir. 2014/24/UE.[48]

---

[48] Cfr. art. 1, par. 4, dir. 2014/23/UE e all'art. 1, par. 6, dir. 2014/24/UE: « [*g*]*li accordi, le decisioni o altri strumenti giuridici che disciplinano i trasferimenti di competenze e responsabilità per la realizzazione di compiti pubblici tra amministrazioni aggiudicatrici o associazioni di amministrazioni aggiudicatrici e non prevedono una remunerazione in cambio di una prestazione contrattuale sono considerati questioni di organizzazione interna dello Stato membro interessato e, in quanto tali, esulano del tutto dalla presente direttiva* ».

6. Gli accordi, le decisioni o altri strumenti giuridici che disciplinano i trasferimenti di competenze e responsabilità per la realizzazione di compiti pubblici tra amministrazioni aggiudicatrici o associazioni di amministrazioni aggiudicatrici e non prevedono una remunerazione in cambio di una prestazione contrattuale sono

Ovviamente, la mancanza di un'apposita disposizione in tema di trasferimento di competenze in via consensuale non potrà certo pregiudicare l'efficacia di tale esenzione nell'ordinamento nazionale, cionondimeno non deve essere sottovalutata l'istituzione di una simile fattispecie di esenzione in sede comunitaria, avendo svolto il felice compito di favorire la costruzione coerente del quadro delle esenzioni rispetto al diritto degli appalti pubblici, come si cercherà di approfondire nell'ambito del presente studio.

2. *Metodo dello studio: modulo convenzionale e fattispecie negoziale nella cooperazione tra enti pubblici*.

Definito il quadro d'insieme, occorre anzitutto evidenziare che l'istituto europeo del contratto di cooperazione evoca concetti di varia origine e pregnanza, tratti dalla giurisprudenza europea e ispirati dal diritto nazionale.
Si può registrare una varietà di concetti giuridici, come riconosciuto nella letteratura straniera,[49] elaborati in sede giurisprudenziale ai fini della costruzione della fattispecie – concetti giuridici che stanno ricevendo sempre più attenzione nella riflessione sulla formazione del diritto europeo di tipo giurisprudenziale.[50] A ben vedere,

---

considerati questioni di organizzazione interna dello Stato membro interessato e, in quanto tali, esulano del tutto dalla presente direttiva.

[49] Kris WAUTERS, *Cooperative Agreements between Public Authorities. The Influence of CJEU Case Law on National Legal Systems*, cit., Chap. III, *Concepts*, pp. 35-76.

[50] Dorota LECZYKIEWICZ, *Why Do the European Court of Justice Judges Need Legal Concepts?*, in *Eur. Law Jour.*, 2008, a. XIV, n. 6, pp. 773-786.

compaiono "concetti giuridici indeterminati", usando l'espressione invalsa nel nostro ordinamento per riferirsi a nozioni che richiedono conoscenze tecnico-scientifiche in sede applicativa, come nel caso della nozione di mercato aperto *sub* lett. c) dell'art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016, il che rende necessario la riconduzione del modello ai principi dell'ordinamento europeo e nazionale.[51]

Tutto ciò conduce a riconoscere l'assoluta carenza di valenza descrittiva delle locuzioni contenute nella norma, dal momento che ciascun dei concetti presenti nel nuovo istituto presuppone notoriamente una propria nozione funzionale, una nozione tecnico-scientifica o una concezione dogmatica, specificamente di diritto europeo.

A questo riguardo, è possibile registrare due opposte linee di tendenza nell'interpretazione del diritto europeo, secondo cui si vede contrapposta la "natura delle cose" alla questione della lingua comune europea.[52]

---

[51] Cfr. Mario LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in PLURES, *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 113-144, ripubblicato in Beatrice LEUCADITO e Giovanna PETROCCO (a cura di), *Giuristi della 'Sapienza': questioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 304-332, sottolinea come « [*a*]*ppare, dunque, improbabile che, di fronte ad una norma a contenuto indeterminato, il giudice non possa – purché voglia – tentare di attribuirle significato facendo appello ai principi formalmente sanciti nell'ordinamento* » (pp. 308-309). Sull'utilizzo dei principi nella ricostruzione della fattispecie ritorneremo nel corpo del testo.

[52] Javier BARNÉS, *Per una lingua comune europea del diritto amministrativo*, in Giandomenico FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Cedam, Padova, 2005, pp. 369-373: « *l'Europa ha bisogno di costruire un diritto amministrativo comune, inteso non come un diritto positivo unico, ma come corpo dottrinale o "lingua*

Secondo il primo approccio, il contratto di cooperazione, come capitò di fronte alla nozione di "organismo di diritto pubblico", sollecita il ritorno ad « *una omogeneizzazione sui fatti e non una armonizzazione fra norme* », all'uso della « *regola della « natura delle cose » come strumento interpretativo di ricostruzione sistematica* », in considerazione del fatto che « [*l*]*a normativa comunitaria usa spesso un linguaggio apparentemente atecnico, non normativo, nel senso di norma che descrive il presupposto di fatto per la sua applicazione, allusivo a fatti che si intendono tali* » – approccio che, basandosi sulla situazione di fatto definita dalla fattispecie, permette di porre un freno all'uso « assiomaticamente » condizionato di « *argomenti ultronei* »,[53] mossi dallo spirito di « opposizione al cambiamento », giustificato dall'esigenza di assicurare la coerenza sistemica interna.[54] Del resto, è stato affermato

---

comune" (o "franca") per capirsi, e ciò per rendere possibile la cooperazione amministrativa, ma anche per consentire un rinnovamento dei valori del diritto amministrativo attuale » (pp. 371-372).

[53] In tema di concetti giuridici di diritto europeo, a distanza di ventanni, ancora fondamentale l'analisi di Fabio MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione della disciplina comunitaria sugli appalti*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 1997, a. VII, n. 1, pp. 39-49, cit. pp. 39, 41, 43. L'Autore sottolinea che « *un determinato fenomeno organizzativo rientra o non rientra nella nozione di pubblica amministrazione allargata; non si può procedere alla identificazione di fenomeni organizzativi sulla base di criteri di ragionevolezza* » (p. 42).

[54] Francesca TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'Amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2004, a. XII, n. 4, pp. 661-689, osserva che « [*t*]*ra legislatore e interprete si svolge una relazione complessa, che le regole dell'ermeneutica giuridica non riescono a imbrigliare. Di solito l'interprete, se è fedele al metodo sistematico, pone un freno all'innovazione, leggendo le nuove*

che « [*i*] *«fatti» assumono rilievo, tra l'altro, nella dottrina della «natura del fatto» o «natura della cosa», attraverso il riferimento al sostrato materiale dele strutture e dei rapporti economico-sociali che il diritto positivo è chiamato a regolare* ».[55] Tale approccio è stato utilizzato nell'interpretazione dell'istituto del dialogo competitivo[56] e della fattispecie in esame, seppure con risultati opposti a

---

disposizioni alla luce di ciò che già esiste e che è stato condensato in concetti giuridici. Con questo, l'ordinamento tende a conservare la propria coerenza interna; la dogmatica giuridica ha un effetto conservativo (in senso positivo, di riconduzione ad unità), quando non diventi lo schermo per un'opposizione al cambiamento » (pp. 676-677).

[55] Baldassare PASTORE, *Costruzioni e ricostruzioni. I fatti nel ragionamento giuridico*, in *Ars interpretandi*, 2013, a. VII, n. 1, pp. 73-81, cit. p. 74, aggiunge che il sostrato materiale vale « *come elemento sussidiarioo in funzione interpretativa, integrativa e di orientamento legislativo* » (ivi cit.).

[56] Le presenti avvertenze critiche fanno tornare alla memoria l'avvertenza avanzata, nella versione anteriore del codice, in proposito di dialogo competitivo, da Gian Domenico COMPORTI, *Articolo 58, Dialogo competitivo*, in Giangiacomo RUGGERI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici: commento al D.lvo 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 559-595, spec. § 1, *Il nuovo diritto dei contratti pubblici e lo "stile delle cose"*, sottolinea che « [*q*]*uando la dottrina a cavallo tra otto e novecento giungerà ad edificare la dogmatica della scienza pubblicistica nazionale, sottili elaborazioni concettuali prenderanno il posto di analisi dell'esperienza comune e lo "stile di parole" prevarrà sullo "stile di cose"* » (p. 562) e soggiunge che « [*è*] *stato merito del diritto comunitario avere fatto nuovamente riferimento alla "natura delle cose" allo scopo di infrangere barriere concettuali e pratiche discriminatorie che limitavano la liberalizzazione di un settore* » (p. 564).

quelli esposti di seguito (con l'effetto di escludere la deducibilità di attività economiche nel contratto).[57]
Secondo l'opposto approccio, nell'interpretazione dei concetti giuridici in ambito europeo, come avvenne per la nozione di "concessione", occorre avvertire anzitutto la « *preoccupazione del legislatore comunitario di utilizzare pragmaticamente una locuzione valida per tutti gli ordinamenti* ».[58] In linea generale, a seguito del nuovo codice dei contratti pubblici, è stato osservato che « [*l*]*e direttive sono una sintesi di terminologie e regimi giuridici nazionali differenziati. Ne risultano istituti ibridi, che subiscono un'ulteriore ibridazione quando si innestano nei preesistenti tessuti nazionali* »,[59] come, ad esempio, in tema di c.d. "risoluzione del contratto", ai sensi dell'art. 176 (in tema di concessioni) e dell'art. 108, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 50/2016.
Di conseguenza, il Legislatore italiano avrebbe preferito "mantenere la lingua originale", in modo tale da realizzare, attraverso una lingua comune, un "comune linguaggio

---

[57] Gerolamo TACCOGNA, *I partenariato pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, in *Federalismi*, 2015, n. 18, pubblicato *on line* sul sito www.federalismi.it in data 30 settembre 2015, osserva che « [*i*]*l diritto europeo non è infatti vincolato all'uso di siffatte categorie, tanto care ad una parte della dottrina amministrativistica italiana, quanto piuttosto alla "natura delle cose" quale elemento sul quale fondare l'armonizzazione normativa* » (p. 26).
[58] Fabrizio FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, *Annali*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2007, *ad vocem*, pp. 250-277, cit. pp. 267-268, usa una « *certa circospezione nell'esaltazione del dato letterale* » contenuto nella disciplina comunitaria dei contratti pubblici (p. 267).
[59] Rosanna DE NICTOLIS, *La semplificazione che verrà*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2016, a. XXVI, n. 5-6, pp. 1107-1143, § 5.2, *"Lingua comune"*, cit. p. 1115.

giuridico",[60] come avvertito dal Consiglio di Stato in sede consultiva.[61]

Tutto ciò, invero, avveniva con l'eccezione proprio dell'istituto in esame che il nuovo codice definisce come "accordo" (e, per la dottrina, come accordo di programma), ai sensi dell'art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016, nonostante le direttive lo qualifichino come "contratto".

Come noto, nel caso di specie il Legislatore europeo non ha introdotto un nome nuovo, come fece per l'organismo di diritto pubblico, ma ha voluto battezzare nell'*acquis commaunitaire* l'istituto, tutto nazionale, delle convenzioni tra pubbliche Amministrazioni, neutralizzando il suo

---

[60] Rosanna DE NICTOLIS, *La semplificazione che verrà*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2016, a. XXVI, n. 5-6, pp. 1107-1143, § 5.2, *"Lingua comune"*, cit. p. 1115.

[61] Cfr. Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere consultivo del 21 marzo 2016, rilasciato in data 1 aprile 2016, n. 855, avente ad oggetto "*Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Ufficio legislativo. Schema di decreto legislativo recante "Codice degi appalti pubblici e dei contratti di concessione", ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11*", *sub* § 11.e).11, ritiene che « [*n*]*on sempre le disposizioni del codice adoperano una terminologia di immediata comprensione, ma si tratta spesso dell'inevitabile tributo al recepimento puntuale delle direttive, a loro volta formulate con una tecnica linguistica tarata sull'esigenza di costruire istituti che coniugano e mediano tra le diverse tradizioni giuridiche dei Paesi membri. Sotto tale profilo, il Consiglio di Stato, pur consapevole della non familiarità del linguaggio delle direttive, condivide la scelta, operata dal codice, di riprodurre fedelmente tale linguaggio. I vantaggi di tale tecnica sono, da un lato, la riduzione del rischio di una trasposizione infedele delle direttive e dei conseguenti contrasti esegetici (favorendo altresì il formarsi di una interpretazione uniforme a cura dei giudici nazionali e del giudice comunitario), dall'altro il rafforzamento del processo di integrazione europea* » (p. 28 del parere *on line*).

contenuto pubblicistico in considerazione degli effetti prodotti sul mercato aperto.
Di conseguenza, la necessità di mettere ordine tra i concetti prima di assimilarli in maniera assiomatica al regime pubblicistico del contratto ad oggetto pubblico ha suggerito di coniare la locuzione "contratto di cooperazione", che è stata utilizzata dalla dottrina italiana[62] e straniera[63] in modo spurio e non definito.
Per arrivare ad una definizione compiuta del campo di applicazione del contratto di cooperazione, occorre fare un passo indietro, partendo dalle caratteristiche formali della convenzione pubblicistica che la Corte di Giustizia ha preso in considerazione in quanto "accordo inter-amministrativo".[64]
Al riguardo, occorre rammentare che, prima del consolidamento della giurisprudenza della Corte di Giustizia, non v'era dubbio alcuno (*i*) sulla natura pubblicistica degli accordi inter-amministrativi che potevano essere tenuti esenti dall'obbligo di gara e (*ii*) sul

---

[62] Bruno DI GIACOMO RUSSO, *I contratti di cooperazione tra enti pubblici e la tutela della concorrenza*, in *Appalti e Contratti*, 2013, a. VIII, n. 1-2, pp. 54-60.
[63] Cfr. Rozen NOGUELLOU, *Scope and Coverage of the EU Procurement Directives*, in Martin TRYBUS, Roberto CARANTA, Gunilla EDESTAM (a cura di), *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Bruylant, Bruxelles, 2015, cap. 1, pp. 15-36, « [*t*]*he ECJ set a framework of "cooperation contracts"* » (p. 23). Cfr. nell'ambito del diritto antitrust: Boris F. BLUMBERG, *Cooperation Contracts between Embedded Firms*, in *Organization Studies*, 2001, a. XXII, n. 5, pp. 825-852.
[64] C.G.C.E., Sez. II, 13 gennaio 2005, C-84/03, *Commissione delle Comunità europee v Spagna*, ECLI:EU:C:2005:14, usa l'espressione « *accordi interamministrativi rientranti nella direttiva 93/37* » (punto 39).

fatto che tale esenzione fosse circoscritta solo agli accordi inter-amministrativi di natura pubblicistica.
Invero, nella legislazione europea manca quella uniformazione del significato di accordo inter-amministrativo, che invece si realizzò per la concessione di servizi, dato che esistono quattro tipi di esenzione di accordo tra enti pubblici nel diritto europeo.
Di conseguenza, a prima vista si intravede un istituto non chiaro,[65] prismatico[66] e ibrido,[67] senza un'etichetta

---

[65] Giuliano AMATO, *Ricordi in tema di chiarezza della legislazione*, in Roberto ZACCARIA (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, Camera dei Deputati, Roma, 2012, pp. 21-27, rammenta che « [*i*]*l legislatore non chiaro è il legislatore che vuole nascondere un difficile compromesso che ha raggiunto tra le varie parti politiche e questo compromesso può esprimersi solo con nozioni che si prestano a più letture* » (p. 24).

[66] Luisa TORCHIA, *La scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 2001, a. LI, n. 4, pp. 1105-1132, osserva che « [*s*]*ul piano della riflessione scientifica, l'abbandono del formalismo e l'affermazione del realismo in una parte consistente e significativa degli studi richiede nuove concettualizzazioni. A queste si pone mano non abbandonando e sostituendo le vecchie categorie, ma piuttosto scomponendole, rendendole, da monolitiche che erano, prismatiche* » (p. 1112), ricorda l'importanza della differenza tra « *diritto oggetto di un processo di produzione – il diritto positivo – e diritto come oggetto di conoscenza* » (p. 1106) e considera che « *la stessa storicità quale attributo dell'esperienza giuridica viene utilizzata non tanto come base dello sforzo di conoscenza quanto come correttivo, serve a illuminare criticamente i concetti, non a fondarli* » (p. 1115). Cfr. De nova in nt. 71.

[67] Luisa TORCHIA, *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 1997, a. VII, n. 5, pp. 845-858, cit. p. 858: « [*i*]*n Europa si comincia a parlare un nuovo linguaggio giuridico, che, come la* koinè *ellenistica, è composto della versione semplificata di alcuni dialetti locali, arricchita da nuovi termini e nuove parole.*

normativa precostituita,[68] che preannuncia l'avvio della c.d. "girandola di qualificazioni",[69] già nota in tema di accordi amministrativi di diritto interno.

La conseguenza di tale approccio scettico si rinviene nella tendenza a ritrovare nel diritto dei contratti pubblici la cesura tra diritto pubblico e diritto privato: da una parte chi sostiene che « *una configurazione del contratto in termini pubblicistici o privatistici è operazione illusoria e anacronistica* »[70] e, dall'altra parte, chi ritiene che « *vi è ancora una certa resistenza degli ordinamenti nazionali a considerare superati i confini tra diritto pubblico e diritto privato* ».[71]

Un simile approccio, seppure dogmaticamente fondato, non è fecondo, dato che spinge a supporre il regime dell'istituto

---

[...] *Questo nuovo linguaggio giuridico è, per definizione, come sempre capita per gli ibridi, impuro e ancora in via di evoluzione* ». Cfr. Aldo SANDULLI, *La scienza del diritto pubblico e l'integrazione europea*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2005, a. XV, n. 3-4, pp. 859-898, spec. § 3.3, *Le ibridazioni nello spazio giuridico europeo*, pp. 880-881.

[68] Mancando un modello di riferimento specifico nella legislazione europea, il nuovo modulo convenzionale non è tale e quale comparabile o riconducibile al genere dell'accordo tra pubbliche Amministrazioni, prefigurato *sic et simpliciter* dalla legge generale sul procedimento amministrativo, « *per lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune* », ai sensi dell'art. 15, comma 1, L. n. 241/1990.

[69] L'espressione risale a Carlo MARZUOLI, *Principio di legalità ed attività di diritto privato della Pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1982.

[70] Hilde CAROLI CASAVOLA, *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 2012, cit. p. 219.

[71] Marco D'ALBERTI, *Recensione a* Hilde Caroli Casavola, *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 2012, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 2014, a. LXIV, n. 1, pp. 220-223, cit. p. 222.

dagli effetti e dai contenuti del rapporto che si instaura con il contratto di cooperazione, sebbene questi non siano definiti dal Legislatore europeo.
Del resto, la libertà di contenuto in cui può esplicarsi la cooperazione nei servizi pubblici sembra essere rispondente alla libertà di cooperazione e di auto-organizzazione, sancita all'art. 2, par. 1, secondo periodo, dir. 2014/23/UE, consolidata anche dai considerando tanto nelle concessioni, quanto negli appalti,[72] a mente del quale le "autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni". Dunque, per quanto funzionalizzato all'interesse pubblico, sembra ammissibile il ricorso alla cooperazione per svolgere attività di diritto privato dal contenuto atipico.[73]

---

[72] Cfr. considerando (45), penultimo periodo, dir. 2014/23/UE, considerando (31), secondo capoverso, ultimo periodo, dir. 2014/24/UE, affermano che « *l'applicazione delle norme stabilite nella presente direttiva non dovrebbe interferire con la libertà delle autorità pubbliche di svolgere i compiti di servizio pubblico affidati loro utilizzando le loro stesse risorse, compresa la possibilità di cooperare con altre autorità pubbliche* ».

[73] Marco DUGATO, *L'oggetto dell'accordo amministrativo e i vincoli per le parti nella sua definizione*, in Stefano CIVITARESE MATTEUCCI, Lorenzo DEL FEDERICO (a cura di), *Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso. Strumenti e tecniche di tutela dell'amministrato e del contribuente*, FrancoAngeli, Milano, 2010, Cap. V, pp. 73-88, osserva che « [*p*]*er quel che riguarda l'attività di diritto privato dell'amministrazione, è invece convinzione dei più che il canone della tipicità non trovi applicazione, non essendovi l'esigenza di garantire il privato dall'esercizio del potere unilaterale e trovando il principio di legalità altro modo d'espressione* » (pp. 73-74). Massimo Severo GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1967,

Di conseguenza, deve essere scartata l'interpretazione dell'esenzione della cooperazione contrattuale che muove dall'uso normativo del concetto di accordo amministrativo nell'ordinamento interno, non essendo compatibile con la ricostruzione del sistema europeo dei contratti pubblici.
Occorre, pertanto, partire dall'ipotesi interpretativa secondo cui tale tipo di contratto ha determinato una omogeneizzazione sui fatti interessati dalla spendita di potere pubblico e dall'esercizio della capacità negoziale, dato che l'istituto sembra idoneo ad incidere sul mercato aperto, come previsto dalla lett. c) dell'art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016.
In altri termini, il contratto di cooperazione, come congegnato a livello europeo, non sembra realizzare una armonizzazione delle misure nazionali relative agli accordi tra pubbliche Amministrazioni, né un'armonizzazione del significato giuridico di accordo amministrativo nel diritto europeo, bensì tende a dare armonizzazione alle condizioni necessarie per l'esenzione dalle direttive europee di un accordo amministrativo che può incidere sugli scambi tra gli Stati membri e così sulla realizzazione del mercato interno.
Detto più chiaramente, il contratto di cooperazione di matrice europea non interferisce con e non si sovrappone direttamente all'accordo di collaborazione di matrice nazionale, ma si configura un rapporto da *species* a *genus*, tale per cui l'accordo di collaborazione riguarda l'esercizio di attività amministrativa degli enti pubblici, mentre il

---

vol. III, tomo II, *L'attività amministrativa*, § 123, *Interessi pubblici, legalità, diritti fondamentali in rapporto all'attività di diritto privato*, pp. 9-13, sostiene che « [*p*]*rincipio di legalità, di articolazione, riserva di legge, e consimili altri istituti non hanno rapporto con l'attività di diritto privato delle amministrazioni pubbliche* » (p. 11).

contratto di cooperazione è la convenzione pubblicistica con cui gli enti pubblici esercitano la propria capacità di diritto privato per l'approvvigiamento di beni e servizi attraverso il ricorso di altri soggetti nell'ambito del settore pubblico.

Al contrario, parte della dottrina ha ritenuto che la fattispecie dell'accordo di collaborazione debba essere integrato nel modello europeo del contratto di cooperazione *sic et simpliciter*, nonostante la prima disposizione abbia valenza generale, mentre la seconda sia rilevante nel solo ambito del diritto dei contratti pubblici.[74]

Ciò detto, sembra opportuno approfondire il rapporto giuridico che intercorre tra le due norme, il che richiederà una minuziosa digressione.

L'obiettivo della seguente analisi è verificare se il contratto di cooperazione si può attagliare come *passe-partout* per accedere alle prassi applicative diffuse negli Stati membri, nella consapevolezza di potere riconoscere a tale nuova disposizione europea la valenza di norma di chiusura,[75]

---

[74] Fabrizio FRACCHIA, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2015, a. XXV, n. 6, pp. 1529-1551, § 7, *La forza centripeta di alcuni istituti contrattuali*, prende in considerazione gli accordi inter-amministrativi esclusi dalle direttive europee del 2014 per sottolineare che « [*n*]*egli altri casi, invece, gli enti pubblici debbono muoversi secondo una logica concorrenziale e la l. 241/1990 andrà integrata con la disciplina di matrice comunitaria* », dato che « *queste relazioni intersoggettive sono viste come operazioni contrattuali, svalutandosi il profilo istituzionale e organizzativo* » (p. 1548). Ad avviso dell'Autore, questo fenomeno realizza la « *penetrazione, all'interno della logica del contratto, di istituti tipici della disciplina pubblicistica* » (ivi cit.). Per la critica di tali affermazioni si veda il paragrafo 7 del presente capitolo I.

[75] Pasquale CERBO, *Moduli convenzionali nell'organizzazione amministrativa*, in Erminio FERRARI (a cura di), *I contratti della*

idonea a trovare applicazione sia nel campo dell'organizzazione pubblica, sia nel campo dell'attività amministrativa di tipo privatistico, con esclusione dell'attività d'impresa (non essendo applicabile tale esenzione alle imprese pubbliche).

Non per nulla, a livello comparato, è stato coniato il termine di "*public-public contract*",[76] poi ripreso dal Regno Unito nel recepimento del presente istituto,[77] per

---

pubblica amministrazione in Europa, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 267-296, osserva che « *negli accordi fra amministrazioni si sovrappongono la necessità di coordinare l'organizzazione* [...] *e quella di far fronte a compiti nuovi ed eterogenei ai quali le «ordinarie» strutture organizzative dell'amministrazione non sarebbero in grado di provvedere: come si comprende, gli accordi fra amministrazioni tendono dunque a comporre la complessità organizzativa e funzionale e in tal senso rappresentano uno strumento di chiusura del sistema laddove non siano sufficienti gli altri meccanismi di coordinamento* » (pp. 284-285).

[76] Jean-Bernard AUBY, *Comparative Approaches to the Rise of Contract in the Public Sphere*, in *Public Law*, 2007, a. XXII, n. 1, pp. 40-57, osserva che « [*i*]*n all our systems, there is a visible growth of what German administrative law calls "coordination public contracts"* », nel cui ambito si annoverano gli accordi amministrativi di diverso tipo, ossia per « *co-ordinating public policies and public services in local government* » e per « *supervise the efforts made in terms of management improvement by various entities* » e per « *management objectives accepted by the latter as a counterpart to investment made by the government in their activity* » (p. 42).

[77] United Kingdom, Cabinet Office-Crown Commercial Service, *Guidance on "Public/Public" Contracts*, 26 agosto 2015, pubblicato *on line* al seguente link: https://www.gov.uk/government/publications/public-procurement-regulations-public-to-public-procurement-guidance. Cfr. Paul HENTY, *Implementation of the EU Public Procurement Directives in the UK: The Public Contracts Regulations 2015*, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 3, pp. NA74-NA80 e Albert SANCHEZ GRAELLS,

descrivere quella varietà di situazioni in cui le pubbliche Amministrazioni cooperano *tout court*, senza la necessità di derivare il regime, gli effetti e il contenuto dalla spendita di pubblici poteri e dall'esercizio della capacità negoziale.
E istituti analoghi sono sparsi nelle varie legislazioni degli Stati membri, tanto è vero che la giurisprudenza europea si era espressa proprio su fattispecie di accordi inter-amministrativi radicati nel diritto domestico.
A tal stregua, può essere utile esaminare qual è l'atteggiamento dell'ordinamento italiano dinanzi all'accordo tra pubbliche Amministrazioni, avendo avuto senz'altro un ruolo cruciale nel recepimento dell'istituto, dichiarato da Mantini, come sopra menzionato.
Nel diritto nazionale, l'accordo tra pubbliche Amministrazioni è disciplinato, come noto, anzitutto all'art. 15, L. n. 241/1990,[78] « *la cui ammissibilità non appariva problematica* »,[79] con il quale, secondo il parere

---

Pedro TELLES, *Commentary to the Public Contracts Regulations 2015*, 2016, pubblicato *on line* sul sito www.pcr2015.uk.

[78] L'art. 15, L. n. 241/1990, intitolato "accordi fra pubbiche amministrazioni", recita, al comma 1, "anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplina lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune".

[79] Giuseppe PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in Leopoldo MAZZAROLLI, Giuseppe PERICU, Alberto ROMANO, Fabio A. ROVERSI MONACO, Franco Gaetano SCOCA, *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 1993, Sez. I, *Le ipotesi ricostruttive*, pp. 1555-1587, riedito nella quarta edizione del 2005 alle pp. 283-328, cit. p. 289, nt. 9. *Idem*, Guido GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003 evidenzia che « *della negoziabilità del potere pubblico, in sede di accordi tra Amministrazioni, non si è pressoché mai dubitato.* [...] *la parità di posizione dei contraenti e l'assenza di*

del Consiglio di Stato, 17 febbraio 1987, n. 7, « [*a*]*ttraverso tali accordi (nella prassi denominati «accordi di programma») ciascuna amministrazione autolimita, perciò, la propria discrezionalità in vista di ottenere che la sua competenza si sviluppi in armonia con quelle parallele* ».[80] Non è questa la sede per esaminare *funditus* tale modulo procedimentale,[81] ma resta il fatto che

---

contaminazioni derivanti dalla partecipazione dei privati convincevano in tal senso » (p. 174).

[80] Cons. Stato, Ad. Gen., 17 febbraio 1987, n. 7, parere sul disegno di legge c.d. Nigro in materia di procedimento amministrativo, in Francesco CARINGELLA, Mariano PROTTO (a cura di), *Il nuovo procedimento amministrativo. Commento organico alla Legge 18 Giugno 2009, n. 69, di modifica della L. n. 241/1990*, Dike Giuridica, Roma, 2009, pp. 345-368, spec. pp. 359-360, punto 22. Il testo prosegue con il seguente tenore: « [*s*]*embra che questi accordi siano destinati a fissare le metodologie che le singole amministrazioni si impegnano a seguire nello svolgimento dei procedimenti di rispettiva competenza, i criteri di decisione alle quali ciascuna di esse si atterrà, i tempi che verranno osservati, le attrezzature che saranno utilizzate, ecc.* ».

[81] Rosario FERRARA, *Gli accordi fra le Amministrazioni pubbliche*, in Maria Alessandra SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 673-694; Annalisa GHIRIBELLI, *Gli accordi tra pubbliche amministrazioni: disciplina normativa e pronunce giurisprudenziali*, in *Nuova Rass. Legisl. Dott. e Giurisp.*, 2009, a. LXXXIII, n. 19-20, pp. 2204-2207; Barbara Lilla BOSCHETTI, *Gli accordi organizzativi nell'equilibrio del sistema giuridico tra unità e differenziazione*, in *Amministrare*, 2008, a. XXXVIII, n. 1-2, pp. 41-66; Francesca CANGELLI, *Gli strumenti consensuali dell'azione pubblica: accordi tra amministrazioni e accordi con i privati nel mutato quadro dogmatico introdotto dalla L. n. 15/2005*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2007, a. I, n. 1, pp. 247-288; Nicola BASSI, *Accordi amministrativi*, in Sabino CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, vol. I, pp. 81-93; Stefano CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in Vincenzo

la figura dell'accordo di collaborazione come accordo organizzativo è caratterizzato da « *un'inversione del rapporto tra azione e organizzazione pubblica, in modo che sia l'ultima ad essere subordinata alla prima e non, come fino ad ora è avvenuto, l'inverso* »,[82] con la conseguenza che « *anche se la norma è inclusa nel campo dedicato alla semplificazione dell'azione amministrativa essa ha una portata più generale che trascende l'ambito del procedimento perché individua un vero e proprio modello organizzativo* »,[83] tanto che nello schema di disegno di legge adottato dalla Commissione Nigro, 7 settembre 1984, veniva definito come "accordo di natura organizzativa", *sub* art. 6, comma 3 del titolo IV, della proposta di articolato.[84]

CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Jovene, Napoli, 2006, pp. 98-122; Domenico IELO, *Art. 15. Accordi fra pubbliche amministrazioni*, in Maria Alessandra SANDULLI (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 488-545; Guido GRECO, sub *art. 15*, Vittorio ITALIA, Mario BASSANI (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti (Legge 7 agosto 1990, n. 241)*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 282-287.

[82] Alessandra PIOGGIA, *Gli accordi di programma*, in Bruno CAVALLO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 159-177, cit. p. 160.

[83] Guido CORSO, Francesco TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Maggioli, Rimini, 1991, Cap. IV, *La semplificazione del procedimento*, § 3, *Accordi fra amministrazioni pubbliche*, pp. 109-113, cit. p. 109.

[84] Lo schema di disegno di legge adottato dalla Commissione Nigro è pubblicato in Guido CORSO, Francesco TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Maggioli, Rimini, 1991, pp. 165-173, cit. p. 172.

D'altra parte, nell'istituto di matrice europea ricorrono termini come "contratto" (non "accordo"), "cooperazione", "amministrazione aggiudicatrice", "servizio pubblico", "interesse pubblico", "mercato aperto", che richiedono di essere ricomposti[85] sotto un concetto-ombrello.
Al riguardo, è noto che nell'ordinamento italiano è invalso l'uso del concetto di "modulo convenzionale" per descrivere le relazioni tra pubbliche Amministrazioni nell'ambito del procedimento amministrativo svolto ai fini del coordinamento dei poteri pubblici, con l'intento di abbracciare l'art. 15 L. n. 241/1990 insieme alle altre figure di accordo inter-amministrativo sparse nella legislazione italiana.[86]
Per definire, dunque, i rapporti tra la fattispecie europea di contratto di cooperazione e l'ambito dell'accordo tra enti

---

[85] Luisa TORCHIA, *La scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 2001, a. LI, n. 4, pp. 1105-1132, distingue tre fasi della scienza giuridica: « *la fase di scomposizione, la fase di ricognizione e la fase di revisione* » (p. 1108), obietta che « [*l*]*a scomposizione, peraltro, è tale che una volta compiuta non consente più la ricomposizione, perché non si basa sulla individuazione di elementi o attributi elementari che possono poi essere nuovamente assemblati, ma, piuttosto, sulla varianza fenomenologica e positiva delle nozioni e degli istituti* » (pp. 1114-1115).

[86] Mario NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966, rileva che « *la regola di organizzazione che ha per scopo immediato la tutela dell'interesse dell'amministrazione non incide nella sfera di libertà e di proprietà dei cittadini, né, più in generale, disciplina rapporti tra soggetti diversi,* [...] *dunque, non è norma giuridica,* [...] *l'organizzazione delle autorità amministrative è così sostanzialmente ritenuta materia di amministrazione* » (p. 19). Giorgio BERTI, *La pubblica Amministrazione come organizzazione*, Cedam, Padova, 1968, rileva che "*il contenuto dell'organizzazione è la coordinazione dei poteri*" (p. 87).

pubblici di diritto interno, potrebbe sembrare intuitivo riferirsi, a fini esplicativi, ad una terminologia neutra, come suggerito dalla locuzione di "modulo convenzionale", invece di accordo, oltre che alla nozione di "ente pubblico",[87] invece di pubblica Amministrazione e alla nozione di "attività negoziata",[88] invece di attività negoziale.

---

[87] La locuzione di "ente pubblico" è neutra nella misura in cui si contrappone, sul piano descrittivo, ad "ente privato"; in realtà, la nozione di ente pubblico non è semplice, anzi è controversa sul piano normativo; le ragioni sono molte: la mancanza di una definizione legale di ente pubblico, l'irrilevanza della qualificazione legale ai fini dell'individuazione della qualità di ente pubblico, l'irrilevanza della creazione dell'ente per via legale ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile, l'estensione della disciplina pubblicistica ad enti e soggetti privati; sebbene la giurisprudenza non smentisca l'idea tradizionale che un ente pubblico può essere istituito solo per legge, cionondimeno non è ammissibile desumere *a contrario* l'assioma secondo cui l'ente istituito per legge deve necessariamente avere natura pubblicistica, essendo stato necessario il ricorso alla legge per la sua istituzione (l'esposizione del percorso giurisprudenziale e concettuale si trova in Salvatore CIMINI, *L'attualità della nozione di ente pubblico*, in *Federalismi*, 2015, n. 24, pubblicato *on line* sul sito www.federalismi.it in data 23 dicembre 2015). In letteratura: Vittorio OTTAVIANO, *Ente pubblico*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1965, vol. XIV, p. 963 e ss., Giulio NAPOLITANO, *Enti pubblici*, in *Diz. Dir. Pubb.*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 2230 e ss.; Francesco GOISIS, *Ente pubblico*, in *Enc. Dir.*, *Annali*, Giuffrè, Milano, 2014, vol. VII, p. 411-429.

[88] L'espressione "attività negoziata" non è frequente nel lessico del diritto amministrativo; nella presente indagine è utile ad indicare la fase della negoziazione anteriore alla stipulazione di un modulo convenzionale. In questa fase l'ente pubblico procede alla "scelta del contraente", che tipicamente richiede il rispetto di procedure comparative se il modulo convenzionale tra enti pubblici si atteggia come contratto pubblico. In questo momento dell'indagine, conta

In particolare, la locuzione "modulo convenzionale", coniata da Giannini, viene definita come « *atecnica e volutamente generica* »,[89] dato che il termine « *proviene dalla scienza dell'amministrazione* ».[90]
Tale nozione, in realtà, risente non solo delle teorie della scienza dell'amministrazione, ma anche della dogmatica

---

individuare il contenuto della fase, prima della sua disciplina. Spunti di riflessione si ricavano da Rosario FERRARA, *Moduli e strumenti dell'amministrazione convenzionale e concertata nel governo locale*, in *Dir. Amm.*, 1994, a. II, n. 3, pp. 373-389; Rosario FERRARA, *La programmazione « negoziata » fra pubblico e privato*, in *Dir. Amm.*, 1999, a. VII, n. 3-4, pp. 429-472; Pasquale D'ANGIOLILLO, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009; Gianluca Maria ESPOSITO, *Amministrazione per accordi e programmazione negoziata*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.

[89] Massimo Severo GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna, 1986, cit. p. 125. L'espressione è stata introdotta da Massimo Severo GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1967, vol. III, tomo II, *L'attività amministrativa*, Cap. III, *I contratti ad oggetto pubblico*, § 141, *Dal contratto di diritto pubblico al contratto ad oggetto pubblico*, cit. pp. 98-99, nonché in Idem, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, parte III, *L'attività amministrativa*, sez. III, *L'attività amministrativa di diritto privato*, cap. IV, *I contratti ad oggetto pubblico*, § 219, *Moduli convenzionali dell'attività amministrativa*, p. 737. Cfr. Marco D'ALBERTI, *Configurazioni del diritto amministrativo in Massimo Severo Giannini*, in Sabino CASSESE, Gaetano CARCATERRA, Marco D'ALBERTI, Andrea BIXIO (a cura di), *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Il Mulino, Bologna, 1994, pp. 51-78.

[90] Massimo Severo GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1988 (2° ed., 1970), vol. II, p. 856. Non v'è invece traccia della questione nelle *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1981, né nella seconda edizione aggiornata del 2000.

giuridica che connota il contenuto, il regime e gli effetti degli accordi inter-amministrativi e, dunque, è senz'altro condizionata dalla storicità delle istituzioni giuridiche.[91]
A questo riguardo la dottrina ha fornito una descrizione formale di 'modulo convenzionale' che si attaglia ad ogni uso, a prescindere dal contenuto, facendo leva sulla presenza dello scambio del consenso.[92] In realtà, Giannini ha inteso usare il concetto per riferire che « *la maggior parte dei moduli convenzionali nel nostro diritto positivo*

---

[91] In generale, è sempre attuale (senza tema di contraddizione con la storicità delle istituzioni) la lezione di Paolo GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007 (3° ed., 2001). Nel diritto pubblico, Massimo Severo GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna, 1986, spec. p. 25: « *le istituzioni giuridiche sono contrassegnate da assoluta storicità* »; non occorre ricercare una « *validità generale e universale* » dei concetti giuridici, per cui « [*l*]*'ordine concettuale da impiegare è diverso: gli ordinamenti giuridici, di ogni specie e sorta, si contraddistinguono sempre per avere un'organizzazione propria* ». Cfr. Massimo Severo GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi Sassaresi*, 1940, a. XVIII, ripubblicato in *Quad. Fior.*, 1973, a. II, p. 179 ss.

[92] Alberto MASSERA, *I contratti*, in Sabino CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004, Cap. VII, pp. 285-334, spec. § 1, *Moduli convenzionali e azione amministrativa: contratti e accordi*, sottolinea che « [*i*]*n linea generale, si parla di modulo convenzionale dell'azione amministrativa ogni qual volta una decisione di una pubblica amministrazione è l'esito di uno scambio di consensi dell'amministrazione stessa con un soggetto privato o con altra amministrazione, sulla base di una documento formalmente sottoscritto da entrambe le parti del rapporto così costituito e con un contenuto predeterminato e vincolante di diritti e obblighi reciprocamente collegati* » (p. 285).

non dà luogo a figure contrattuali; dà luogo invece a rapporti procedimentali od organizzatori ».[93]
Volendo fare un parallelismo, si potrebbe affermare che il modulo convenzionale di esercizio del potere pubblico sta al procedimento amministrativo nello stesso modo in cui il modulo unilaterale di esercizio del potere amministrativo sta al provvedimento amministrativo.
Dunque, la categoria di "modulo convenzionale" riveste ancora attualità nel campo del diritto amministrativo, seppur conformato dal diritto europeo,[94] offrendo uno strumento per trascendere i singoli concetti giuridici contenuti nell'esenzione in esame, e per riunire diversi frammenti di norme,[95] ciascuno dei quali non sarebbe

---

[93] Massimo Severo GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950, Cap. III, *I contratti ad oggetto pubblico*, § 141, *Dal contratto di diritto pubblico al contratto ad oggetto pubblico*, cit. p. 99.
[94] Cfr. Sara VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Giuffrè, Milano, 2008, Cap. IV, *La frammentazione della fattispecie*, § IV.2, *Principali fenomeni di interazione tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, pp. 290-296, e Giulio VESPERINI, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Giuffrè, Milano, 2011.
[95] La nozione di frammento di norma è di natura giuridica, risale a Kelsen e Ross, ed è stata criticata in sede teorica. Ai presenti fini, vale a spiegare il nuovo istituto come il risultato della costruzione di molteplici norme, ciascuna delle quali non sarebbe capace di disciplinare il fenomeno cooperativo. In particolare, Gaetano CALCATERRA, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2012, Cap. V, *La costitutività delle norme e i suoi effetti giuridici*, § 2, *La concezione imperativistica delle norme*, evidenzia il carattere non imperativo dei frammenti di norme nel senso che « *gli enunciati normativi che danno luogo a norme non obbligatorie hanno soltanto la funzione di specificare il significato della fattispecie di norme obbligatorie, per cui il loro*

capace di dare una disciplina compiuta al fenomeno cooperativo nell'ambito del settore pubblico.[96]
Tale approccio interpretativo, tuttavia, non è appagante.
Invero, la nozione dottrinale di modulo convenzionale non è affatto neutra, ma suppone che « *il modulo convenzionale (e segnatamente il contratto) è usato in alternativa al modulo dell'esercizio del potere come strumento di azione amministrativa* », quando l'oggetto della convenzione attiene ad attività funzionalizzata alla cura dell'interesse pubblico.[97] Del resto, la subalternità della nozione di modulo convenzionale a quella di provvedimento trova conferma nella constatazione che « *l'idea del contratto come strumento di amministrazione, al pari del provvedimento, purché inteso alla cura di interessi generali (*service public*), da noi non ha potuto attecchire; e per converso, l'area del provvedimento si è estesa via via a settori di azione in principio ascrivibili all'attività negoziale: nell'area dei rapporti concernenti l'uso di beni*

---

contenuto è semplicemente parte integrante di queste ultime » (p. 92).

[96] Cesare PINELLI, *Princìpi, regole, istituti*, in *Dir. Pubb.*, 2015, a. XXI, n. 1, pp. 35-62, rileva che « *gli istituti* [...] *strutturalmente riducibili a una o più regole; né possono confondersi coi princìpi, in quanto privi di sostrato valoriale* » (p. 55), osserva che « *gli istituti si correlano ai princìpi con modalità ben più complesse e con effetti più profondi e duraturi delle regole* » (p. 57) e ricorda che « *la dogmatica assume la più modesta funzione di stabilizzare il significato più conveniente alla soluzione del caso in vista dell'applicazione a casi futuri* » (p. 52).

[97] Vincenzo CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011, § 1.8 *Limiti di diritto pubblico all'attività di diritto privato*, cit. p. 22.

pubblici, della prestazione di forniture e servizi, nell'area dei rapporti di lavoro, e così via ».[98]

Stando così le cose, il nostro ordinamento ha conosciuto una fase di forte assiomatizzazione della nozione di accordo tra enti pubblici. Capostipite di tale assioma fu Giannini, secondo cui « [*d*]*iconsi accordi amministrativi gli atti che intervengono fra pubblici poteri per regolare rapporti amministrativi* » ed, in particolare, « [*l*]*'oggetto di questi accordi deve riguardare materia amministrativa, cioè rapporti di diritto amministrativo. Non sono pertanto accordi amministrativi, ma contratti privati, gli accordi che costituiscono modificano ed estinguono rapporti patrimoniali di diritto privato* ».[99] Parimenti, Falcon osservava che « [*p*]*erché si abbia convenzione* pubblicistica *tra enti pubblici occorrerà invece – come d'altronde tra amministrazione e privato – che* pubblico, *cioè soggetto a necessario regime pubblicistico, sia l'oggetto della convenzione: che esso, in altre parole, consista nella* disposizione *di pubblici poteri, o di beni, servizio, attività pubblicisticamente qualificati* »,[100] di conseguenza, « *il campo per così dire naturale di tali accordi è quello pubblicistico, implicante l'esercizio di*

---

[98] Vincenzo CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. Amm.*, 2003, a. XI, n. 2, pp. 217-276, cit. p. 221, aggiunge che « *il modulo convenzionale deve necessariamente seguire discipline differenziate rispetto a quelle operanti nell'ambito dei rapporti interprivati, intese ad assicurare che anche in tale ambito, i principi che reggono la funzione di amministrazione, vengano rispettati* » (ivi).

[99] Massimo Severo GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950, vol. I, § 185 *Accordi amministrativi*, cit. p. 348.

[100] Giandomenico FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Caratteri e ammissibilità*, Giuffrè, Milano, 1984, cit. p. 315, enfasi in originale.

potestà amministrative ».[101] In particolare, Cammeo aveva rilevato che il servizio pubblico non è commerciabile, dal momento che sarebbe -tale è la *ratio* espressa alle origini dell'assioma- offerto in regime di monopolio.[102]
Ed ancora, secondo Bruti Liberati, « *gli accordi tra amministrazioni non sottendono un'operazione economica in senso proprio dato che tutti i contraenti agiscono nel perseguimento di interessi pubblici e non di finalità di profitto* ».[103]

---

[101] Guido GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003, cit. p. 185.
[102] Federico CAMMEO, *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, in *Giur. It.*, 1903, a. LV, pp. 473-478, osserva che « *un pubblico servizio non è certamente un oggetto commerciabile; esso non è permutabile, la sua utilità non può essere esattattamente valutata in denaro; è un'utilità offerta da un ente pubblico in condizioni di monopolio* » (p. 476). Interessante l'ulteriore assioma di Guido ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in Vittorio Emanuele ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Società Editrice Libraria, Milano, 1935, vol. II, parte III, pp. 233-682, per il quale « *i servizi geriti da privati e da un ente pubblico in regime di libera concorrenza non sono mai servizi pubblici*. [...] *L'attività propria degli enti pubblici è un'attività, detta appunto pubblica, che i privati non possono esercitare. Cosicché perché il servizio sia pubblico, bisogna che divenga proprio di un ente pubblico in modo esclusivo: cioè in forma di monopolio* » (p. 292). Citato da Elisa SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Cedam, Padova, 2003, a p. 68.
[103] Eugenio BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, in *Enc. Dir.*, Agg. V, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 1-33, cit. p. 30; tale considerazione si poggiava sull'idea che « *le norme ora richiamate escludono la possibilità di una ricostruzione in termini privatistici degli accordi tra amministrazioni: sembra infatti non persuasivo sostenere l'ammissibilità a contratti privatistici di rapporti ai quali la disciplina civilistica si applica solo se ed in quanto risulti*

Dunque, il binomio accordo tra Amministrazioni pubbliche e regime pubblicistico presupponeva la spendita del potere pubblico, ma ciò non significa che ogni modulo convenzionale presuppone la spendita di potere pubblico, anzi era lo stesso Falcon a riconoscere che « *l'ipotesi del* contratto privatistico *tra enti pubblici non solo non presenta nessun carattere di eccezionalità, ma è in sé assolutamente ovvia* ».[104]
Al riguardo, Civitarese Matteucci ha ricondotto la figura dell'accordo al potere amministrativo e quella del contratto alla provvista di beni.[105]

---

compatibile con i principi pubblicistici sulla funzione amministrativa, e nell'ambito dei quali le amministrazioni operano mediante atti propriamente amministrativi, soggetti al relativo regime giuridico. [...] *Nel concludere un accordo o un contratto di programma le amministrazioni agiscono nell'esercizio dei loro poteri pubblicistici e non nell'esplicazione della loro capacità di diritto privato* » (*ibidem*).

[104] Giandomenico FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Caratteri e ammissibilità*, Giuffrè, Milano, 1984, cit. p. 163, enfasi in originale.

[105] Stefano CIVITARESE MATTEUCCI, *Dai contratti ad evidenza pubblica all'amministrazione pubblica dei contratti*, in Giandomenico FALCON, Barbara MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa: problemi e prospettive. Atti del Convegno di Trento, 7-8 giugno 2012*, Cedam, Padova, 2013, pp. 287-306, osserva che « [*s*]*e dunque si vuole continuare a tracciare una distinzione tra il "contrarre" e "l'accordarsi", non pare questa sia da fondare sull'ascrizione, rispettivamente delle figure contemplate nel codice dei contratti pubblici ai "contratti" e delle ipotesi di moduli convenzionali di altro genere agli "accordi", ma invece, appunto sul considerare se il modulo convenzionale sia finalizzato alla semplice provvista di mezzi materiali ovvero alla cura di interessi pubblici. In questo secondo caso, anche quando non si abbia in senso stretto una sostituzione di un singolo episodio provvedimentale (lo schema*

A tal stregua, secondo Massera, « *contratto e accordo sono il prodotto dell'esercizio di poteri diversi, connessi alla diversità della natura dell'oggetto o della prestazione cui fanno riferimento, che solo nel primo caso sono in via di principio possibili anche in rapporti interprivati* ».[106]
Detto in altri termini, secondo l'impostazione nostrana, un accordo inter-amministrativo, per essere soggetto al diritto pubblico, deve avere oggetto non disponibile alla comune circolazione giuridica, e dunque, è irrilevante di che tipo sia l'attività di servizio pubblico (se, come si vedrà, economica o meno, scindibile dal potere pubblico, accessoria al servizio di interesse economico generale).
Detto in altri termini, la dottrina italiana rinveniva nell'oggetto dell'accordo tra pubbliche Amministrazioni la

---

previsto dall'articolo 11.1 della legge 241/1990 quale esito della partecipazione procedimentale) in gioco vi è il "contenuto discrezionale" del potere amministrativo » (p. 298).

[106] Alberto MASSERA, *I contratti*, in Sabino CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004, Cap. VII, pp. 285-334, spec. § 1, *Moduli convenzionali e azione amministrativa: contratti e accordi*, cit. pp. 287-288, aggiunge la seguente ipotesi: « [s]*i pensi, invece, ad un accordo sull'utilizzo di un bene o sull'organizzazione di un servizio di interesse pubblico. Si tratta di oggetti sottratti, per la loro destinazione e almeno nella misura necessaria a garantire questa, alla libera circolazione e assoggettati ad un regime di funzionalizzazione, disposto dall'ordinamento, che compete al soggetto pubblico di amministrare: per il bene si tratterà, ad esempio, di garantirne la libera fruizione da parte della collettività; per il servizio pubblico, di garantirne le prestazioni ricomprese nella sfera del servizio universale. In tali casi, i poteri di autodeterminazione dell'amministrazione pubblica, tanto più rilevanti quanto più rilevanti sono gli aspetti economici e patrimoniali connessi al bene o al servizio, devono fare i conti con le regole di quel regime e, quindi, essere inquadrati in un contesto a matrice prevalentemente pubblicistica* » (*ibidem*).

spendita del potere pubblico, piuttosto che verificare se la medesima attività negoziale fosse esperibile mediante la capacità di diritto privato, associando così, sul piano dogmatico, la realizzazione di un'opera pubblica all'erogazione di un servizio pubblico.[107]

Viceversa, nell'ordinamento francese sembra avere un ruolo determinante la disciplina legale dell'attività sostanzialmente regolata dall'accordo inter-amministrativo, ai fini della individuazione della natura della negoziazione tra enti pubblici: infatti, « [*i*]*l discrimine fra ciò che può essere posto in essere da un privato o, comunque, dall'amministrazione in forma privata, non viene ricostruito dalla dottrina e dalla giurisprudenza in considerazione della presenza o meno di una funzione pubblica in senso stretto o, per dirlo in altri termini, della presenza dominante o meno del potere pubblico nell'esercizio dell'attività. È la tipologia di servizio pubblico a fare la differenza* ».[108]

Sulla scorta di tale eloquente dottrina, il Consiglio di Stato, nelle sentenze all'origine della questione di compatibilità dell'accordo di collaborazione *ex* art. art. 15, L. n.

---

[107] Vincenzo CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondi moduli negoziali*, in *Dir. Amm.*, 2003, a. XI, n. 2, pp. 217-276, ritiene che « [*l*]*'oggetto pubblico del contratto indica che esso concretizza amministrazione in senso sostanziale, come cura concreta di interessi collettivi (un'opera pubblica, un servizio pubblico)* » (p. 250).

[108] Alessandra PIOGGIA, *L'amministrazione pubblica in forma privata: un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il servizio pubblico in Italia?*, in *Dir. Amm.*, 2013, a. XXI, n. 3, pp. 481-507, cit. p. 487, nonché in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2013. Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica. Atti del Convegno Annuale. Milano, 27-28 settembre 2013*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 137-161.

241/1990 con il diritto europeo dei contratti pubblici, aveva ritenuto che « [*l*]*a dottrina interna aveva già intuito questa antiteticità tra accordi e contratti, avendo coniato con riguardo ai primi l'espressione contratti "ad oggetto pubblico", ponendone quindi in rilievo la differenza rispetto al contratto privatistico ex art. 1321 cod. civ., del quale contengono solo l'elemento strutturale dato all'accordo ai sensi del n. 1 della citata disposizione, senza che ad esso si accompagni tuttavia l'ulteriore elemento del carattere patrimoniale del rapporto che con esso si regola* ».[109]

Stando alle parole del Giudice Amministrativo, un accordo tra enti pubblici non sarebbe, per definizione, sussumibile nell'ambito del diritto dei contratti pubblici, non avendo contenuto patrimoniale e, quand'anche avesse oggetto patrimoniale, non sarebbe neppure qualificabile come "accordo" sottoposto a regime amministrativo, prima di essere compatibile in ipotesi con il diritto europeo. A rigore di logica, pertanto, non sarebbe stata neppure rilevante la questione pregiudiziale sollevata davanti alla Corte di Giustizia, ma sarebbe stato corretto qualificare l'atto controverso come nullo per impossibilità di dedurre in un accordo amministrativo un contenuto patrimoniale.

Analogo ordine di idee si ricava dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 9 marzo 2010,[110]

---

[109] Cons. Stato, Sez. V, 23 giugno 2014, n. 3130, caso *Università di Pavia II*; Cons. Stato, 15 luglio 2014, n. 3849, caso *Asl Lecce* e Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2010, n. 6548, caso *Università di Pavia I*.

[110] Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Segreteria Generale, Ufficio Bilancio e Ragioneria, a firma del Capo dell'Ufficio, adottata in data 9 marzo 2010, avente ad oggetto "cooperazione tra amministrazioni pubbliche (cooperazione pubblico-pubblico), ed in particolare gli accordi ex articolo 15 della

ove è previsto che « *la volontà delle amministrazioni non si configura come espressione della volontà contrattuale (*rectius*: negoziale) fondata sull'autonomia privata, ma come espressione della discrezionalità amministrativa volta alla tutela di interessi pubblici* ».

In realtà, il pensiero della dottrina ha visto « *abbandonare una visione assiomatica del sistema* »[111] con una lenta e progressiva evoluzione, tanto da potersi ritenere che l'oggetto pubblico dell'accordo amministrativo non suppone necessariamente il regime amministrativo del modulo convenzionale e l'esercizio di potere pubblico.

Un primo passo in avanti si trova in Greco il quale ha osservato che « *non sussiste alcun limite insormontabile per il legislatore, al quale non è certo precluso di configurare come contratti di diritto privato anche quelli relativi ad attività riservata all'Amministrazione e a beni tradizionalmente sottratti alla commerciabilità* ».[112] A

---

legge n°241 del 1990", conosciuta mediante accesso civico, non pubblicata *on line*.

[111] Francesca CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. Amm.*, 2000, a. VIII, n. 2, pp. 277-340, cit. p. 279.

[112] Guido GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003, cit. p. 161. Il ragionamento veniva così introdotto « [s]*i ripropone ancora una volta la distinzione tra contratti di diritto privato e accordi o contratti, in cui l'Amministrazione interviene nell'esercizio di potestà pubblicistiche. Per il che, ovviamente, non basta il* nomen juris *usato dal legislatore* [...], *né pare sufficiente far riferimento al criterio, più volte proposto in passato, del carattere, riservato o meno all'Amministrazione dell'attività oggetto di accordo. Quest'ultimo criterio – così come quello relativo all'"oggetto pubblico" – può avere funzione orientativa, ma non pare risolutivo. Perché se è pur vero che l'Amministrazione non detiene una totale (ma anzi molto circoscritta) libertà di scelta tra strumento*

questo proposito, Giannini, in una notazione spesso poco considerata, fa presente che « [*i*] *beni dei contratti ad oggetto pubblico non sono incommerciabili o indisponibili tra i privati, sono solo impossibili in contratti tra privati perché estranei alla sfera di disposizione che essi hanno* ».[113] E, infatti, Merusi sottolinea che, in epoca anteriore alla giurisdizione esclusiva in materia di accordi tra pubbliche amministrazioni, « *il vero motivo che nel nostro ordinamento tratteneva l'interprete dal qualificare contratti gli accordi fra Pubbliche Amministrazioni era determinato dalle caratteristiche del nostro riparto giurisdizionale fra giudice ordinario e giudice amministrativo* ».[114]

Dunque, « [*i*]*l fatto che le parti del contratto siano enti pubblici è, in siffatte vicende, giuridicamente neutro; detti contratti potrebbero essere conclusi, come in effetti lo sono, egualmente tra privati o tra l'ente pubblico e privati. L'obiezione che con tali contratti una o ambedue le parti*

---

pubblicistico e privatistico, è vero, d'altra parte, che non esiste alcun limite » (*ibidem*).

[113] Massimo Severo GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1967, vol. III, tomo II, *L'attività amministrativa*, Cap. III, *I contratti ad oggetto pubblico*, § 141, *Dal contratto di diritto pubblico al contratto ad oggetto pubblico*, cit. p. 103.

[114] Fabio MERUSI, *Procedimento di coordinamento infrastrutturale e procedimenti di collaborazione dopo le leggi sul procedimento amministrativo e sulla riforma delle autonomie locali*, in PLURES, *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Giuffrè, Milano, 1993, vol. II, pp. 1035-1054, cit. p. 1038, nonché, con il titolo *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 1993, a. I, n. 1, pp. 21-39, cit. p. 1046 e p. 31. L'Autore aggiunge che « [*i*]*l prezzo del riconoscimento dell'esistenza di contratti amministrativi, almeno di quelli di collaborazione infrastrutturale, era dunque l'attribuzione di una giurisdizione ordinaria, individuata per materia, al giudice amministrativo* » (p. 1047 e p. 32).

possono curare un interesse pubblico, non ha rilevanza perché all'interesse pubblico può – ed è pacifico – provvedersi anche con strumenti retti dal diritto privato ».[115]

In proposito, un'interessante notazione proviene da Falcon il quale, distinguendo tra convenzioni tra enti pubblici che cadono su "oggetti di comune circolazione giuridica", però "suscettibili di tradursi in servizi di pubblica utilità" e convenzioni su "pubblici servizi in quanto tali", sottoponeva le prime al diritto comune, mentre solo le secondo sarebbero sottoposte alla disciplina di diritto amministrativo, avendo osservato che « [*c*]*iò che lascia invece fortemente perplessi è l'idea di ricondurre pur sempre al diritto privato – nell'assenza di una più specifica ed adeguata categoria di analisi – quelle convenzioni intercorrenti tra enti pubblici che non si riferiscono ad oggetti che, pur suscettibili di tradursi in servizi di pubblica utilità, ed anzi in ipotesi a ciò da ultimo destinati, sono però in sé considerati oggetti di comune circolazione giuridica – quali gli edifici, i terreni, i lavori e le forniture, ecc. –, ma che direttamente invece si riferiscono ai* pubblici servizi *in quanto tali, riguardando le modalità del loro*

---

[115] Massimo Severo GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1981, seconda edizione aggiornata a cura di Alfredo MIRABELLI CENTURIONE, Giuffrè, Milano, 2000, § 171. *Gli accordi tra enti*, p. 415 (p. 454, § 176, *Gli accordi tra enti*, nel 2000): « [*g*]*li accordi che intercorrono tra enti pubblici sono di due specie. Alcuni sono semplici contratti di diritto privato, tipici o atipici; altri sono invece contratti che hanno ad oggetto materie attinenti ad attività di diritto pubblico* », cit. p. 416 (p. 455, nel 2000).

svolgimento, l'esercizio dei poteri amministrativi ad essi collegati, gli aspetti patrimonialmente rilevanti ».[116]
In merito al contenuto dell'accordo amministrativo, Giannini sottolinea che « [*c*]*iò su cui va soffermata l'attenzione non è tanto l'esatta qualificazione del contratto dal punto di vista giuridico, quanto il fatto che le amministrazioni pubbliche ritengono che non esistono impedimenti giuridici ad addivenire a rapporti contrattuali speciali, per procurarsi elementi serventi in ordine allo svolgimento di proprie attività amministrative. Nel settore dei servizi personali, ciò spiega il diffondersi dello strumento degli «esperti», che si registra in ogni Paese, cioè la chiamata di professionali specialisti per sopperire le proprie deficienze di quadri tra il personale sia di* line *che di* staff *delle amministrazioni medesime. Nei paesi a diritto amministrativo l'esperto è chiamato mediante procedimento amministrativo, in quelli non a diritto amministrativo mediante comuni contratti d'opera* ».[117]
Tale constatazione sembra oggi trovare qualificazione giuridica nel diritto europeo e, dunque, anche servizi professionali potrebbero essere scambiati mediante accordo inter-amministrativo (quando non riconducibile alle ipotesi giuslavoristiche).
D'altra parte, Greco ha pure sottolineato che « *due o più Amministrazioni potrebbero ben avvalersi di strumenti di diritto privato, quando non v'è alcuna necessità (o possibilità) di mettere in gioco l'esercizio delle proprie funzioni pubblicistiche* [...] *se l'accordo riguarda soltanto le spese da affrontare* [...], *esso non si differenzia in nulla*

---

[116] Giandomenico FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Caratteri e ammissibilità*, Giappichelli, Torino, 1984, cit. pp. 163-164.
[117] Massimo Severo GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna, 1986, p. 122.

da un accordo tra due committenti in relazione ad uno o più appalti di servizi ».[118]
Stando così le cose, risulta chiaro che « *l'accordo deve essere visibile; deve cioè essere anche strumento per prevenire forme di occultamento di interessi anomali all'interno delle amministrazioni* », tanto da diventare « *una caratterizzazione del diverso tipo di attività svolta* »,[119] sicché è il tipo dell'attività oggetto dell'accordo a determinare la natura del rapporto.
Ne consegue che la nozione di "oggetto pubblico", applicata dal Consiglio di Stato nel contenzioso relativo alla compatibilità degli accordi amministrativi con il diritto dei contratti pubblici, è stata applicata in modo improprio, dal momento che è stato desunto a fini prescrittivi più di quanto affermato da Giannini a fini descrittivi: infatti, una cosa è ritenere, indubbiamente, che solo le pubbliche Amministrazioni possono concludere accordi ad oggetto pubblico (come voleva descrittivamente rilevare Giannini), altra cosa è desumere che le pubbliche Amministrazioni possano concludere solo accordi ad oggetto pubblico nell'ambito della collaborazione prevista dall'art. 15, L. n. 241/1990.
E, in effetti, tale interpretazione restrittiva dell'art. 15 cit. non corrisponde alla posizione della giurisprudenza prevalente,[120] anche del Consiglio di Stato in sede

---

[118] Guido Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 184.
[119] Giorgio BERTI, *Il principio collaborativo nell'amministrazione locale*, in PLURES, *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Giuffrè, Milano, 1993, vol. I, pp. 201-210, cit. p. 209.
[120] T.A.R. Liguria, Sez. II, 30 ottobre 2008, n. 1925, *Società Freeair-Helicopters S.p.A. v Reg. Liguria e Min. Interno, Corpo Naz. Vigili del Fuoco*; T.A.R. Toscana, Sez. II, 23 gennaio 2009, n. 82, *Università degli Studi di Siena v Gestione Liquidatoria ex*

U.S.L. n. 30; Cons. Stato, Sez. V, 13 luglio 2010, n. 4539, *Società Freeair-Helicopters S.p.A. v Reg. Liguria e Min. Interno, Corpo Naz. Vigili del Fuoco*; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 21 luglio 2010, n. 1791, *Mariello v Com. Lecce e Univ. Genova*; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*quater*, 1 settembre 2011, n. 7106, *3 A Progetti S.p.A. v Consorzio per lo Sviluppo Industriale della Provincia di Rieti e Provincia di Rieti*; Cons. Stato, Sez. III, 25 gennaio 2012, n. 324, *Federfarma Terni e Federfarma Umbria v Azienda Unità Sanitaria Locale n. 4 e Regione Umbria*; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 4 aprile 2012, n. 1580, *Centro per l'Innovazione e la Sperimentazione Educativa Milano (CISEM)*; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 8 aprile 2013, n. 3517, *Associazione Elicotteristica Italiana*; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 8 aprile 2013, n. 3518, *Elifriulia S.r.l.*; T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 14 giugno 2013, n. 767, *Farmacie Comunali di Torino S.p.A. v Com. Vinovo*; Cons. Stato, Sez. V, 30 settembre 2013, n. 4832, *3 A Progetti S.p.A. v Consorzio per lo Sviluppo Industriale della Provincia di Rieti e Provincia di Rieti*; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 14 febbraio 2014, n. 1039, *An. Ac. et alii v Reg. Campania e Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli e Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Salerno*; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*bis*, 6 maggio 2014, n. 4709, *So.G.I.N. S.p.A.*; Cons. Stato, Sez. VI, 9 maggio 2014, n. 2927, *Gestione Liquidatoria ex U.S.L. n. 30 v Università degli Studi di Siena*; Cons. Stato, Sez. V, 23 giugno 2014, n. 3145, *Com. Monza v Prov. Monza e Brianza e Brianza Trasporti Scarl*; Cons. Stato, Sez. III, 13 novembre 2014, n. 5587, *Farmacie Comunali di Torino S.p.A. v Com. Vinovo e Azienda Speciale Multiservizi di Venaria Reale*; Cons. Stato, Sez. III, 7 maggio 2015, n. 2291, *Markas S.r.l. v Azienda Sanitaria Locale di Brindisi*; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 9 giugno 2015, n. 1047, ordinanza, *Consi Copra Società Cooperativa v Azienda Ospedaliera "Istituti Ospitalieri" di Cremona e Coopservice Società Cooperativa per Azioni* (non proposto appello all'ordinanza); T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 11 giugno 2015, n. 889, *Sol s.p.a. v ESTAR - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale*; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 15 ottobre 2015, n. 2170, *Aste On Line S.n.c. v Camera di Commercio Industria Artigianato Agricoltura di Milano e Ministero della Giustizia, Tribunale di Milano*; Cons. Stato, Sez. III, 4 febbraio

consultiva in tempi recenti e meno recenti,[121] ritenendo anzitutto che « *le* "attività di interesse comune" *ben*

2016, n. 445, *Sol s.p.a. v ESTAR - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale*; Cons. Stato, Sez. III, 19 febbraio 2016, n. 697, *Consorzio Intercomunale del Novese dei Servizi Alla Persona (C.S.P.) v Caniggiabus S.r.l.*; Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2016, n. 1690, *Ministero della Giustizia, Tribunale di Milano v Aste On Line S.n.c. e Camera di Commercio Industria Artigianato Agricoltura di Milano*.

[121] Cfr. Cons. Stato, Sez. I, 17 aprile 1996, n. 3670/95, parere su schema di contratto richiesto dalla Presidenza del Consiglio – Dipartimento servizi tecnici nazionali, in *Foro Amm.*, 1997, a. LXXIII, n. 9, pp. 2361-2362; Cons. Stato, Sez. II, 30 gennaio 2014, n. 298, parere avente ad oggetto "Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Dipartimento per la Programmazione e la gestione delle risorse umane, finanziarie e strumentali. Quesito in materia di affidamento in via diretta a CINECA, da parte del MIUR, di servizi nel campo dell'informatica, concernenti il sistema universitario, della ricerca e scolastico"; Cons. Stato, Sez. II, 22 aprile 2014, n. 1178, parere avente ad oggetto "Ministero dell'Economia e delle Finanze – Agenzia del Demanio – Forme di "cooperazione orizzontale tra soggetti pubblici volte a garantire congiuntamente l'esecuzione di compiti di interesse pubblico – Recente evoluzione dei principi dettati in materia dalla giurisprudenza comunitaria – Riflessi sull'attività di collaborazione e supporto che l'Agenzia del Demanio presta in favore di enti territoriali ed enti pubblici – Quesito". Cfr. Antonio BARTOLINI, *Prime pronunce giurisprudenziali sull'*in house *nella Dir. 2014/24/UE: il caso CINECA*, in *Giur. It.*, 2015, a. CLVII, n. 8-9, pp. 1977-1983; Gherardo CARULLO, *Luci ed ombre sulla legittimità dell'affidamento* in house *al CINECA*, in *Giust. Amm.*, 2015, a. XII, n. 2, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 11 febbraio 2015; Aurora DONATO, *Affidamenti* in house *e partecipazione pubblica totalitaria: lo strano caso del CINECA*, in *Foro Amm.*, 2016, seconda serie, a. III, n. 2, pp. 503-523; Antonella SAU, *Dubbi e certezze sulla natura* in house providing *del Cineca*, in *Munus*, 2015, a. V, n. 2, pp. 467-490.

possono riguardare attività materiali da svolgere nell'espletamento di un servizio pubblico e direttamente in favore della collettività »,[122] pur nella consapevolezza che « *«attività materiale» è una sintesi verbale e non una nozione giuridica* »,[123]« *attinente a dati esteriori, non una locuzione che enunci qualcosa di giuridicamente proprio* ».[124]

Di conseguenza non giova procedere alla comparazione storicistica[125] del nuovo modulo convenzionale di

---

[122] Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2002, n. 1902, *Com. Potenza v Min. Trasporti* (conferma di T.A.R. Basilicata, 14 novembre 2001, n. 695), in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, a. VIII, n. 9, pp. 946-951. Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 16 marzo 2005, n. 612, *Consorzio Lombardia Sanità v Azienda Ospedaliera "G. Salvini" e Associazione Italiana della Croce Rossa, Comitato Provinciale di Milano*.

[123] Massimo Severo GIANNINI, *L'attività amministrativa. Lezioni tenute durante l'anno accademico 1961-1962*, Jandi Sapi Editori, Roma, 1962, cit. p. 6, soggiunge che « [*l*]*'attività materiale però non ha carattere giuridico unitario: talvolta si presenta come atto reale di esecuzione di un negozio di diritto privato; talaltra come atto reale di attuazione di un provvedimento amministrativo, talaltra è atto che interessa l'attività interna. Sicché l'attività materiale si esprime sempre in atti giuridicamente qualificabili, sia pur appartenenti a svariate specie* » (ivi cit.).

[124] Massimo Severo GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, § 135, *Quadro delle attività delle amministrazioni pubbliche*, pp. 435-438, cit. p. 438. Ivi si chiarisce che « *la c.d. attività materiale sono appunto atti reali. Essi sono perciò, come ogni atto reale, definibili giuridicamente in relazione al rapporto nel seno del quale si attuano, onde possono essere atti di esecuzione o atti preparatori di provvedimento* » (ivi cit.).

[125] Claudio LUZZATI, *Del giurista interprete, Linguaggio, tecniche e dottrine*, Giappichelli, Torino, 2016 osserva che « [*i*] *paradigmi che si affermano storicamente sono quanto di più lontano vi sia dalle teorie lucidamente argomentate* » (p. XI). Cfr. Luisa TORCHIA,

derivazione europea con i simili tipi di modulo convenzionale, vigenti nel nostro ordinamento o nelle diverse legislazioni degli Stati membri, senza avere conosciuto la *ratio legis* e la *ratio iuris* dell'istituto.
Dunque, solo alla luce degli scopi perseguiti dal Legislatore europeo (*ratio legis*),[126] nonché dal raffronto con i principi primari di diritto europeo che governano la materia dei contratti pubblici (*ratio iuris*, intesa come la situazione "dove la *ratio legis* cessa", usando le parole di

---

Introduzione. Il sistema amministrativo e le attività produttive: le barriere, gli ostacoli, i nodi. Studi di caso per uscire dal labirinto, Luisa TORCHIA (a cura di), *I nodi della pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pone una questione « [*s*]*ul metodo. Dei paradigmi non si può fare a meno per ordinare la realtà in modo comprensibile. Ma i paradigmi hanno bisogno di continue revisioni critiche nel confronto con l'esperienza concreta e queste revisioni richiedono prove e sperimentazioni. Prima di definire rimedi generali ed universali, conviene provare ad elaborare e provare concrete ricette, disegnate su problemi specifici, all'interno delle quali ciascun ingrediente sia misurato e calibrato rispetto agli altri* » (p. 27). Posizione avanzata rispetto alla constatazione di Luisa TORCHIA, *La scienza del diritto amministrativo*, cit., secondo cui « [*l*]*a continuità non è più vista come prova della stabilità degli istituti, ma più spesso percepita come fenomeno di arretratezza e di conservazione* » (p. 1109).

[126] Emilio BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 261, osserva che: « [*l*]*'intenzione del legislatore sta qui a designare* [...] *lo scopo pratico che la legge si propone di conseguire: fuor di metafora e a prescindere da ogni mitica personificazione o finzione, l'intenzione del legislatore sta ad indicare il problema pratico, del quale la norma da interpretare rappresenta la soluzione.* [...] *Lo scopo o problema pratico risolto è anche ciò che si designa come* ratio legis ». Giovanni TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980 si riferisce alla volontà del legislatore per introdurre l'argomento teleologico.

Caranta[127]), sarà possibile individuare il regime, gli effetti e il contenuto dell'esenzione di tale modulo convenzionale tra enti pubblici dall'ambito di applicazione del diritto europeo dei contratti pubblici.

A questo scopo, si ritiene utile superare il ricorso alla nozione di modulo convenzionale in favore di quella di "fattispecie giuridica", nel senso di fattispecie negoziale, dato che la norma di matrice europea non riecheggia immediatamente concetto e funzione di singole disposizioni nazionali che possono rimandare all'idea della funzionalizzazione dello strumento all'esercizio di poteri pubblici, ma contiene un istituto vero e proprio a caratterizzazione europea.

Come noto, per fattispecie giuridica si intende una "situazione di fatto di un dato tipo" a cui corrisponde un effetto giuridico istantaneo, secondo la definizione di Betti,[128] caratterizzato, come osservato da Allara, da un « *complesso di fatti, a cui la norma giuridica, dato il suo carattere condizionale e ipotetico, ricollega o la vicenda (costituzione, modifica, estinzione) del rapporto o l'assenza della vicenda stessa* »,[129] con la precisazione, per

---

[127] Roberto CARANTA, *Contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2012 (2° ed., 2004), Cap. I, *Considerazioni introduttive*, § 5, Ubi ratio legis cessat*:* in house providing *e accordi tra enti pubblici*, pp. 25-39.

[128] Emilio BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 1929, § 45: fattispecie è la "situazione di fatto di un dato tipo". Soggiunge Betti che « [*s*]*arebbe tuttavia un errore concepire la fattispecie come qualcosa di spazialmente separato e di cronologicamente staccato dall'effetto corrispondente* ».

[129] Mario ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Giappichelli, Torino, 1941, cit. p. 125. Soggiunge Allara che « [*i*]*l fenomeno della costituzione del rapporto giuridico consiste in ciò che, dati due istanti successivi di tempo, nel primo*

merito di Irti,[130] che la fattispecie non assorbe l'intera vicenda giuridica.

Una volta considerato come fattispecie negoziale, il contratto di cooperazione diventa uno strumento che gli enti pubblici possono utilizzare per cooperare nei servizi pubblici anche attraverso la negoziazione di oggetti della comune circolazione giuridica, senza alcun pregiudizio sul necessario oggetto pubblico del rapporto e sull'eventuale regime amministrativo dell'atto. D'altra parte, la nozione di contratto ad oggetto pubblico era convenzionalmente determinato in base all'oggetto, piuttosto che come fattispecie.[131]

Intesa come fattispecie, la convenzione pubblicistica introdotta nel codice dei contratti pubblici deve interrogare sul significato della cooperazione. Al riguardo, è stato ritenuto che « [*l*]*a scelta di addivenire ad un accordo crea, invece, fra i diversi soggetti un rapporto che è stato definito di collaborazione o di coordinamento. Non sembra, però, che da tale definizione si possa far derivare*

---

istante il rapporto non esiste e nel secondo esiste » (*La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Giappichelli, Torino, 1951, p. 11).

[130] Natalino IRTI, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, in Mario ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 3-18, osserva che « [*f*]*attispecie e vicenda di rapporto sono separati, e contrapposti come causa ed effetto* » (p. 6) e sottolinea che « *dove Betti* ricompone *e congiunge, Allara* scompone *e divide* » (*ibidem*).

[131] Francesca CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. Amm.*, 2000, a. VIII, n. 2, pp. 277-340, sottolinea che in dottrina sono presenti classificazioni che « *non sono operate secondo criteri omogenei: mentre il modello del contratto ad evidenza pubblica è elaborato secondo il criterio della struttura della fattispecie, per il contratto ad oggetto pubblico – ad esempio – il criterio è rappresentato, appunto, dall'oggetto* » (p. 281, nt. 2, *desinit*).

una qualificazione giuridica del vincolo che, scaturendo dall'accordo si impone alle parti dell'accordo stesso: tale qualificazione va individuata, invece, mediante l'esame degli elementi strutturali e funzionali degli accordi ».[132]
La cooperazione, pertanto, non è elemento qualificante della fattispecie negoziale.
Tale interpretazione trova conforto nella dottrina civilistica, ove si sostiene che « [*i*]*l riferimento alla collaborazione tra le parti contraenti è inidoneo a determinare propriamente alcun tipo di contratto: esso non rileva infatti come un possibile criterio di qualificazione tipologica, ma definisce soltanto un particolare effetto giuridico, il quale accomuna trasversalmente più contratti tipici o atipici. Ciò è tuttavia sufficiente affinché i contratti di collaborazione possano essere ricondotti a una classe o categoria dogmaticamente unitaria. Dal punto di vista concettuale, la categoria dei contratti di collaborazione risulta quindi definita in termini analoghi a quelli che caratterizzano la categoria dei contratti di alienazione: in entrambi i casi, l'elemento unificante è costituito da un effetto giuridico essenziale e caratterizzante, il quale orienta, per così dire, e giustifica gli altri che sono prodotti dal contratto* ».[133]
Ne consegue la possibilità di intravedere nel contratto di cooperazione diverse e plurime forme di collaborazione accomunate dal medesimo effetto, non dalla medesima causa.

---

[132] Luisa TORCHIA, *L'amministrazione per accordi*, in Luciano VANDELLI (a cura di), *Le forme di collaborazione fra enti territoriali*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 619-629, cit. p. 623.
[133] Pietro SIRENA, *La categoria dei contratti di collaborazione*, in Pietro SIRENA (a cura di), *I contratti di collaborazione*, UTET, Torino, 2011, Cap. I, pp. 3-23, cit. p. 3.

Tanto è vero che le direttive europee del 2014 hanno tenuto in considerazione diverse forme di organizzazione in cui la cooperazione è l'effetto giuridico.
In particolare, è stata permessa la "fornitura congiunta di servizi pubblici",[134] insieme alla "prestazione di servizi",[135] anche complementari[136] e accessori,[137] come sopra menzionato.
Questo modo di considerare la cooperazione rispecchia l'atteggiamento della dottrina civilistica che, nello studiare i modelli societari, ha posto la differenza tra le forme organizzative, mettendo l'accento sulla cooperazione per

---

[134] Considerando (47), primo capoverso, ultimo periodo, dir. 2014/23/UE, considerando (33), secondo capoverso, primo periodo, dir. 2014/24/UE. Nulla è specificato nella dir. 2014/25/UE.
[135] Considerando (47), primo capoverso, secondo periodo, *incipit*, dir. 2014/23/UE, considerando (33), primo capoverso, secondo periodo, *incipit*, dir. 2014/24/UE. Nulla è specificato nella dir. 2014/25/UE.
[136] Considerando (47), primo capoverso, secondo periodo, *desinit*, dir. 2014/23/UE, considerando (33), primo capoverso, secondo periodo, dir. 2014/24/UE, prevedono che « [*i*] *servizi prestati dalle diverse amministrazioni partecipanti o dai diversi enti partecipanti non devono necessariamente essere identici; potrebbero anche essere complementari* ». Nulla è specificato nella dir. 2014/25/UE.
[137] Commissione europea, DG Mercato interno e servizi, Documento di lavoro dello Staff, concernente « *l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico")* », traduzione italiana non ufficiale, SEC(2011) 1169 def., in data 4 ottobre 2011, prevede « [*n*]*ei casi in cui, per ragioni pratiche, l'esclusione totale sarebbe contraria all'interesse pubblico generale che regge la cooperazione (ad esempio l'uso economicamente ragionevole delle risorse), un'attività strettamente accessoria e marginale con gli enti che non partecipano alla cooperazione (ad esempio l'uso ragionevole di una possibile capacità in eccesso) potrebbe risultare accettabile* » (p. 16, nt. 47).

concludere che « [*i*]*n taluni casi l'obiettivo è quello di coordinare attività complementari, ma tra loro indipendenti, in altri casi invece la interdipendenza ha carattere strategico e si risolve nella condivisione di alcune risorse. Sotto il profilo normativo la scelta tra i diversi modelli di cooperazione orizzontale è lasciata all'autonomia privata. Le imprese possono dunque selezionare il modello cooperativo che prediligono secondo le proprie preferenze, senza incontrare vincoli particolari* ».[138]

Atteggiamento che clamorosamente, per un inaspettato gioco di specchi, si riflette nella dottrina pubblicistica che più attentamente ha preso in considerazione l'accordo organizzativo come risultato della cooperazione, sottolineando, a partire dagli studi di inizio secolo ventesimo, che « *per aversi l'accordo "*non basta che più volontà siano dirette ad un fine unico, ma è necessario che il rapporto reciproco di cooperazione risulti dalle volontà stesse*", mirando esse "*non solo alla realizzazione del fine, ma all'azione in ordine a questo di altri soggetti*". In altre parole, quando l'accordo è imposto dalla legge o da un provvedimento il vincolo tra i voleri esiste* de jure *e perché vi sia l'accordo è sufficiente il convergere delle volontà; nel caso di accordo facoltativo e volontario, invece, è necessario che nell'atto s'esprima non solo il concorso di volontà ma anche la speciale* affectio *del cooperare reciprocamente in vista del fine comune* ».[139]

---

[138] Fabrizio CAFAGGI, *Complementarità istituzionali ed evoluzione dei modelli organizzativi nella riforma del diritto societario*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2002, a. IV, n. 1, pp. 9-44, cit. p. 40.

[139] Sandro AMOROSINO, *Gli accordi organizzativi tra amministrazioni. Parte I Profili storico-dogmatici*, Cedam, Padova, 1984, Cap. III, *L'evoluzione della teoria degli atti amministrativi: dalla fine degli anni venuti alla guerra*, § 1, *La seconda fase della*

Questo modo di intendere la cooperazione nasceva, agli inizi del ventesimo secolo, dalla teoria dell'azione amministrativa, piuttosto che dallo studio dell'organizzazione pubblica: infatti, « [*g*]*li interpreti, cioè, non muovevano dalle questioni organizzative, ma da alcune questioni poste dalla* teoria dell'azione*, e si erano occupati della difficoltà intrinseca che si presenta allorché, in talune* fattispecie*, la* produzione degli effetti *connessi all'intervento necessario del potere pubblico richiede il* concorso di più volontà ».[140]

Ovviamente, l'effetto prodotto dalla cooperazione assume la rilevanza giuridica che viene dalle diverse forme di consenso che l'ordinamento nazionale permette di manifestare alle pubbliche Amministrazioni per via contrattuale.

In altri termini, il contratto di cooperazione non invade la sfera di sovranità dei singoli Stati membri nella previsione delle varie modalità di gestione dei servizi pubblici,[141] né

---

dottrina: Bracci e l'intuizione della negozialità cooperativa sottesa all'accordo, cit. p. 55. L'Autore aggiunge che « *Bracci individuò come connotazione dell'accordo volontario – autonomo e non eteronomo – la negozialità a fini cooperativi, volta a preordinare l'azione dei convenienti in vista del raggiungimento del fine* » (p. 56). Mario BRACCI, *Dell'atto complesso in diritto amministrativo. Tentativo di revisione del concetto e contributo allo studio del processo di manifestazione della volontà della pubblica amministrazione*, Scuola Tipografica, Siena, 1927.

[140] Fulvio CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, FrancoAngeli, Milano, 2012, pp. 39-40, enfasi in originale.

[141] C.G.U.E., Grande Sezione, 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione delle Comunità europee v Germania*, ECLI:EU:C:2009:357, caso c.d. *Hamburg*, evidenzia che « *il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di*

autorizza l'esercizio della capacità di diritto privato in capo agli enti pubblici,[142] ma si limita a riconoscere la possibilità che la cooperazione possa riguardare non solo l'erogazione di servizi pubblici, ma anche, come visto, i servizi accessori e complementari ai servizi pubblici, sempre che tali ulteriori servizi possano essere prestati dalle Amministrazioni pubbliche partecipanti nei limiti in cui siano compatibili con i loro fini istituzionali.
Certamente, occorre sottolineare che tale effetto giuridico non coincide con il vantaggio economico che può incentivare il perseguimento della cooperazione.[143] Il che

---

ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico » (punto 47, *incipit*).

[142] C.G.U.E., Sez. IV, 23 dicembre 2009, C-305/08, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) v Regione Marche*, ECLI:EU:C:2009:807, precisa che « *gli Stati membri hanno il potere di autorizzare o meno talune categorie di operatori a fornire certi tipi di prestazioni* » (punto 47) e che « *gli Stati membri possono autorizzare o non autorizzare tali soggetti ad operare sul mercato in funzione della circostanza che l'attività in questione sia compatibile, o meno, con i loro fini istituzionali e statutari* » (punto 48).

[143] Cfr. Jeffrey H. DYER, Harbir SINGH, *The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage*, in *Academy of Management Review*, 1998, a. XXIII, n. 4, pp. 660-679; Denis JOBIN, *A Transaction Cost-Based Approach to Parternship Performance Evaluation*, in *Evaluation*, 2008, a. XIV, n. 4, pp. 437-465; Marcello FEDELE, Giulio MOINI, *Cooperare conviene? Intercomunalità e politiche pubbliche*, in *Riv. It. Pol. Pubb.*, 2006, a. V, n. 1, pp. 71-98; Giorgio BROSIO (a cura di), *La teoria economica dell'organizzazione*, il Mulino, Bologna, 1989 (Collana, *Problemi di Amministrazione Pubblica*, Quaderno n. 13 del Formez); Roberto CAMAGNI, Francesca GAMBAROTTO, *Gli accordi di cooperazione come nuove forme di sviluppo esterno delle imprese*, in *Econ. e Pol. Ind.*, 1988, a. XV, n. 4, v. 58, pp. 93-138; Roberto CAMAGNI, *Inter-firm Industrial Networks. The Cost*

significa che il contratto di cooperazione non deve necessariamente essere giustificato sulla base di considerazioni economiche.
In effetti, non sono mancati studi di carattere comparatistico[144] e di tipo dogmatico[145] che hanno messo

---

and Benefit of Cooperative Behaviour, in *Journal of Industry Studies*, 1993, a. I, n. 1, pp. 1-15; Roberto CAMAGNI, Francesca GAMBAROTTO, *Gli accordi di cooperazione come nuove forme di sviluppo esterno delle imprese*, in *Econ. e Pol. Ind.*, 1988, a. XV, n. 1, v. 58, pp. 93-138; David J. TEECE, *Concorrenza e cooperazione nelle strategie di sviluppo tecnologico*, in *Econ. e Pol. Ind.*, 1989, a. XVI, n. 4, v. 64, pp. 17-45; David J. TEECE, *Competition, Cooperation, and Innovation. Organizational Arrangement for Regime of Rapid Technological Progress*, in *Journal of Economic Behaviour and Organization*, 1992, a. XVIII, n. 1, pp. 1-25; David J. TEECE, *Business Models, Business Strategy and Innovation*, in *Long Range Planning*, 2010, a. XLIII, n. 1, pp. 172-194; Herbert A. SIMON, *Organizzazioni e mercati*, in *Probl. Amm. Pubb.*, 1993, a. XVIII, n. 1, pp. 3-35; Darryl BIGGAR, *When Should Regulated Companies be Vertically Separated?*, in Giuliano AMATO, Laraine L. LAUDATI, *The Anticompetitive Impact of Regulation*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2001, pp. 171-197; Oliver E. WILLIAMSON, *Integrazione verticale della produzione: considerazioni sul fallimento del mercato*, in Oliver E. WILLIAMSON, *L'organizzazione economica. Imprese, mercati e controllo politico*, il Mulino, Bologna, 1986, Cap. VI, pp. 113-133.

[144] In tema di comparazione con l'ordinamento tedesco: Alfonso MASUCCI (a cura di), *Collaborazione fra Comuni e cooperazione per accordi. L'esperienza tedesca*, Formez, Napoli, 1986, quaderno n. 12 della Rivista *Problemi di Amministrazione pubblica*; Alfonso MASUCCI (a cura di), *Gli "accordi di cooperazione" fra Bund e Länder e fra Länder*, Formez, Napoli, 1984, quaderno n. 9 della Rivista *Problemi di Amministrazione pubblica*; Gunter KISKER, *Riflessioni critiche sulla prassi della cooperazione per accordi tra il Governo federale e i Länder e fra i Länder nella Repubblica Federale Tedesca*, in PLURES, *L'accordo nella cooperazione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, Formez, Napoli, 1986, commento n. 2

della Rivista *Problemi di Amministrazione pubblica*, pp. 77-98; Alfonso MASUCCI (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, Formez, Napoli, 1988, collana *Quaderni Regionali*, n. 51, in part. Frank MODERNE, *La recente evoluzione del diritto dei contratti amministrativi: le convenzioni fra persone giuridiche pubbliche*, pp. 95-126, Hans-Uwe ERICHSEN, Wolfgan MARTENS, *Il contratto di diritto amministrativo*, pp. 127-153. Orientato alla comparazione con l'ordinamento tedesco: Alfonso MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Jovene, Napoli, 1988; Jörg LUTHER, *La cooperazione intercomunale nell'esperienza del federalismo tedesco*, in Renato BALDUZZI (a cura di), *Annuario DRASD 2011. Dottorato di ricerca autonomie locali, servizi pubblici e diritti di cittadinanza*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 147-174; Davide SERVETTI, *La cooperazione intercomunale: itinerari problematici*, in Renato BALDUZZI, Jörg LUTHER (a cura di), *Dal federalismo devolutivo alla* spending review. *Annuario Drasd 2012*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 523-570; Alessandra DI MARTINO, *La cooperazione tra comuni in Germania*, in *Amministrazione in Cammino*, 2012, pubblicato *on line* sul sito www.amministrazioneincammino.it in data 11 maggio 2012, p. 62; Jens WOELK, *La cooperazione inter-municipale in Germania: alla ricerca di un equilibrio fra autonomia ed efficienza*, in *Ist. Fed.*, 2012, a. XXXIII, n. 3, pp. 549-581 (il fascicolo della rivista contiene articoli sulla cooperazione intercomunale in Francia, Gregia, Portogallo, Spagna e Regno Unito). Cfr. Giovanna LIGUGNANA, *La cooperazione per accordi fra Bund e Länder in Austria e Germania*, in Giorgio PASTORI (a cura di), *Accordi e intese nell'ordinamento regionale*, FrancoAngeli, Milano, 1993, pp. 21-54. In Italia, su tutti spicca Massimo Severo GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 1953, a. CIV, n. 3, pp. 611-623 (*Parte I*), n. 4, pp. 681-694 (*Parte II*).

[145] Coprendo diverse epoche: Giovanni BAZOLI, *La collaborazione nell'attività amministrativa*, Cedam, Padova, 1965; Giuseppe SANVITI, *Convenzioni e intese nel diritto pubblico. Strutture e tipi*, Giuffrè, Milano, 1978; Sandro AMOROSINO, *Gli accordi organizzativi tra amministrazioni. Parte I Profili storico-dogmatici*,

in luce l'effetto della cooperazione ai fini della nozione di accordo inter-amministrativo.

A questo proposito, la cooperazione tra enti pubblici è sempre stata connotata come un riflesso del principio di sussidiarietà e del principio di competenza,[146] ma tale

---

Cedam, Padova, 1984. Specificamente sul carattere associativo dei moduli convenzionali a livello locale: PLURES, *Modelli associativi intercomunali per la gestione dei servizi*, Formez, Napoli, 1984 (ivi, in part. contributi di Massimo VILLONE, *L'associazionismo tra enti locali. Profili evolutivi*, pp. 15-35, Guido CLEMENTE DI SAN LUCA, *La gestione di servizi intercomunali e la problematica del livello di governo intermedio*, pp. 195-202); Francesco Ciro RAMPULLA, *Le associazioni di comuni tra autonomia locale e autarchia regionale*, Cedam, Padova, 1984; Lorenzo DEL FEDERICO, Lorenzo ROBOTTI (a cura di), *Le associazioni fra Comuni. Forme organizzative, finanziamento e regime tributario*, FrancoAngeli, Milano, 2008.

[146] Nella letteratura straniera, la cooperazione interlocale è stata approfondita in termini giuridici: Consiglio di Europa, *Intermunicipal co-operation. Manual of the European Commitee on Local and Regional Democracy (CDLR)*, 2008; Consiglio di Europa, *Good Practices in Intermunicipal Co-operation in Europe. Report of the European Commitee on Local and Regional Democracy (CDLR)*, 2007; Gérard MARCOU, François RANGEON, Jean-Louis THIÉBAULT (a cura di), *La cooperation contractuelle et le gouvernement des villes*, L'Harmattan, Paris, 1997; Rudie HULST, André VAN MONTFORT, *Inter-Municipal Cooperation in Europe*, Springer, Dordrecht, 2007; Filipe TELES, *Local Governance and Inter-Municipal Cooperation*, Palgrave Macmillan, 2016. Dal punto di vista economico: Beth Walter HONADLE, *Alternative Service Delivery Strategies and Improvement of Local Government Productivity*, in *Public Productivity Review*, Winter 1984, a. 8, n. 4, pp. 301-313 (numero *Strategic Public Management and Productivity Improvement: A Symposium*); Christopher V. HAWKINS, *Local Government Joint Ventures: Cooperation and Competition for Economic Development*, Florida State University, School of Social Sciences, Dissertation, 2007; Denis JOBIN, *A Transaction Cost-Based Approach to Parternship*

concezione della cooperazione non è quella rilevante nell'ambito della presente fattispecie negoziale.
Si ritiene, infatti, necessario distinguere la cooperazione come fatto istituzionale (cooperazione per collaborare) dalla cooperazione come fatto funzionale (quella per coordinare): la prima è la cooperazione in virtù del principio di sussidiarietà, la seconda è la cooperazione dovuta ad esigenze organizzative.[147]
In realtà, occorrebbe un'ulteriore notazione: infatti, secondo la letteratura economica, si direbbe che la "cooperazione" rappresenta uno dei modi in cui le "unità economiche" realizzano "accordi istituzionali" relativi all'"organizzazione" della propria struttura, anche per

---

Performance Evaluation, in *Evaluation*, 2008, a. XIV, n. 4, pp. 437-465; Christopher V. HAWKINS, *Competition and Cooperation: Local Government Joint Ventures for Economic Development*, in *Journal of Urban Affairs*, 2010, a. XXXII, n. 2, pp. 253-275; Michael R. HATTERY, *Service-Level Consolidation and Sharing Arrangements*, in Alexander C. HENDERSON (a cura di), *Municipal Shared Services and Consolidation. A Public Solution Handbook*, Routledge, New York and London, 2015, Cap. IV, pp. 59-75; Mildred E. WARNER, *Competition or Cooperation in Urban Service Delivery?*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, December 2011, a. 82, n. 4, pp. 421-435; Amir HEFETZ, Mildred E. WARNER, *Contracting or Public Delivery? The Importance of Service, Market, and Management Characteristics*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2012, a. 22, n. 2, pp. 289-317; Paola GARRONE, Riccardo MARZANO, *Why Do Local Governments Resist Contracting Out?*, in *Urban Affairs Review*, September 2015, a. 51, n. 5, pp. 616-648.

[147] Annalisa DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Giappichelli, Torino, 2012, Cap. I, §§ 6-7, sull'"istituto della collaborazione nella teoria generale del diritto" (§ 6) ed in particolare "nel diritto pubblico" (§ 7), spec. p. 32.

perseguire "economie di scala".[148] Dunque, la cooperazione istituzionale in termini economici è in realtà la cooperazione funzionale in termini giuridici.
Inoltre, la cooperazione istituzionale, come sopra definita, sembra coincidere con la cooperazione amministrativa – locuzione che esprime un concetto dotato di un statuto giuridico collocabile nell'ambito delle relazioni intercorrenti tra enti pubblici all'interno dell'ordinamento e verso l'ordinamento europeo.
Con "cooperazione amministrativa" si intende la serie di atti ed adempimenti posti in essere da enti pubblici tra loro

---

[148] Cfr. Douglass C. NORTH, *The Journal of Economic History*, 1971, a. XXXI, n. 1, pp. 118-125, ritiene che « [*b*]*riefly stated, the model specifies the process by which an action group (an individual or group) perceive that some new form of organization (institutional arrangement) will yield a stream of benefits which makes it profitable to undergo the costs of innovating this new organizational form. These new arrangements have typically been profitable to realize potential economies of scale, reduce information costs, spread risk, and internalize externalities* » (p. 119). Inoltre, Lance DAVIS and Douglass NORTH, *Institutional Change and American Economic Growth: A First Step Towards a Theory of Institutional Innovation*, in *The Journal of Economic History*, 1970, a. XXX, n. 1, pp. 131-149, osservano che « [*a*]*n* Institutional Arrangement *as an arrangement between economic units that govern the ways in which these units can cooperate or compete. The institutional arrangement is probably the closest counterpart to the most widely used definition of the term institution* » (p. 133). Infine, Oliver E. WILLIAMSON, *The Institutions and Govemance of Economic Development and Reform*, in *Proceeings of the World Bank Annual Conference on Development Economics 1994*, The World Bank, 1995, pp. 171-196, definisce "Institutional arrangement" come « *is what I refer to as the institutions of governance and is what transaction cost economics has been predominantly concerned with. This is the bottom-up approach to economic organization* » (p. 174).

nell'attuazione di norme d'organizzazione, finalizzate al coordinamento di un compito comune – concetto invalso tanto nelle direttive europee sui contratti pubblici,[149] quanto negli studi di diritto europeo,[150] che non sembra avere ancora raggiunto sufficiente grado di chiarezza se commisurato all'idea di organizzione pubblica a rete.[151]

---

[149] Cfr. art. 86, dir. 2014/24/UE e art. 102, dir. 2014/25/UE.

[150] Cfr. Fulvio CORTESE, *Gli strumenti per la cooperazione amministrativa verticale*, in Mario P. CHITI, Alessandro NATALINI (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 165-187; Giovanni Fabio LICATA, *Limiti al principio dell'autonomia procedurale e rafforzamento della cooperazione amministrativa nell'Unione europea*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2012, a. XXII, n. 5, pp. 905-930; Marco MACCHIA, *La cooperazione amministrativa come «questione di interesse comune»*, in Mario P. CHITI, Alessandro NATALINI (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 87-115; Diana-Urania GALETTA, *Coamministrazione, reti di amministrazioni, Verwaltungsverbund: modelli organizzativi nuovi o alternative semantiche alla nozione di "cooperazione amministrativa" dell'art. 10 TCE, per definire il fenomeno dell'amministrazione intrecciata?*, in Alfredo CONTIERI, Fabio FRANCARIO, Maria IMMORDINO, Alberto ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, vol. I, pp. 191-202, nonché in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2009, a. XIX, n. 6, pp. 1689-1698; Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Forme di cooperazione amministrativa europea*, in *Dir. Amm.*, 2003, a. XI, n. 3, pp. 473-491; Leonardo BARONI, *Amministrazione diretta, amministrazione indiretta e cooperazione amministrativa: riflettendo sui modelli di amministrazione nella PAC*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, a. XVI, n. 1, pp. 95-111.

[151] Cfr. Domenico IELO, *Amministrazione a rete e reti di amministrazioni: nuovi paradigmi della* global governance, in *Amministrare*, 2003, a. XXXIII, n. 3, pp. 373-403; Antonio CASSATELLA, *Pubblica Amministrazione e contratto di rete: un*

Sulla base di quanto appena descritto, il significato di cooperazione che sembra essere stato considerato dalla norma non attiene all'idoneità del contratto ad attuare compiti pubblici, ma alla capacità delle parti di realizzare una sinergia, il che peraltro risulta coerente rispetto alla nuova possibilità di utilizzare tale strumento per acquisire beni e servizi forniti da altri enti pubblici.

Se tutto quanto affermato corrisponde al vero, valgano le seguenti considerazioni metodologiche, che sono richieste per evitare una lettura riduttiva e assiomattizzata del nuovo istituto, contraria al sistema dei contratti pubblici in ambito europeo, prima che le ragioni del Legislatore nazionale diventino verità di ragione.

In particolare, può essere utile ricorrere all'interpretazione sistematica, facendo leva sulla differenza tra sistemi a regime amministrativo e a diritto comune[152] – classificazione attuale nel dibattito internazionale,[153] ed

---

modello privato per l'organizzazione pubblica?, in Barbara MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale. Atti del Seminario di Trento, 17 dicembre 2012*, Cedam, Milano, 2013, pp. 259-305.

[152] Cfr. le pagine introduttive di Salvatore BUSCEMA, Angelo BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, a cura di Angelo BUSCEMA e la collaborazione di Raffaella RAFFAELE, Cedam, Padova, 2008 (3° ed., 1987) in merito ai contratti di diritto privato. Inoltre, Massimo Severo GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna, 1986, si sofferma sugli accordi inter-amministrativi sottolineando che « [*è*] *chiaro che la vicenda ha importanza per i Paesi a diritto amministrativo. Per quelli non a diritto amministrativo i moduli convenzionali sono stati sempre impiegati con larghezza, e senza che mai si ponessero questioni, neppure – per dirla con il linguaggio nostro – di diritto privato* » (p. 125).

[153] Mark D. WALTERS, *Public Law and Ordinary Legal Method: Revisiting Dicey's Approach to* Droit Administratif, in *University of*

ancora descrittivamente efficace in un ordinamento europeo composito,[154] ritornato a ventisette Stati membri, orfano del Regno Unito,[155] posto che « [*l*]*a confluenza tra sistemi a normazione amministrativa e di diritto comune è indotta anche dall'ordinamento comunitario* ».[156]

La rilevanza di un punto di vista così generale deriva dall'inserimento nella logica dell'integrazione europea di un istituto pensato a livello nazionale per motivi organizzativi.

Al riguardo, esiste una ragione di metodo che induce a tenere distinto il piano europeo da quello nazionale, e risiede nel diverso modo di intendere la pubblica

---

Toronto Law Journal, 2016, a. LXVI, n. 1, pp. 53-82 (*paper* presentato alla *Public Law Conference: Process and Substance in Public Law*, Faculty of Law, University of Cambridge, 15-17 September 2014); Jeremy K. KESSLER, *The Struggle for Administrative Legitimacy*, in *Harvard Law Review*, Jan. 2016, a. CXXIX, n. 3, pp. 718-773; Carol HARLOW, Richard RAWLINGS, *Administrative Law in Context: Restoring a Lost Connection*, in *Public Law*, 2014, a. XXXI, n. 1, pp. 28-42, che richiamano il lavoro svolto a proposito del Regno Unito sin dagli anni '50 del secolo scorso da J.A.G. Griffith and H. Street, *Principles of Administrative Law*, Pitman Publishing, London, 1973 (5° ed., 1951).

[154] Sabino CASSESE, *L'Unione europea come organizzazione pubblica composita*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2000, a. XX, n. 5, pp. 987-992, ripubblicato in Sabino CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 67-73 e Giacinto DELLA CANANEA, *L'Unione Europea: un ordinamento composito*, Laterza, Bari, 2003. Sabino CASSESE, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 1992, a. II, n. 1, pp. 23-32.

[155] Il *leave*, il congedo del Regno Unito è stato deciso dal voto referendario di giovedì 23 giugno 2016.

[156] Giulio NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 67.

amministrazione come sistema di norme.[157] Come noto, esistono tra gli Stati membri due forme di sistematizzazione giuridica del settore pubblico che si presentano sotto il nome di "amministrazione a regime amministrativo" e di "amministrazione di diritto comune".[158] All'origine del regime amministrativo vi

---

[157] Cfr. Sabino CASSESE, *La pubblica amministrazione e il diritto amministrativo in Italia dal XIX al XX secolo*, in Sabino CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 251-270; Sabino CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in Sabino CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003 (2° ed. 2000), vol. I, *Diritto amministrativo generale*, tomo I, pp. 1-94.

[158] La distinzione risale al pensiero di Dicey e alla sua ricezione ad opera di Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1929 (2°ed.) e di Santi ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1930 (pp. 9-10) e di Guido ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 1930 (pp. 17-20). Tale distinzione è stata criticata da Sabino CASSESE, *La ricezione di Dicey in Italia e in Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, in *Mat. St. Cult. Giur.*, 1995, a. XXV, n. 1, pp. 107-131, il quale osserva che « *Dicey fu sottoposto ad un processo di decontestualizzazione* » (p. 110), e registra che « [*l*]*a rassegna delle opinioni dominanti nella prima metà del secolo consente di notare come, dall'idea secondo la quale nei paesi anglo-sassoni non esiste una scienza del diritto amministrativo, si sia passati ad un concezione secondo la quale in quei paesi non esiste neppure un diritto amministrativo, essendo l'amministrazione soggetta al diritto comune e ai giudici ordinari. Per comprendere l'importanza di questo mutamento di punto di vista, va ricordato che è all'inizio del secolo che si consolida l'opinione che il diritto amministrativo vada considerato come diritto comune della pubblica amministrazione, abbandonandosi, invece, l'impostazione secondo la quale il diritto amministrativo è diritto derogatorio od eccezionale, che trova attuazione solo quando non si applichi il diritto privato. Questa concezione, però andava di pari passo con quella secondo la quale anche il diritto privato può applicarsi alla*

sarebbe un'esigenza di specialità, determinata dalla qualità dell'ente pubblico in quanto autorità, che lo pone in posizione di supremazia rispetto alla collettività dei consociati,[159] mentre in un sistema di diritto comune il

---

pubblica amministrazione, la decisione, essendo, caso per caso, di diritto positivo » (p. 117). Cfr. Sabino CASSESE, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quad. Fior.*, 1990, a. XIX, pp. 5-82. In Italia, Massimo Severo GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, parte I, *Premesse sociologiche, storiche e profili costituzionali*, Cap. I, *Le amministrazioni pubbliche: profili storici e sociologici*, §§ 6-9, distingue tra « *tipo strutturale a normazione comune* » e « *tipo strutturale a normazione pubblica* » per ricavare la nozione di "*Stato a diritto amministrativo*", pp. 15-32. Per la ricostruzione storica e teorica, Bernardo SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. Amm.*, 1995, a. III, n. 2, pp. 483-518; Marco MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, a. XXIX, n. 2, pp. 463-510, ripubblicato in Mauro RENNA, Fabio SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 3-40.

[159] Claudio FRANCHINI, *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle "interferenze" tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro Amm.*, 1994, a. LXX, n. 1, pp. 237-255, osserva « *che non solo le pubbliche amministrazioni, ma anche i soggetti privati possono esercitare poteri che incidono in maniera rilevante sugli interessi della collettività ed essere associati nella gestione dei servizi pubblici e che, conseguentemente, risulta impossibile continuare a utilizzare i concetti di potere e di servizio pubblico per giustificare la specialità del diritto amministrativo. Occorre fare riferimento agli strumenti di volta in volta adottati dalla pubblica amministrazione per verificare la natura dell'attività e, quindi, la sua disciplina: vi saranno regole speciali soltanto se i caratteri sostanziali dell'azione amministrativa esuleranno dalla sfera della disciplina del diritto privato* » (p. 252). Si corre sempre il rischio di derivare la specialità del regime di un'attività amministrativa dalla specialità dell'ente pubblico in quanto autorità,

diritto privato fissa la regola -appunto- comune tanto ai privati, quanto all'Amministrazione pubblica, intesa in senso lato.
È opinione diffusa che gli ultimi decenni del secolo scorso hanno visto l'espandersi del diritto comune sulla sfera pubblica,[160] una volta abbattuto il pregiudizio nei confronti del ricorso all'attività di diritto privato solo in via d'eccezione, cosa che « *non ha alcun fondamento, né storico né normativo* ».[161]
Sin dagli anni '70 Giannini avvertiva che « *le conseguenze di queste modificazioni del diritto positivo e di questi diversi orientamenti della dottrina sono state: il restringimento dell'area regolata dalla normazione*

---

soprattutto quando tale ente pubblico è formalmente vestito come soggetto privato, tanto da « *ingenerarsi qualche confusione fra gli aspetti giuridici per poter predicare l'esistenza della amministrazione pubblica e quelli che sono elementi del suo regime giuridico* »: Domenico SORACE, *Un'idea di amministrazione pubblica*, in *Dir. Pubb.*, 2016, a. XXII, n. 1, pp. 451-464, cit. p. 453.

[160] Cfr. Marco MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Giappichelli, Torino, 2000.

[161] Massimo Severo GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna, 1986, rileva che « [*n*]*on ha alcun fondamento, né storico né normativo, la tesi, ripetutamente sostenuta, anche di recente, secondo cui l'attività di diritto privato avrebbe carattere subordinato o eccezionale di fronte all'attività di diritto pubblico* » (p. 116). La posizione assunta nel 1986, in realtà, risale a quella contenuta nella voce enciclopedica *Diritto amministrativo* del 1964 e nel manuale di *Diritto amministrativo* del 1970. Cfr. Marco MAZZAMUTO, *La matrice dottrinaria del filoprivatismo: Massimo Severo Giannini*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2013. L'amministrazione pubblica in forma privatistica. Atti del Convegno Annuale. Milano, 27-28 settembre 2013*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 23-30.

propriamente amministrativa; l'ampliamento dell'area regolata dal diritto privato; la ricostituzione di un'area di diritto comune a privati e a pubblici operatori di tipo essenzialmente privatistico ».[162]

Tale bipartizione ha valore senz'altro descrittivo, ma può assumere valenza euristica ai fini della presente ricerca.

In particolare, il richiamo alla forma del sistema, propria di ciascuno Stato membro, consente di mettere in guardia dai condizionamenti impliciti che derivano dall'interpretazione sistematica del contratto di cooperazione in termini di modulo convenzionale alternativo al modulo unilaterale di esercizio del potere pubblico.

Del resto, l'argomento basato sulla costruzione dell'ordinamento pubblicistico come sistema "a diritto amministrativo" era stato svolto da Pugliese per dimostrare che il pubblico potere, siccome finalizzato alla cura di interessi pubblici, richiede di sottomettere all'"evidenza pubblica" i fini (motivi o interessi) dell'attività amministrativa proprio quando la pubblica Amministrazione utilizza strumenti di diritto privato.[163]

---

[162] Massimo Severo GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970 (1° ed.), vol. I, p. 657.

[163] Francesco Paolo PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1971, a. XXI, n. 4, pp. 1469-1509, sottolinea che « *la natura pubblica del potere che si attua nel procedimento non dipende dalla veste formale che assume l'atto finale o un atto intermedio, ma dalla cura di interessi pubblici, unito evidentemente a qualche altro elemento differenziante, che ci permetta di non cadere nella generalizzazione per cui ogni potere di cura di pubblici interessi è potere amministrativo in senso stretto (o autoritativo). Questo elemento differenziante non mi pare che possa essere il frutto di riflessione dogmatica, astratta dalla storia dell'ordinamento: il sistema « a diritto amministrativo » non è una categoria logica ma il frutto di una elaborazione storica di alcune società. Per dirla in breve mi*

Dunque, in forza di un sistema a regime amministrativo potrebbe risultare necessario che un accordo tra pubbliche Amministrazioni debba essere necessariamente sottoposto all'evidenza pubblica, a garanzia degli interessi pubblici coinvolti, "attraverso l'esame della deliberazione di contrattare", essendo "riconducibili ad un'attività i cui fini non sono indifferenti per l'ordinamento".[164]
Il che, peraltro, non dimostra la rilevanza dell'obbligo di gara per ragioni di tutela della concorrenza, ma solo che l'evidenza pubblica richiederebbe l'applicazione del

---

*sembra che i poteri amministrativi (in senso stretto) per la cura di interessi pubblici, all'interno di questo sistema storico, siano stati attribuiti ad alcune figure soggettive e ad altre no, poiché dall'agire di alcune figure soggettive pubbliche e non di tutte si è predicato il principio dell'*evidenziazione*: in sostanza la proiezione generalizzata della regola dell'*evidenza pubblica. *Per essa divengono rilevanti i fini (o motivi, o interessi) dell'attività amministrativa, e quindi in base ad essa quest'ultimo si denomina* funzione. *In relazione alla regola dell'*evidenza *divengono rilevanti i motivi (o interessi pubblici) connessi con i moduli di diritto privato: dunque anche questi non possono avere più che una superficiale parentela con i loro analoghi interprivati* [...] *l'evidenziazione dei motivi rende questi rilevanti nel rapporto intersoggettivo* » (p. 1486).

[164] Francesca TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica Amministrazione*, in *Dir. Pubb.*, 1998, a. IV, n. 1, pp. 35-71, chiarisce che « [*l*]*'espressione 'contratti ad evidenza pubblica' (oggi usata comunemente per designare i contratti preceduti da gara) è stata coniata a suo tempo er sottolineare la presenza, nella procedure contrattuali dell'amministrazione, di un rapporto di controllo, diretto a verificare attraverso l'esame della deliberazione di contrattare e degli atti negoziali anche successivi alla stipulazione del contratto, la rilevanza del fine e la convenienza delle decisioni assunte dall'amministraazione nell'ambito dell'attività di diritto privato* » (p. 37).

principio di imparzialità e di trasparenza nella negoziazione avviata tra pubbliche Amministrazioni.
Di conseguenza, seguendo la ricostruzione dell'istituto alla luce della forma di sistema e della dogmatica,[165] si potrebbe pervenire a risultati interpretativi disomogenei all'interno dell'Unione, considerato che nell'ordinamento italiano si è pervenuti « *alla graduale pubblicizzazione e, quindi, funzionalizzazione dell'attività privata dell'amministrazione pubblica* »,[166] con la conseguenza che l'attività di committenza di beni e servizi è stata sottoposta a regime amministrativo.[167]

---

[165] Eberhard SCHMIDT-AßMANN, *La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma ("la nuova scienza del diritto amministrativo")*, in *Dir. Amm.*, 2015, a. XXIII, n. 2-3, pp. 255-290, dichiara che « [*n*]*el diritto la dogmatica è sempre contemporaneamente conservazione e avanzamento: -* conservazione*, in quanto il diritto deve stabilizzare le aspettative dei comportamenti e, a tal fine, è richiesta certezza giuridica; - ma allo stesso modo essa rappresenta un* avanzamento*, in quanto deve elaborare i nuovi sviluppi del diritto e mostrare le possibili opzioni per le fasi successive* » (p. 255).
[166] Massimo Severo GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1988 (2° ed., 1970), vol. II, p. 447.
[167] In Italia, il contratto pubblico di appalto, forniture e servizi è a regime amministrativo, nella sua fase di formazione. Convincente la ricostruzione di Guido GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 1984. Secondo l'Autore, il contratto per l'approvvigionamento di commesse pubbliche è così definibile: « *gli atti di evidenza pubblica formativi della volontà negoziale e contrattuale dell'Amministrazione sono atti a regime amministrativo, ad effetti civilistici e a contenuto negoziale* » (p. 107). In particolare, il contenuto negoziale dipende dalla « *omogeneità, quanto a contenuto, con gli atti di volontà contrattuale di qualunque privato, nel quadro di un fenomeno complessivo di autoregolamentazione delle rispettive sfere giuridiche e, così, di autonomia privata* » (p. 109). Cfr. Stefano

Occorre, dunque, esaminare il nuovo istituto a prescindere dalla natura pubblicistica dell'accordo tra enti pubblici nel singolo ordinamento, come avviene nell'ordinamento italiano (essendo tale specifica natura dipendente dalla forma del sistema nazionale).
Stando così le cose, il contratto di cooperazione non ha ad oggetto assiomaticamente l'attività organizzativa e dunque non rispecchia una situazione meramente interna, che sarebbe comunque irrilevante per il diritto europeo dei contratti pubblici, al punto tale da rendere vana, se non inutile, la codificazione dell'istituto elaborato a livello giuriprudenziale.
Invero, giova rammentare che la deducibilità in un contratto tra amministrazioni aggiudicatrici di un'attività economica non implica, anzi presuppone la legittimazione dell'amministrazione aggiudicatrice partecipante alla cooperazione ad agire sul mercato, che sarà stabilita non nella medesima fattispecie contrattuale ma in un atto *aliunde*, cioè nell'atto normativo che ne definisce i compiti istituzionali.
Sulla base delle considerazioni appena svolte, occorre verificare entro che limiti il contratto di cooperazione può incidere sul mercato interno, essendo ammessa *ex lege* la deducibilità nel contratto di attività sul mercato aperto, come previsto dalla lett. c), art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016.

Salvatore SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2008, cap. II, *Evidenza pubblica e contratto*, § 2. *L'evidenza pubblica e i suoi nessi con il contratto*, pp. 71-79.

3. *Obiettivo dello studio: servizio pubblico e mercato aperto nel contratto di cooperazione*.

Nel paragrafo precedente sono state esposte le ragioni per la quali la convenzione pubblicistica, introdotta all'art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016 non è configurabile come modulo convenzionale di esercizio del pubblico potere, ma deve essere qualificata come fattispecie negoziale in cui la cooperazione non è elemento qualificante, ma strumentale alla realizzazione di diverse forme di organizzazione come l'aggregazione dell'offerta dei servizi pubblici o la condivisione delle risorse e delle prestazioni, anche accessorie e complementari.
In considerazione delle ragioni esposte, si è giunti alla provvisoria conclusione per cui l'istituto in esame non corrisponde ad una situazione meramente interna, che sarebbe indifferente alla realizzazione del mercato europeo.
Diventa, quindi, necessario chiedersi in che termini il contratto di cooperazione, come congegnato a livello europeo, è compatibile con il mercato interno.
In particolare, la norma mette in relazione il servizio pubblico e il mercato aperto, termini che costituiscono due condizioni per accedere all'esenzione.
In base all'art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016, da una parte, « *l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune* », come previsto alla lett. a), cit., e dall'altra parte, « *le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione* ».

Uno svolgimento lineare del ragionamento implicherebbe una precisione nella definizione della nozione di servizio pubblico e di mercato aperto, raggiungibile solo con una digressione analitica che sarebbe eccessivamente dispersivo tentare qui.
Pertanto, il punto centrale della presente esposizione sta nel rendere le ragioni per cui la cooperazione nel servizio pubblico ammette lo svolgimento di attività sul mercato aperto, come oggi esplicitamente previsto.
A tale riguardo, il Consiglio di Stato si è espresso in senso contrario alla possibilità di dedurre attività contendibili sul mercato nell'accordo tra pubbliche amministrazioni, sostenendo che « [*q*]*ualora un'amministrazione si ponga rispetto all'accordo come operatore economico* [...], *non è possibile parlare di una cooperazione tra enti pubblici per il perseguimento di funzioni di servizio pubblico comune, ma di uno scambio tra i medesimi* ».[168]
Invero, la questione merita un'analisi più attenta.
Anzitutto, vale la pena tenere a mente tre fattori innovativi che emergono dai considerando alle direttive del 2014 e dal documento di lavoro della Commissione del 4 ottobre 2011, in tema di cooperazione pubblico-pubblico:

---

[168] Cons. Stato, Sez. V, 23 giugno 2014, n. 3130, caso *Università di Pavia II*; Cons. Stato, 15 luglio 2014, n. 3849, caso *Asl Lecce* e Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2010, n. 6548, caso *Università di Pavia I*. Entrambe le sentenze aggiungono che « [*v*]*isti nel prisma del diritto europeo, quindi, gli accordi tra pubbliche amministrazioni previsti dalla legge generale sul procedimento amministrativo sono necessariamente quelli aventi la finalità di disciplinare attività non deducibili in contratti di diritto privato, perché non inquadrabili in alcuna delle categorie di prestazioni elencate nell'allegato II-A alla direttiva 2004/18 di coordinamento degli appalti di lavori, servizi e forniture* ».

(*i*) « [*t*]*ale cooperazione potrebbe riguardare tutti i tipi di attività connesse alla prestazione di servizi* »;[169]
(*ii*) « [*i*] *servizi forniti dalle diverse amministrazioni partecipanti non devono necessariamente essere identici; potrebbero anche essere complementari* »;[170]
(*iii*) « [*n*]*ei casi in cui, per ragioni pratiche, l'esclusione totale sarebbe contraria all'interesse pubblico generale che regge la cooperazione (ad esempio l'uso economicamente ragionevole delle risorse), un'attività strettamente accessoria e marginale con gli enti che non partecipano alla cooperazione (ad esempio l'uso ragionevole di una possibile capacità in eccesso) potrebbe risultare accettabile* ».[171]
Dagli indirizzi appena espressi sembrerebbe di desumere che la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici è esente dall'obbligo di gara anche quando è estesa a "tutti i tipi di attività" – questo a patto tali attività siano

---

[169] Considerando (47), primo capoverso, secondo periodo, *incipit*, dir. 2014/23/UE, considerando (33), primo capoverso, secondo periodo, *incipit*, dir. 2014/24/UE. Nulla è specificato nella dir. 2014/25/UE.
[170] Considerando (47), primo capoverso, secondo periodo, *desinit*, dir. 2014/23/UE, considerando (33), primo capoverso, secondo periodo, dir. 2014/24/UE, prevedono che « [*i*] *servizi prestati dalle diverse amministrazioni partecipanti o dai diversi enti partecipanti non devono necessariamente essere identici; potrebbero anche essere complementari* ». Nulla è specificato nella dir. 2014/25/UE.
[171] Commissione europea, DG Mercato interno e servizi, Documento di lavoro dello Staff, concernente « *l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico")* », traduzione italiana non ufficiale, SEC(2011) 1169 def., in data 4 ottobre 2011, p. 16, nt. 47.

strumentali e collegati ("*linked*") all'erogazione del servizio pubblico, come affermato da Arrowsmith.[172]
Dal punto di vista qualitativo, tali attività non devono poi essere identiche tra le parti contraenti, ma possono essere anche complementari, il che spinge a sostenere, insieme ad Arrowsmith,[173] che la partecipazione alla cooperazione potrebbe perfino consistere nella vendita di una quota di mercato ("*obligation to purchase*"), può essere limitata a garantire la domanda rispetto alla produzione o mettere a disposizione il mercato in pratica ("*limited merely to guaranteeing demand for output–or possibly simply providing a market in practice*"), dato che questo "*will entail benefits of economies of scale*", ossia implicherà i benefici dell'economie di scala, assicurando "*consequent economic savings*", ossia i conseguenti risparmi di spesa.[174]
Al riguardo, conviene soggiungere che i risparmi di spesa non devono necessariamente giustificare la cooperazione,

---

[172] Sue ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Volume 1*, Sweet and Maxwell, 2014 (3° ed., 1997), segnala che « *there is also a specific reference to the carrying out of* public services. *However, this does not seem to limit the doctrine significantly and does not limit it to co-operation in relation to services directly, since provision of supplies or works may be linked to provision of public services* » (p. 527, § 6.201).

[173] Sue ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Volume 1*, Sweet and Maxwell, 2014 (3° ed., 1997), ritiene che « [*i*]*t is certainly to be hoped that the CJ will interpret the requirement to allow provision of a sufficient market to qualify, which should go a significant way towards providing the required flexibility* » (p. 528, § 6.201).

[174] Sue ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Volume 1*, Sweet and Maxwell, 2014 (3° ed., 1997), cit. p. 523, § 6.192, p. 528, § 6.201 e ancora p. 523, § 6.192.

non essendo un requisito previsto dalla legge; del pari, anche la realizzazione di economie di scala sembra una ragione ammissibile e già ampiamente accettata, almeno ai fini della gestione aggregata dei servizi pubblici.[175]

---

[175] Cfr. art. 25, rubricato "[*p*]*romozione della concorrenza nei servizi pubblici locali*", D.L. n. 1/2012, conv. in L. n. 27/2012 (c.d. decreto liberalizzazioni), che ha introdotto l'art. 3-*bis*, D.L. n. 138/2011, conv. in L. n. 148/2011, recante "[*a*]*mbiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali*"; la norma aveva lo scopo di organizzare ex lege « *ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala* » (*sic*, comma 1, art. 3-*bis*, cit.). Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 aprile 1998, n. 477, *Com. Paullo e Azienda Energetica Municipale di Milano S.p.a. v. Basil Gas S.r.l.*, in *Giur. It.*, 1998, pp. 2184-2187, ritiene che « [*s*]*e la costituzione di un soggetto dedicato è idonea a garantire economie di scala, riduzione dei costi o razionalizzazione del bacino di utenza, l'opzione dell'ente locale non potrebbe esporsi ad alcuna censura solo perché escludente il ricorso al confronto competitivo* »; Andrea PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2001, precisa « [*i*]*n questo caso l'impresa realizza economie di scala, in conseguenza dell'estensione delle proprie operazioni a mercati di prodotti omogenei, ma geograficamente distinti* » (p. 547); Dario CASALINI, *Aiuti di Stato, servizi di interesse economico generale a rete e criterio dell'investitore privato in economia di mercato*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2003, a. II, n. 10, pp. 2732-2750, sottolinea che « [*l*]*'ente beneficiario dell'aiuto* [...] *potrebbe ottenere un vantaggio competitivo illegittimo (idoneo cioè a « falsare la concorrenza ») non in virtù del conseguimento di economie di scala realizzabili nelle « condizioni normali di mercato » in cui opera un gruppo societario privato, bensì traendo beneficio dalla situazione di monopolio legale in cui opera l'ente erogatore e controllante nel diverso settore di mercato* » (p. 2748); Bernardo Giorgio MATTARELLA, *Il procedimento*, in Sabino CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004, Cap. VII, pp. 187-233, spec. § 6.3, *Gli accordi tra amministrazioni*,

Del resto, non v'è ostacolo perché la complementarietà delle attività possa esprimersi con un'obbligazione di *facere*, invece che con la sola messa a disposizione della rete del servizio, che può anche essere oggetto del trasferimento della quota del mercato.
Quanto, poi, alle attività accessorie, tale previsione non deve per nulla stupire, dal momento che nell'ordinamento italiano era stata già accettata l'esenzione dall'obbligo di gara delle attività accessorie all'affidamento del servizio,[176] anche per l'esecuzione di opere,[177] pur con tutte le cautele della dottrina.[178]

---

segnala che « [*l*]*e pubbliche amministrazioni hanno sempre concluso accordi tra loro: per regolare e coordinare l'esercizio delle rispettive competenze, per realizzare progetti impegnativi, per ottenere economie di scala* » (p. 225); Roberto CAVALLO PERIN, *Il modulo "derogatorio" in autoproduzione o* in house providing, in Harald BONURA, Massimo CASSANO (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Percorsi e disciplina generale*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 119-135, osserva che « *è ammessa unicamente un'attività* minore *per i terzi che deve essere svolta a realizzare economie di scala o sinergie produttive utili alla prestazione dell'attività principale legata all'autoproduzione* » (p. 121).

[176] Cons. Stato, Sez. II, 28 febbraio 1996, n. 366, richiesto dal Ministero Lavori Pubblici, in *Cons. Stato*, 1996, a. XLVII, pt. I, pp. 1428-1430, evidenzia che « *l'obbligo di applicare le procedure concorsuali previste dalla normativa comunitaria non opera nelle ipotesi di attività accessorie, strumentali, di natura squisitamente specialistica o simili, che non siano tali da far venire meno il principio della « gestione diretta » su cui si fonda – come si è detto – la possibilità di affidamento del servizio* » (p. 1429).

[177] Cons. Stato, Ad. Gen., 16 maggio 1996, n. 90, recante parere sullo "schema di regolamento concernente la costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali", in *Cons. Stato*, 1996, a. XLVII, pt. I, pp. 1640-1655, nonché in Marco CAMMELLI, Alberto ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica*

nel sistema locale, Maggioli, Rimini, 1997, pp. 407-433, osserva che « [*q*]*uanto, poi, al dubbio prospettato dal Dipartimento delle politiche comunitarie, circa la compatibilità con la disciplina comunitaria, in ordine all'estensione della disciplina regolamentare alla «realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento dei servizi», l'Adunanza concorda con quanto prospettato dalla Presidenza del Consiglio, che sottolinea come la disciplina comunitaria in materia di procedure di affidamento di contratti di appalto, diversi da quelli di lavori pubblici, contempli la possibilità che il futuro contraente, oltre all'esecuzione della prestazione principale, provveda all'esecuzione di opere, subordinando tale eventualità alla condizione che il valore (e la consistenza) delle opere non prevalgono rispetto a quello della prestazione fondamentale oggetto del contratto. Una situazione del genere dovrebbe, appunto, verificarsi nel caso in esame, posto che il regolamento concerne, dichiaratamente, la costituzione di società miste per l'esercizio di «servizi pubblici», e non per la realizzazione di «opere»; pare opportuno, tuttavia, esplicitare, nel testo dell'emanando regolamento, la natura meramente «accessoria» delle eventuali opere necessarie per lo svolgimento del servizio. È chiaro infatti che, ove l'emananda disciplina regolamentare autorizzasse la costituzione di società miste anche per la realizzazione di opere necessarie allo svolgimento del servizio, ma di una consistenza tale da prevalere sui profili concernenti la prestazione del servizio medesimo, si sarebbe contemporaneamente al di fuori dell'ambito delle previsioni della norma di legge primaria (art. 4 decreto legge n. 26 del 1995) ed in contrasto con la normativa comunitaria* » (punto 8, p. 1651).

[178] Marco CAMMELLI, Alberto ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Maggioli, Bologna, 1997, Parte II *Il regime generale delle S.p.A. miste*, Cap. III, *Il difficile cammino della società a partecipazione pubblica minoritaria*, § 4, *Servizi pubblici e opere accessorie*, pp. 279-283, avvertono il rischio che « *il rapporto tra gestione del servizio e realizzazione di infrastrutture ed in particolare l'esigenza che una dilatazione del secondo gruppo di attività economiche finisca per prevalere sul primo, con la conseguenza che il soggetto assuntore* ex lege *del servizio finirebbe per trasformarsi surrettiziamente in un soggetto*

Invero, strumentalità, accessorietà e complementarietà delle attività interessate dalla cooperazione rispetto al servizio pubblico non sono temi nuovi per il diritto europeo, posto che sono condizioni che non legittimano affatto le pubbliche Amministrazioni ad agire nel mercato oltre i fini istituzionali.

Anzitutto, giova rammentare come la Corte di Giustizia abbia ripetutamente allargato le maglie delle cause di esenzione dalle regole del mercato interno e dalle regole di concorrenza, introducendo una serie di criteri interpretativi, che sono omologhe alle nozioni di strumentalità, accessorietà e complementarietà.

In altre parole, sembra profilarsi una sorta di uniformità tra l'esenzione dalle regole della concorrenza delle attività accessorie ai servizi di interesse generale e ai servizi di interesse economico generale e l'esenzione dalle regole del mercato interno per le attività accessorie e connesse all'erogazione del servizio pubblico, offerte in regime di cooperazione inter-amministrativa.

È noto, infatti, che vi possono essere attività economiche "supplementari" e "scindibili" dal servizio di interesse economico generale che, pur non costituendo di per sé

---

costruttore eludendo la normativa sugli appalti pubblici di opere » (p. 281), e la necessità della « *regolamentazione della realizzazione delle «opere necessarie al corretto svolgimento dei servizi», attività questa destinata ad insistere su una terra di nessuno* » (p. 281), suggerendo che « [*t*]*entando di conferire spessore al dato normativo, si deve senz'altro ritenere che il vincolo di accessorietà-necessità dovrà essere inteso in un'accezione rigorosamente funzionale-oggettiva, escludendo per quanto possibile i riflessi di valutazioni meramente soggettive dell'ente territoriale titolare del servizio, il quale potrebbe essere tentato di dilatare oltre misura la nozione accessorietà per sottrarsi all'adempimento degli obblighi di selezione concorsuale* » (p. 283).

servizio pubblico,[179] sono riservate al settore pubblico per "beneficiare di condizioni economicamente accettabili", ma sono contrarie alle regole di concorrenza "nella misura in cui questi servizi, per loro natura e per le condizioni in cui sono offerti, quali l'area geografica in cui sono prestati, non pregiudichino l'equilibrio economico del servizio di interesse economico generale esercitato dal titolare del diritto esclusivo" (caso *Corbeau*, punto 16 e punto 19),[180] anche se "non è necessario, ai fini dell'applicazione dell'art. 90, n. 2, del Trattato [art. 106, comma 2, T.F.U.E.], che risultino minacciati l'equilibrio finanziario o la redditività economica dell'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale" (caso *Albany*, punto 107).[181]

Poi, nell'ambito dei "compiti di interesse generale" esistono attività non scindibili "dalle altre attività dell'organizzazione", per le quali un soggetto "opera nell'esercizio dei pubblici poteri" (caso *Eurocontrol*, C-364/92, 19 gennaio 1994),[182] sicché, "qualora la suddetta attività economica sia indissociabile dall'esercizio dei suoi pubblici poteri, tutte le attività svolte da tale ente rimangono attività che si ricollegano all'esercizio dei

---

[179] Elisa SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Cedam, Padova, 2003, sottolinea che ci sono attività « *che, pur non costituendo servizio pubblico, sono comunque riservate in quanto, ad esempio, necessarie alla gestione economica del servizio pubblico* » (p. 290).

[180] C.G.C.E., 19 maggio 1993, C-320/91, *Paul Corbeau*, ECLI:EU:C:1993:198.

[181] C.G.C.E., 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, ECLI:EU:C:1999:430.

[182] C.G.C.E., 19 gennaio 1994, C-364/92, *Sat Fluggesellschaft Mbh v Eurocontrol*, ECLI:EU:C:1994:7, caso *Eurocontrol*, cit. punti 27 e 28, *incipit* e *desinit*.

pubblici poteri" (caso *Compass-Datenbank*, C-138/11, 12 luglio 2012).[183]
Inoltre, le attività accessorie ai servizi di interesse generale non sono soggette alle regole di concorrenza.[184] E lo stesso vale per ogni attività "inscindibilmente legata" ad un servizio di interesse economico generale (caso *EasyPay*, C-185/14, 22 ottobre 2015).[185]

---

[183] C.G.U.E., Sez. III, 12 luglio 2012, *Compass-Datenbank GmbH v Republik Österreich*, ECLI:EU:C:2012:449, cit. punto 38; C.G.U.E., Sez. II, 26 marzo 2009, C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati SpA v Commissione delle Comunità europee, Organizzazione europea per la sicurezza della navigazione aerea (Eurocontrol)*, ECLI:EU:C:2009:191, punto 70. Cfr. comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 2016/C, 262/01, in data 19 luglio 2016, precisa che « [*s*]*e svolge un'attività economica che può essere dissociata dall'esercizio dei suoi pubblici poteri, l'ente pubblico agisce come impresa in ordine a tale attività. Al contrario, qualora la suddetta attività economica sia indissociabile dall'esercizio dei suoi pubblici poteri, le attività complessive svolte da tale ente rimangono attività che si ricollegano all'esercizio dei pubblici poteri e non rientrano dunque nel concetto di impresa* » (punto 18).
[184] Jerónimo MAILLO, *Service of General Interest and EC Competition Law*, in Giuliano AMATO, Claus-Dieter EHLERMANN, Assimakis KOMNINOS (a cura di), *EC Competition Law. A critical Assessment*, Hart Publishing, Portland, 2007, pp. 591-625, sottolinea che « *welfare state activities* [...] *are excluded from the application of the competition rules. Economic aspects related to these activities, if they are ancillary, are considered of marginal importance: they do not change the nature o f the activity and they benefit from the exclusion* » (p. 595).
[185] C.G.U.E., 22 ottobre 2015, C-185/14, *EasyPay AD, Finance Engineering AD v Ministerski savet na Republika Bulgaria* et alius, ECLI:EU:C:2015:716, cit. punto 40.

Inoltre, commette abuso di posizione dominante un'impresa che "si riserva un'attività ausiliaria che potrebbe esser svolta da una terza impresa nell'ambito delle sue attività su un mercato vicino, ma distinto, con il rischio di eliminare qualsiasi concorrenza da parte di detta impresa" (caso *CBEM*, C-311/84, 3 ottobre 1985).[186]
Da ultimo, conviene rammentare che, in seguito al caso *BUPA*, « *il riconoscimento di una missione SIEG non presuppone necessariamente che all'operatore preposto a tale missione venga concesso un diritto esclusivo o speciale per assolverla* ».[187] Questa pronuncia retroagisce sulla nozione di servizio pubblico in ambito europeo: infatti, l'ente pubblico può assumersi una missione di servizio pubblico senza riserva pubblica, ossia senza diritto esclusivo. Conferma di ciò si trova da parte della Commissione europea secondo cui « *il semplice fatto che la prestazione di un servizio pubblico sia affidata ad una specifica impresa non significa che tale impresa goda di un monopolio legale* ».[188]
Il che combacia con la previsione del mercato aperto *sub* lett. c), art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 55072016, inserita nella fattispecie del contratto di cooperazione, che suppone come

---

[186] C.G.C.E., Sez. V, 3 ottobre 1985, C-311/84, *CBEM v CLT e IPB*, ECLI:EU:C:1985:394, punto 27. Cfr. C.G.C.E., Sez. V, 25 ottobre 2001, C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz*, ECLI:EU:C:2001:577, punto 59.
[187] Trib. C.E., Sez. III ampliata, 12 febbraio 2008, T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd, BUPA Ireland Ltd v Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:2008:29, punto 179.
[188] Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 2016/C, 262/01, in data 19 luglio 2016, § 6.2, *Distorsione della concorrenza*, nota 272, p. 42.

il servizio pubblico sia istituito senza riserva pubblica affinché l'esenzione sia applicabile, posto che il mercato aperto è logicamente incompatibile non con il servizio pubblico, ma solo con la riserva pubblica.[189] Del resto, Caia aveva messo in evidenza che « *si tende ad assimilare la nozione di servizio pubblico assumibile con quella di servizio riservato, cioè in regime di monopolio pubblico (nei casi di specie, locale). Tale impostazione non è esatta. In via generale e salve le specifiche previsioni legislative di una riserva di attività, le iniziative degli enti locali nel campo dei servizi pubblici non escludono analoghe, concorrenziali iniziative private* ».[190]

---

[189] Francesca TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2016 (5° ed., 2007), Cap. I, *Forme e scopi dell'azione pubblica nell'economia*, § III, *I principi costituzionali alla luce del diritto dell'Unione europea*, § 17, *L'art. 43 Cost.: la riserva pubblica di attività economiche*, ritiene che « [*a*]*lla riserva pubblica di attività economiche corrisponde l'esclusione dell'iniziativa economica privata. La riserva determina la chiusura dei relativi mercati: il comune operatore economico non è libero di intraprendere l'attività che è oggetto di riserva* » (p. 33).

[190] Giuseppe CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, in *Foro Amm.*, 1991, a. LXVII, n. 12, pp. 3167-3189, § 3, *Regime generale di operatività dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali, incipit*, cit. p. 3177. L'Autore prosegue affermando, con riguardo all'ordinamento italiano che « [i]*l fondamento costituzionale dell'assunzione dei servizi pubblici, a carattere economico e imprenditoriale, da parte degli enti locali non è l'art. 43 cost., bensì l'art. 41 della medesima, nella parte in cui riconosce l'iniziativa (attività) economica pubblica; l'art. 43 cost. potrà certamente venire in questione anche in questa materia, ma solamente per i servizi il cui espletamento venga riservato agli enti locali dalla legge qualora ricorrano i presupposti* » (p. 3177), ciò significa che « *l'assunzione di un servizio in esclusiva è ammessa solo (tassativamente) in presenza di una espressa ed*

A fronte di tali considerazioni, assume importanza l'oggetto dell'attività economica più che l'oggetto del servizio pubblico, dal momento che la scindibilità dell'attività economica rispetto al servizio di interesse economico generale potrà essere determinante per stabilire se la cooperazione per via contrattuale non si risolve, in realtà, in una forma di affidamento diretto a terzi che si maschera una restrizione o una distorsione della concorrenza.

In altre parole, è possibile darsi lo svolgimento di un'attività economica insieme all'assolvimento di un compito di servizio pubblico.[191]

La natura pubblicistica del compito alla base dell'assunione del servizio pubblico,[192] pertanto, non è in grado di restringere l'oggetto dell'attività interessata dalla

---

inequivoca previsione di legge » (p. 3178), e ancora « *la riserva rigurda la situazione soggettiva di impresa e non anche la sua forma di gestione, con un preteso vincolo all'assunzione diretta da parte dell'ente riservatario* » (p. 3178), con la precisazione che « *le due ipotesi del servizio obbligatorio e del servizio in privativa non sono necessariamente coincidenti* » (p. 3180).

[191] Alberto ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, 1994, a. II, n. 4, pp. 459-521, nonché, con il titolo *La concessione di un pubblico servizio*, in Giuseppe PERICU, Alberto ROMANO, Vincenzo SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 11-81, sottolinea come le prestazioni del servizio pubblico possono essere organizzate in modo imprenditoriale: « *la loro produzione e distribuzione, almeno tendenzialmente, potrebbe essere organizzata in modo imprenditoriale* » (p. 469, ed. 1993, p. 22, ed. 1995).

[192] Sue ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Volume 1*, Sweet and Maxwell, 2014 (3° ed., 1997), segnala che « *the task in which the parties co-operate should be public in nature* » (p. 523, § 6.193).

cooperazione e di estromettere l'attività economica che è accessoria all'erogazione del servizio pubblico.
Di avviso opposto è l'opinione di chi ha ritenuto opportuno che « *si rimanga nell'ambito della cooperazione nello svolgimento di compiti o servizi rientranti tipicamente o per natura nelle attività delle amministrazioni pubbliche a beneficio degli amministrati e non, invece, nelle attività economiche aventi un mercato*»,[193] con l'esplicita ammissione che tale interpretazione non ha fondamento giuridico, ma dovrebbe trarre alimento dalla "natura delle cose".[194]

---

[193] Gerolamo TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, in *Federalismi*, 2015, n. 18, pubblicato *on line* sul sito www.federalismi.it in data 30 settembre 2015, § 4.3.1, *Accordi su attività tipicamente amministrative, anche se non costituenti funzioni comportanti l'esercizio di pubblici poteri*, cit. p. 26, estromette dall'esenzione « *le attività consistenti in compiti o servizi che non sono tipicamente della pubblica amministrazione, tanto da essere svolte anche da parte di operatori privati con modalità che danno vita a forme di mercato, eppure sono necessarie anche nella o per la pubblica amministrazione* » (p. 25).

[194] Gerolamo TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, in *Federalismi*, 2015, n. 18, pubblicato *on line* sul sito www.federalismi.it in data 30 settembre 2015, § 4.3.1, *Accordi su attività tipicamente amministrative, anche se non costituenti funzioni comportanti l'esercizio di pubblici poteri*, afferma che « [s]*ul piano metodologico, si può fondatamente dubitare che quello prospettato e suggerito sia un criterio interpretativo e distintivo di carattere giuridico-formale. Anzi non lo è proprio. Ma non sarebbe corretto respingerlo solo per questo. Il diritto europeo non è infatti vincolato all'uso di siffatte categorie, tanto care ad una parte della dottrina amministrativistica italiana, quanto piuttosto alla "natura delle cose" quale elemento sul quale fondare l'armonizzazione normativa* » (p. 25).

Come visto in precedenza, la natura delle cose si limita a respingere valutazioni assiomatizzate, ma non consente affatto interpretazioni assiologiche, fondate sul riconoscimento implicito del valore dell'apertura della concorrenza.
Partendo dalla natura delle cose, infatti, è stato possibile rintracciare l'insieme delle cause di esenzione dal diritto della concorrenza in cui un'attività economica rimane soggetta al regime di esenzione del servizio di interesse economico generale, dal momento che tale prestazione non comporta restrizione della concorrenza.
Di conseguenza, l'estromissione, appena prospettata, delle attività economiche, dall'ambito dell'esenzione del contratto di cooperazione risulta, oltre che infondato sul piano formale, anche incoerente sul piano assiologico, tanto che è lo stesso Autore ad ammettere nuovamente che le attività *di semplice gestione patrimoniale e di acquisizione di beni o servizi, «* [s]*erto, sono necessarie anche per i soggetti pubblici, ma essenzialmente in chiave strumentale cioè per porli in condizione di svolgere i loro compiti istituzionali* ».[195]
A tal stregua, l'istituzione di un servizio pubblico non delimita, ma abilita l'esenzione della cooperazione per lo svolgimento di attività economiche accessorie.
Di conseguenza, non occorre soffermarsi lungamente sulla nozione di servizio pubblico, per ascriverla al diritto europeo o al diritto nazionale. Giova solo rammentare due tratti caratterizzanti la nozione di servizio pubblico che non

---

[195] Gerolamo TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, in *Federalismi*, 2015, n. 18, pubblicato *on line* sul sito www.federalismi.it in data 30 settembre 2015, § 5.2, *Attività oggetto degli accordi*, § 5.2.1, *Generi di attività*, cit. p. 33.

devono certo mancare in quella qui in esame, ossia l'offerta al pubblico e la doverosità delle prestazioni.[196]
Tratti essenziali che confermano la prevalenza dell'organizzazione sull'attività nell'istituzione di un servizio pubblico.[197]
Ragione per cui l'esenzione non potrà certo incidere sulle modalità di gestione dei servizi pubblici tipizzate dal

---

[196] Alberto ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, 1994, a. II, n. 4, pp. 459-521, nonché, con il titolo *La concessione di un pubblico servizio*, in Giuseppe PERICU, Alberto ROMANO, Vincenzo SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 11-81, sottolinea che « *le prestazioni nelle quali i servizi pubblici da concedere si risolvono, devono essere offerte, e comunque rivolte al pubblico* » (p. 468, ed. 1994, p. 21, ed. 1995), soggiunge che « *il fatto che differenzia il servizio pubblico, il vero servizio pubblico, da un'attività anche oggettivamente analoga, ma che tale non posso essere considerta, è la sua « doverosità ». In vari sensi, e con diversi gradi di precisione giuridica* » (p. 471, ed. 1994, p. 26, ed. 1995) ed, infine, sostiene che « *solo un soggetto che sia pubblico può stabilire che una determinata attività debba essere offerta alla collettività, con tale « doverosità », e, quindi, come il contenuto di un servizio pubblico* » (p. 479, ed. 1994, p. 34, ed. 1995).
[197] Marco CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le regioni*, 1992, a. XX, n. 1, pp. 7-62, ricorda che « *si può dunque affermare, riassuntivamente, che il servizio pubblico è più organizzazione che attività e che, se correlazione tra i due ha da esserci, allora è più il modulo organizzativo prescelto (rispetto all'iniziativa privata o alla restante organizzazione dell'ente locale) a qualificare l'attività come servizio pubblico e non viceversa* » (p. 25). Inoltre, Giuseppe PIPERATA, *Tipologie "chiuse" e forme aperte nella gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. Trim. App.*, 2003, a. XVIII, n. 4, pp. 859-875, evidenzia che « *la rilevanza data al quadro organizzatorio tipizzato in astratto dal legislatore serviva a distinguere concretamente ciò che è servizio pubblico locale da tutte le altre attività di interesse pubblico* » (p. 861).

Legislatore nazionale, ma vuole solo colpire quelle forme di affidamento dei contratti pubblici elusive dell'obbligo di gara, che possono essere mascherate sotto forma di cooperazione tra enti pubblici, perché incidenti su attività scindibili e non necessarie all'equilibrio finanziario del servizio pubblico.
Del resto, sarebbe intuitivo riportare alla mente l'assenza di una nozione di servizio pubblico in senso tecnico nell'ambito dei diritto europeo dei Trattati; allo stesso modo, sarebbe facile rammentare che il servizio pubblico veniva considerato dalla Commissione come servizio di interesse generale ovvero come l'insieme delle prerogative dello Stato,[198] e la Corte di Giustizia definisce, organizza e

[198] Comunicazione della Commissione, *I servizi d'interesse genrale in Europa*, COM(96), 443 def., in data 11 settembre 1996, segnala che « [*l*]*e condizioni di cui all'articolo 90 del trattato non si applicano alle attività non economiche (come i sistemi della scuola d'obbligo o della previdenza sociale), né alle prerogative che sono inerenti all'esercizio della potestà pubblica (in particolare la sicurezza, la giustizia, la diplomazia, lo stato civile). Il contributo che questi servizi apportano alle diverse politiche comunitarie è essenziale. Da qui lo sviluppo di forme di cooperazione e di partnership a livello europeo* » (punto 18). Comunicazione della Commissione, *I servizi d'interesse generale in Europa*, 2001/C, 17/04, 19 gennaio 2001, evidenzia che « [*l*]*e condizioni enunciate all'articolo 86 si riferiscono ai servizi d'interesse economico generale. Le norme relative al mercato interno e alla concorrenza non si applicano generalmente alle attività non economiche e non si applicano pertanto neppure ai servizi d'interesse generale nella misura in cui essi siano attività non economiche. Ciò significa in primo luogo che le questioni che costituiscono una prerogativa intrinseca dello Stato (ad esempio la sicurezza interna e esterna, l'amministrazione della giustizia, le relazioni estere e gli altri settori d'esercizio del potere pubblico) sono escluse dall'applicazione delle norme in materia di concorrenza e di mercato interno* » (punto 28).

ricorre al servizio di interesse economico generale per "prendere in considerazione obiettivi propri della loro politica nazionale" (caso *Federutility*, punto 29;[199] caso *Albany*, punto 104). Il significato di politica nazionale affiora nel lessico europeo, mentre nell'ordinamento italiano il servizio di interesse generale coincide con le funzioni pubbliche;[200] infine, sarebbe semplice ricordare che il servizio pubblico in senso soggettivo è stato fatto coincidere con il servizio di interesse economico generale.[201] Seguendo una tale linea assiomatica, sarebbe stato ovvio ritenere che il servizio pubblico preso in considerazione dalla norma è il servizio pubblico di diritto comunitario, costituito dalle funzioni pubbiche, senza possibilità di esentare la cooperazione in attività (anti)economiche svolte per il perseguimento di un bisogno

---

[199] C.G.U.E., Grande Sezione, 20 aprile 2010, C-265/08, *Federutility e altri v Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas*, ECLI:EU:C:2010:205.

[200] Eugenio PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1997, assimila il servizio pubblico in ambito comunitario alla funzione pubblica: « [*e*]*merge da tale concezione sia il collegamento più stretto della funzione amministrativa in senso proprio alla potestà pubblica e quindi in tal caso (ma solamente in tal caso) il servizio pubblico è strettamente strumentale all'esercizio di una potestà pubblica* » (p. 194).

[201] Luca BERTONAZZI, Riccardo VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in Mario P. CHITI, Guido GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007 (2° ed., 1997), parte speciale, tomo IV, pp. 1791-1896, ritengono che « [*i*]*l diritto comunitario derivato consente di concludere che la nozione comunitaria di servizio di interesse economico generale coincide con la nozione italiana di servizio pubblico (di rilevanza economica) nella sua accezione soggettiva* » (p. 1804).

di interesse generale (non economico),[202] sul preteso divieto di contrattazione di attività libere disponibili sul mercato aperto.

Non è questa la sede per verificare i fondamenti metagiuridici della teoria soggettiva secondo cui un servizio pubblico può essere istituito solo in caso di

---

[202] Cfr. comunicazione della Commissione, *I servizi d'interesse generale in Europa*, COM(2000) 580 def., 20 settembre 2000, e comunicazione della Commissione, *I servizi d'interesse generale in Europa*, 2001/C, 17/04, 19 gennaio 2001, sottolinea « [*i*] *servizi d'interesse economico generale si differenziano dai servizi ordinari per il fatto che le autorità pubbliche ritengono che debbano essere garantiti anche quando il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo. Ciò non significa che il mercato non sia, in molti casi, il miglior meccanismo per ottenere tali servizi. Molti bisogni fondamentali, come l'alimentazione, l'abbigliamento o l'alloggio, sono soddisfatti esclusivamente o in maniera preponderante dal mercato. Tuttavia, se le autorità pubbliche ritengono che alcuni servizi siano d'interesse generale e che i meccanismi del mercato potrebbero non essere in grado di garantire una prestazione soddisfacente, esse possono stabilire che le richieste di taluni specifici servizi siano soddisfatte mediante obblighi di servizio d'interesse generale. Per l'esecuzione di questi obblighi possono, ma non necessariamente devono, essere concessi diritti speciali o esclusivi, o anche essere disposti specifici meccanismi di finanziamento. La definizione di una specifica missione d'interesse generale e del servizio che la adempie non deve prevedere necessariamente una particolare modalità per la prestazione del servizio stesso. Il caso più classico è l'obbligo di servizio universale, vale a dire l'obbligo di prestare un determinato servizio su tutto il territorio nazionale a prezzi accessibili e a condizioni qualitative simili, indipendentemente dalla redditività delle singole operazioni* » (*ibidem*, punto 14). L'imposizione di obblighi di servizio pubblico e l'istituzione di un servizio pubblico sarebbero scelte alternative dal punto di vista regolatorio, in presenza di attività economiche.

fallimento di mercato,[203] tuttavia dalla giurisprudenza europea emergono dati sufficienti per desumere la sostanziale irrilevanza della nozione di servizio pubblico intesa come pubblica funzione scissa dalla nozione di attività economica, ai fini dell'applicazione dell'esenzione.
In altre parole, non si ravvisa la necessità di identificare il servizio pubblico con la riserva pubblica nell'ambito del diritto europeo (fatta salva l'identificazione, sul piano dogmatico tra l'assunzione pubblica di un servizio con il servizio pubblico in senso soggettivo);[204] dunque, il

---

[203] Guido CORSO, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in PLURES, *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione. Atti del XLI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 21-23 settembre 1995*, Giuffrè Milano, 1997, pp. 21-48, § 8, *Condizioni e limiti della produzione pubblica dei servizi*, sottolinea l'affinità del ragionamento dei giuristi con quello degli « *economisti che giustificano l'intervento pubblico nell'economia solo in caso di « fallimento del mercato »: e formando un elenco, accettato in modo pressoché uniforme, delle ipotesi di* market failure, *consentono ai giuristi di tipizzare (e quindi di rendere più certi) i presupposti dell'intervento dei pubblici poteri* » (p. 45). Nell'ordinamento italiano, in particolare, "è l'iniziativa pubblica che esige una giustificazione", quando "l'ente pubblico viene a comprimere l'iniziativa economica privata: il che può contrastare con l'art. 41 salvo che non venga dimostrata l'inadeguatezza dell'offerta privata del servizio, sotto il profilo della quantità o del prezzo" (ivi cit.).

[204] Nicoletta RANGONE, *I servizi pubblici*, il Mulino, Bologna, 1999, cit. p. 228 e Alfredo MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. Amm.*, 2012, a. XX, n. 4, pp. 567-668, § 5, *Servizio pubblico e strumenti contrattuali: il (falso) problema dell'« oggetto pubblico »*, pp. 605-616, osserva « *il superamento dell'« equazione » tra servizio pubblico e attività riservata* » (p. 612).

servizio pubblico non deve necessariamente essere assunto nell'ambito del settore pubblico solo in caso di monopolio naturale o di fallimento del mercato (altro è affermare l'ammissibilità di una riserva pubblica solo in caso di monopolio naturale ai sensi dell'*ex* art. 43 Cost.).

Per queste ragioni è senz'altro condivisibile l'opinione secondo cui « *la specificità dell'oggetto « servizio pubblico », quindi, non sembra incidere sulla natura giuridica dello strumento utilizzato dall'amministrazione* », e dunque il servizio pubblico, per quanto frutto di organizzazione pubblicistica, può essere dedotto anche in contratti pubblici.[205]

Alla luce di ciò, è possibile ulteriormente precisare che l'attività economica accessoria al servizio pubblico dovrà comunque essere rivolta al pubblico, per essere riconducibile all'erogazione del servizio e, così, all'esenzione in questione.

Prendendo in considerazione, poi, le riserve pubbliche, occorre rilevare che l'attribuzione di diritti esclusivi non è incompatibile con le regole di concorrenza[206] ("il semplice

---

[205] Alfredo MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. Amm.*, 2012, a. XX, n. 4, pp. 567-668, § 5, *Servizio pubblico e strumenti contrattuali: il (falso) problema dell'« oggetto pubblico »*, pp. 605-616, cit. p. 608.

[206] Comunicazione interpretativa della Commissione Europea sulle concessioni nel diritto comunitario, 2000C, 121/02, in data 29 aprile 2000, osserva che « *non c'è nulla nel Trattato che possa impedire agli Stati membri di sottrarre al gioco della concorrenza, per motivi di pubblico interesse di natura non economica, taluni servizi d'interesse generale conferendo diritti esclusivi. La Corte aggiunge, tuttavia, che le modalità di organizzazione e l'esercizio di un monopolio così istituito non devono violare le disposizioni del trattato in materia di libera circolazione delle merci e dei servizi o le norme della concorrenza* » (p. 13).

fatto di creare una posizione dominante mediante la concessione di diritti speciali o esclusivi ai sensi dell'art. 86, n. 1, CE non è, in sé e per sé, incompatibile con l'art. 82 CE"),[207] "qualora tale restrizione della concorrenza sia necessaria per consentire all'impresa pubblica l'adempimento dei loro compiti di interesse generale",[208] ma determina una violazione delle regole di concorrenza "solo quando l'impresa di cui trattasi è indotta, con il mero esercizio di diritti speciali o esclusivi che le sono attribuiti, a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante, o quando questi diritti sono idonei a creare una situazione in cui l'impresa è indotta a commettere tali abusi".[209]

Di conseguenza, se le regole di concorrenza non ostacolano l'istituzione di riserve pubbliche, allo stesso modo pare logico ritenere che l'affidamento diretto di attività economiche sprovviste di riserva pubblica da un ente pubblico ad un altro possa dirsi conforme con le regole del mercato interno, non dando luogo automaticamente ad una restrizione della concorrenza, stante la rilevanza dell'interesse pubblico (di natura non economica), richiesto dalla fattispecie in esame.

Si tratta, quindi, di individuare nelle esenzioni al diritto della concorrenza la *ratio* delle esenzioni alle regole del

---

[207] C.G.C.E., Sez. III, 30 marzo 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl v Giuseppe Calafiori*, C-451/03, ECLI:EU:C:2006:208, punto 23.

[208] C.G.C.E., 27 aprile 1994, *Comune di Almelo e altri v NV Energiebedrijf Ijsselmij NV*, C-393/92, ECLI:EU:C:1994:171, punto 51, lett. c) e dispositivo.

[209] C.G.C.E., Sez. V, 25 ottobre 2001, C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz*, ECLI:EU:C:2001:577, punto 39.

mercato interno, assicurando così coerenza al sistema delle commesse svolte nell'ambito del solo settore pubblico.
Da quanto appena esaminato emerge, contro ogni prima impressione, che proprio il diritto della concorrenza pone la condizione ultima per l'applicazione del diritto dei contratti pubblici, dato che il contratto di cooperazione dovrà essere essere soggetto all'obbligo di gara in presenza di una distorsione della concorrenza (e non per il semplice fatto che l'attività dedotta nel contratto è aperta al mercato e sprovvista di riserva pubblica).
Ne risulta che il mercato dei contratti pubblici rifiuta ogni restrizione della concorrenza quale condizione minima e generale per potersi aprire alla concorrenza, come prospettato nelle direttive dei primi anni '90 del secolo scorso.[210]
Più chiaramente, se è vero che non è sufficiente la sussistenza di un'attività economica per l'applicazione del diritto dei contratti pubblici in presenza di cooperazione tra enti pubblici, tuttavia l'affidamento di attività economica non soggetta a riserva pubblica si configura come esternalizzazione del servizio pubblico, e non come autoproduzione se l'operazione offre un vantaggio competitivo ad una delle parti partecipanti o ad un

[210] Concl. Avv. Gen., Christine Stix-Hackl, 1 luglio 2004, C-247/02, *Sintesi SpA v Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*, ECLI:EU:C:2004:399, osserva che « *le direttive, e in generale il diritto comunitario, impediscono, in primo luogo, pratiche restrittive della concorrenza e, in secondo luogo, aprono alla concorrenza il rispettivo settore di mercato interessato, vale a dire garantiscono il libero accesso segnatamente ad imprese di altri Stati membri* » (punto 32).

particolare settore privato,[211] creando una distorsione della concorrenza, invece di soddisfare l'interesse pubblico.
Il che, a dire il vero, dimostra l'*extrema ratio* delle direttive, ossia che, come sostenuto da Bovis, « *the existence of competitive conditions within public markets would disengage the applicability of the relevant Directives* » (l'esistenza di condizioni di concorrenza nell'ambito dei mercati pubblici potrebbe subordinare l'applicabilità delle direttive in questione).[212]
Facendo un paragone, se è vero che un organismo di diritto pubblico che opera in condizioni di concorrenza non è soggetto alle direttive proprio perché, agendo in concorrenza, non subisce il condizionamento di considerazioni non economiche, allora può essere altrettanto vero che un contratto di cooperazione che si espone alla forze del mercato, toccando attività concorrenziali, non è soggetto alle direttive proprio perché, agendo nell'ambito del settore pubblico, deve soddisfare l'interesse pubblico, senza interferire con l'ordine del mercato.
Stando così le cose, giova evidenziare che la concorrenza nel mercato è il presupposto *de facto* della concorrenza per

---

[211] C.G.C.E., Sez. VI, 20 novembre 2003, *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie v GEMO SA*, ECLI:EU:C:2003:622, ricorda come « *l'intervento delle pubbliche autorità diretto a liberare gli allevatori e i macellai da tale onere economico si profila come vantaggio economico idoneo a falsare la concorrenza* » (punto 33). Tutto ciò a dispetto dell'interesse pubblico dichiarato. Cfr. in tema di aiuti di stato per l'eliminazione delle carcasse di animali e di rifiuti di macellazione, C.G.U.E., Sez. VI, 18 febbraio 2016, *Repubblica federale di Germania v Commissione europea*, C-446/14 P, ECLI:EU:C:2016:97.
[212] Christopher BOVIS, *The Law of EU Public Procurement*, Oxford University Press, Oxford, 2015 (2° ed., 2006), citt. p. 17, § 1.45 e p. 676, § 14.18.

il mercato, con conseguente infondatezza dell'assunto *de jure* per il quale la concorrenza per il mercato è strumento succedaneo della concorrenza nel mercato.[213]

Tanto rileva in considerazione della letturatura economica che aveva introdotto il modello teorico della concorrenza per il mercato non per confutare l'opportunità della titolarità pubblicistica dei servizi di pubblica utilità, ma per contrastare situazioni di monopolio naturale in cui, una volta applicato il modello teorico dell'economia di scala, non si riscontrava però alcuna riduzione dei prezzi in modo proporzionale alla riduzione dei costi unitari, come avviene invece in caso di concorrenza perfetta.[214] Il fatto che la

---

[213] Francesca TRIMARCHI BANFI, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amministrare*, 2010, a. XL, n. 3, pp. 339-371, osserva che « [*l*]*a concorrenza per il mercato si presenta quindi come «un succedaneo» della concorrenza, quando quest'ultima, per qualche ragione, appare impraticabile nel mercato finale (quello al quale fa riferimento la preposizione 'per')* » (p. 362). Cfr. Francesca TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2012, a. XXII, n. 5, pp. 723-744, rileva che « *si parla di concorrenza* per *il mercato per designare la funzione di* succedaneo della concorrenza *che è svolta dalla procedura competitiva quando l'incarico messo in gara attribuisce al vincitore il diritto di esercitare l'attività economica in una situazione di monopolio* » (p. 738, enfasi in originale).

[214] Come noto, il riferimento corre a Harold DEMSETZ, *Esistono ragioni per regolamentare il settore dei servizi di pubblica utilità?*, in Dario COSSUTTA, Michele GRILLO (a cura di), *Concorrenza, monopolio, regolamentazione*, Il Mulino, Bologna, 1987, pp. 191-205, trad. it. dall'ing. a cura di Bruno Bosco con il titolo *Why regulate public utilities?*, in *Journal of Law and Economics*, aprile 1968, a. XI, n. 1, pp. 55-65; ivi si osserva che « [*s*]*e è pur vero che economie di scala nella produzione comportano offerte contrattuali*

per le quali a quantità prodotta crescente corrispondono costi unitari decrescenti, tuttavia da ciò non può desumersi alcuna ovvia conclusione su quanto i prezzi pattuiti differiscano da prezzi di concorrenza perfetta. Se un offerente potesse produrre a cosi minori rispetto a quelli di due o più concorrenti, perché ciascuno di essi avrebbe una conseguente minor produzione, allora l'offerente che offrisse il prezzo più basso per l'intera produzione si aggiudicherebbe il contratto, indipendentemente dal suo oggetto (fornitura di cemento, elettricità o macchinette per la distribuzione automatica di francobolli); ma il minor prezzo di offerta non corrisponde necessariamente al prezzo di monopolio » (p. 194). Alla nota 7 si fa riferimento ad un concetto di concorrenza "per lungo tempo dimenticato", fondato sulla distinzione tra concorrenza per il settore (*competition for the field*) e concorrenza all'interno del settore (*competition within the field*), risalente ad Edwin Chadwick, *Results of Different Principles of Legislation and Administration in Europe; of Competition for the Field, so compared with the Competition within the Field of Service*, in *The Journal of Royal Statistical Society*, Settembre 1859, pp. 381-387 e pp. 408-409, trad. it. dall'ing. a cura di Giuseppe Cattaneo con il titolo *Esiti di diversi principi legislativi ed amministrativi in Europa; della concorrenza per il settore, in confronto alla concorrenza all'interno del settore, nel campo dei servizi*, in Dario COSSUTTA, Michele GRILLO (a cura di), *Concorrenza, monopolio, regolamentazione*, Il Mulino, Bologna, 1987, pp. 185-190. Cfr. Michele GRILLO, *Concorrenza, monopolio, regolamentazione*, in Dario COSSUTTA, Michele GRILLO (a cura di), *Concorrenza, monopolio, regolamentazione*, Il Mulino, Bologna, 1987, pp. 13-57, individua nel saggio di Chadwick come « [*l*]*a concorrenza per il settore può essere applicata, secondo Chadwick, mediante il disegno istituzionale di un meccanismo concorrenziale d'asta attraverso il quale l'appalto per l'erogazione del servizio è affidato alla esistenza di agenzie amministrative* » (p. 40) e considera il saggio di Demsetz come « *l'anticipatore della teoria della contendibilità, in particolare per quanto riguarda la critica all'esistenza di una relazione uniforme, tra numero delle imprese presenti in un'industria e prossimità all'equilibrio di concorrenza perfetta* » (p. 40), sottolineando che « [*l*]*a vera origine del*

concorrenza per il mercato porti all'inconveniente di attribuire un diritto esclusivo ad operare in una situazione di monopolio non smentisce la concorrenza nel mercato, ma dimostra l'esistenza di una situazione di fallimento del mercato in tale settore.

Tuttavia, posto che il servizio pubblico non presuppone necessarimente la riserva del mercato,[215] il fatto che sia riconosciuto accidentalmente un diritto esclusivo in capo a enti pubblici per sopperire ad una situazione di fallimento del mercato non può giustificare la necessità della sua privatizzazione, dato che non farebbe venire meno la situzione di monopolio.

---

monopolio va invece individuata nell'esistenza di costi positivi di informazione e di contrattazione i soggetti economici, che ostacolano l'attività di scambio e quindi le operazioni di arbitraggio, alle quali è affidato il conseguimento dei benefici della concorrenza » (p. 41).

[215] Elisa SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Cedam, Padova, 2003, evidenzia che « [*l*]*a riserva non è infatti coessenziale al servizio pubblico, né lo caratterizza, né ne è implicata; la riserva risponde ad una logica diversa: essa è il risvolto giuridico dell'esistenza di monopoli naturali in settori d'interesse generale ovvero costituisce, del servizio pubblico, uno strumento, ad es. di equilibrio economico o organizzativo* » (p. 290). Cfr. Giuseppe CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, in *Foro Amm.*, 1991, a. LXVII, n. 12, pp. 3167-3189, § 3, *Regime generale di operatività dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, *incipit*, ricorda che « *si tende ad assimilare la nozione di servizio pubblico assumibile con quella di servizio riservato, cioè in regime di monopolio pubblico (nei casi di specie, locale). Tale impostazione non è esatta. In via generale e salve le specifiche previsioni legislative di una riserva di attività, le iniziative degli enti locali nel campo dei servizi pubblici non escludono analoghe, concorrenziali iniziative private* » (p. 3177).

Più chiaramente, il contratto di cooperazione non incide sulla concorrenza nel mercato proprio quando riguarda attività economiche accessorie al servizio pubblico che non sono riservate, ma disponibili sul mercato aperto, dal momento che è richiesto *ex lege* che la cooperazione persegua l'interesse pubblico e, dunque, tale tipo di contratto è configurabile come una forma di autoproduzione nell'ambito del settore pubblico.
Del resto, dovendo inserire l'istituto entro la cornice più ampia dei servizi di interesse economico generale, « [*n*]*on è forse superfluo precisare che la derogabilità delle regole europee di concorrenza, ammessa dall'art. 106, c. 2, è cosa diversa dagli interventi pubblici giustificati dai cosiddetti fallimenti del mercato* ».[216] Dunque, un servizio di interesse economico generale non deve necessariamente essere organizzato dal settore pubblico solo in presenza di fallimento del mercato, e tale libertà è pure confermata dalla dottrina internazionale seconco cui « *the basic rule that Member States are, in principle, free to subtract any given activity from market risks and to provide it in a*

---

[216] Francesca TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamenti*, in *Dir. Amm.*, 2013, a. XXI, n. 1-2, pp. 15-51, cit. 40. Ivi si aggiunge che « *le previsioni dell'art. 106, c. 2 TFUE non si collocano sul terreno dei "fallimenti" del mercato e della conseguente necessità di interventi correttivi, poiché esse muovono da un presupposto diverso, e cioè che un mercato di concorrenza normalmente funzionante possa tuttavia mostrarsi inidoneo a conseguire i risultati che sono legittimamente perseguiti dall'autorità, secondo propri disegni di carattere politico* » (p. 41) e che « *la specialità del regime dei sieg non presuppone che lo svolgimento di attività economiche da parte del settore pubblico sia in sé un'evenienza non ordinaria, bisognosa di particolari giustificazioni; la specialità emerge soltanto nell'eventualità che a tale qualità si colleghi la deroga consentita dal comma 2 dell'art. 106* » (p. 39).

regulated/protected environment to its citizens, is receiving strong confirmation ».[217]

Di conseguenza, in presenza di servizi pubblici (e di scambio tra pubbliche Amministrazioni di attività accessorie, anche per prestazioni complementari) non ricorre alcuna necessità economica, prima che giuridica, di rendere necessario l'obbligo di gara, dal momento che « [*l*]*'utilizzazione di beni di proprietà dell'ente locale per servizi destinati al pubblico non presuppone la riserva di un'attività che sarebbe altrimenti aperta all'iniziativa economica dei privati; per questo, la questione della concorrenza tra gli aspiranti gestori di questo tipo di servizi non si pone, o non si pone nei termini di succedaneo alla concorrenza nel mercato, come avviene invece secondo la* ratio *della 'concorrenza «per» il mercato'* ».[218]

Invero, l'obbligo di gara, almeno all'origine, era stato ritenuto giustificato dall'esigenza di privatizzare i servizi pubblici, ma ciò era stato asserito senza verificare se l'esternalizzazione dei servizi fosse conseguenza necessitata della regolazione dei mercati pubblici, che il diritto europeo non aveva liberalizzato.

Sul piano metodologico, si può osservare che l'iniziale interpretazione pseudo-liberalizzatrice del diritto dei

---

[217] Vassilis HATZOPOULOS, *The Court's Approach to Services (2006–2012): From Case Law to Case Load?*, in *Common Market Law Review*, 2013, a. L, n. 2, pp. 459-502, cit. p. 486.

[218] Francesca TRIMARCHI BANFI, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amministrare*, 2010, a. XL, n. 3, pp. 339-371, osserva che « [*s*]*e l'attività fosse aperta a qualunque impresa idonea, nell'esercizio dell'iniziativa economica che si svolge all'interno di mercati liberalizzati, non vi sarebbe materia per incarichi conferiti dall'amministrazione, né si porrebbe il problema della scelta tra gestione dei servizi con mezzi propri dell'ente locale o mediante l'opera di terzi* » (p. 343).

contratti pubblici supponeva la rilevanza dell'assunto secondo cui « *la regolazione, innanzitutto, mira a garantire l'apertura dei mercati* »;[219] dunque, solo interpretando il diritto dei contratti pubblici come strumento regolatorio dei mercati pubblici poteva desumersi, inammissibilmente, l'obbligo di esternalizzazione dei servizi pubblici, sul presupposto ultimo che « [*l*]*a regolazione parte da un punto diverso: che il mercato non vi sia* ».[220] In altri termini, l'approccio interpretativo tenuto in fase di prima applicazione delle direttive avevo portato a aprire il mercato dei servizi pubblici attraverso il diritto dei contratti pubblici come strumento di concorrenza per il mercato, sebbene non vi fosse riserva dell'attività.

Se, dunque, lo scambio inter-amministrativo non incide sulla concorrenza nel mercato in presenza di servizi

---

[219] Giulio NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, in Sabino CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2012 (5° ed., 1995), pp. 130-175, cit. p. 138. Cfr. Giulio NAPOLITANO, *La difficile apertura dei servizi pubblici all'iniziativa economica privata*, in PLURES, *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, vol. II, pp. 777-791, Giulio NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, il Mulino, 2005, cap. IV, *Il primato della programmazione e della gestione pubblica nei servizi locali*, pp. 77-94.

[220] Sabino CASSESE, *Regolazione e concorrenz*a, in Giuseppe TESAURO, Marco D'ALBERTI, (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 11-25, cit. p. 13. In questa ottica, l'intervento pubblico non dovrebbe risolvere fallimenti del mercato, ma ricorre alla tecnica della regolazione, « *limitandola a quelle forme di ingerenza che non sono esterne al mercato, ma che sono parte del mercato, nel senso che ne contribuiscono a conformarlo, stabilendo equilibri che attivano interessi, i quali, quindi, si valgono della regolazione come opportunità da sfruttare* » (p. 12).

pubblici non riservati, sembra ragionevole estendere anche al contratto di cooperazione la *rule of reason*, che, secondo il diritto *antitrust*, si applica agli accordi tra imprese, in base alla quale le restrizioni della concorrenza accessorie rispetto al mercato dei beni primari sono ammesse anche se determinano i medesimi effetti del monopolio di fatto, che sarebbero potuti derivare da una restrizione degli scambi direttamente nel mercato primario, a patto che tale accordo persegua i medesimi fini che rendono giustificabile il monopsonio.[221]

In realtà, le finalità della cooperazione non dovrebbe di per sé giustificare il contratto per il diritto antitrust, considerato che « *da giurisprudenza costante della Corte, risulta che l'articolo 107, paragrafo 1, TFUE non distingue gli interventi statali a seconda della loro causa o del loro scopo, ma li definisce in funzione dei loro effetti* ».[222]

---

[221] Pietro MANZINI, *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Giuffrè, Milano, 1994, Cap. VI, *Esclusione della concorrenza e* rule of reason *nel diritto antitrust comunitario*, § 2, *La* rule of reason *e la dottrina delle ancillary restraints*, pp. 181-185, osserva che una « *restrizione delle condizioni concorrenziali è ragionevole se sussiste una rapporto di accessorietà tra la restrizione in questione e gli obiettivi della pratica* » (p. 182), tuttavia « *il giudizio di legittimità di una restrizione della concorrenza prescinde totalmente dal fatto che questa restrizione dia o meno luogo agli effetti del monopolio* » (p. 184). Cfr. Laura ALEXANDER, *Monopsony and the Consumer Harm Standard*, in *The Georgetown Law Journal*, 2007, vol. XCV, pp. 1611-1643, § II, *Courts Generally Treats Monopsony Under an Ancillary Restraints Approach*, pp. 1620-1628.

[222] C.G.U.E., Sez. I, 26 ottobre 2016, C-211/15 P, *Orange v Commissione europea*, ECLI:EU:C:2016:798, punto 38, ivi si cita sentenza del 9 giugno 2011, Comitato «Venezia vuole vivere» e a./Commissione, C-71/09 P, C-73/09 P e C-76/09 P, EU:C:2011:368, punto 94 e giurisprudenza ivi citata. *Idem*,

Invero, le considerazioni relative alla deducibilità di attività di rilevanza economica nel contratto di cooperazione destano particolare attenzione con riferimento alla cooperazione dell'organismo di diritto pubblico.
Infatti, il presente studio è mosso dall'obiettivo di verificare se il Legislatore europeo, superando il precedente orientamento della Corte di Giustizia, ha confezionato uno specifico vestito per la cooperazione pubblico-pubblico non più ritagliato dallo schema del partenariato pubblico-pubblico o dal modello dell'organizzazione *in house*, ma adatto per essere indossato (*i*) dall'organismo di diritto pubblico, (*ii*) anche a partecipazione mista.
E tale possibilità, in effetti, si trova chiaramente indicata nei considerando delle direttive europee del 2014, ove si legge che « *le amministrazioni aggiudicatrici quali gli organismi di diritto pubblico, per i quali è possibile la partecipazione di capitali privati, dovrebbero essere in condizione di avvalersi dell'esenzione per la cooperazione orizzontale. Pertanto, se tutte le altre condizioni per la cooperazione orizzontale sono soddisfatte, l'esenzione ad essa relativa dovrebbe estendersi a tali amministrazioni aggiudicatrici qualora il contratto sia concluso esclusivamente tra amministrazioni aggiudicatrici* » [considerando (46), secondo capoverso, secondo e terzo periodo, dir. 2014/23/UE e considerando (32), terzo capoverso, integralmente, dir. 2014/24], come già osservato dalla dottrina.[223]

C.G.C.E., Sez. VI, 20 novembre 2003, *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie v GEMO SA*, ECLI:EU:C:2003:622, punto 34.

[223] Barbara MAMELI, *Gli organismi di diritto pubblico alla luce delle nuove direttive*, in *Giur. It.*, 2014, a. CLVI, n. 7, pp. 1797-1801, spec. p. 1801. Cfr. Sergio FOÀ, *I soggetti partecipanti alle*

Invero, la cooperazione di un organismo di diritto pubblico potrebbe collidere con tre assiomi concettuali fatti propri dalla Corte di Giustizia e recepiti nei considerando delle direttive del 2014.

In primo luogo, in base all'iniziale concezione di "cooperazione intercomunale pura", presa in considerazione dall'Avvocato Generale nel caso *Coditel Brabant*,[224] rinforzata dalla nozione di "cooperazione genuina" o "autentica" elaborata in sede di proposta di direttiva,[225] e ribadita nei considerando delle direttive del

---

gare, in Carlo Emanuele GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 25-53, spec. § 4, *I moduli in deroga alla disciplina degli appalti: il partenariato pubblico-pubblico*, pp. 38-42.

[224] Avv. Gen., Verica Trstenjak, 4 giugno 2008, C-324/07, *Coditel Brabant SA v Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, ECLI:EU:C:2008:317, usa l'espressione "cooperazione intercomunale pura" sin dal primo punto delle sue conclusioni e dedica l'intero § 3, *La cooperazione intercomunale pura, sebbene non a priori, non necessita, di regola, di una gara d'appalto*.

[225] È "autentica" la cooperazione richiesta nelle proposte di direttiva del 2011 (in realtà, l'autenticità della cooperazione è indefinibile, per questo è stata emendata dalla versione definitiva delle direttive del 2014); l'aggettivo "*genuine*" si trova anche nella versione inglese della proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione del 20 dicembre 2011, COM(2011) 897 def., là dove si parla di "*genuine co-operation*" (p. 36), al par. 4 dell'art. 15, in tema di "relazioni tra amministrazioni pubbliche" (molto significativa la terminologia: relazioni, invece di "appalti" o "concessioni", amministrazioni pubbliche, invece di "enti", nella versione definitiva degli articoli 17, dir. 2014/23/UE, 12, dir. 2014/24/UE e 28, dir. 2014/25/UE). Non si deve dimenticare che in origine era stata configurata di "*genuine contract*" per indicare l'esenzione di un 'vero e proprio contratto', nella versione italiana, ove concluso tra enti pubblici,

2014 nel vago riconoscimento di un "concetto cooperativistico",[226] all'origine della cooperazione orizzontale vi sarebbe stato un fondamento solidaristico e organicistico, ispirato alla mutua assistenza nei servizi e al coordinamento dei pubblici poteri,[227] e radicato sul principio di distribuzione territoriale delle competenze,[228] senonché l'organismo di diritto pubblico, in quanto soggetto organizzato in forma d'impresa, può sfuggire a tale logica quando fornisce servizi (commerciali) in condizioni di mercato, svolgendo in questo modo nel "mercato aperto" le "attività interessate dalla cooperazione" prese in considerazion dalla lett. c), comma 6, art. 5, D.Lgs. n. 50/2016. A fronte di ciò, la originaria cooperazione inter-amministrativa si trasformerebbe in una pura e semplice cooperazione commerciale, replicando il

---

come indicato dall'Avv. Gen. La Pergola nel caso *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden*: il passaggio dall'affermazione di un modello contrattuale spurio a quella di "genuine co-operation" suggerisce un cambiamento culturale nei confronti degli accordi inter-amministrativi esentabili.

[226] Considerando (47), secondo capoverso, primo periodo, dir. 2014/23/UE e considerando (33), terzo capoverso, primo periodo, dir. 2014/24/UE: « [*a*]*l fine di rispettare tali condizioni, la cooperazione dovrebbe fondarsi su un concetto cooperativistico* ».

[227] Giovanni MARONGIU, *La pubblica amministrazione di fronte all'accordo. Considerazioni preliminari*, in Alfonso MASUCCI (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, Formez, Napoli, 1988, pp. 15-23: « *accordi in materia di accesso ai servizi, o di mutua assistenza, o di coordinamento organizzativo, possono essere stipulati fra enti pubblici in quanto partecipanti a sistemi di azione, nei quali l'interdipendenza delle variabili può riguardare anche sosggetti tra loro territorialmente distanti* » (p. 20).

[228] Quirino CAMERLENGO, *Stato, Regioni ed enti locali come «istituzioni parimenti repubblicane». Dai «livelli di governo» agli «anelli istituzionali»*, in Le Regioni, 2016, a. XLIV, n. 1, pp. 47-97.

tratto distintivo della relazione con il settore privato, che è alla base della disciplina di appalti e concessioni.
In secondo luogo, la posizione dell'organismo di diritto pubblico come committente è stata parallelamente disciplinata a quella in cui l'organismo di diritto pubblico agisce come fornitore, sopra esaminata.
Secondo la granitica teoria del contagio,[229] nata nell'ambito dei settori ordinari[230] ed estesa anche ai settori speciali[231]

---

[229] Cfr. Filippo BRUNETTI, *La cd. teoria della contaminazione dell'attività commerciale o industriale svolta dall'organismo di diritto pubblico*, in *Riv. Trim. App.*, 2005, a. X, n. 3, pp. 231-247; Alessandra CASINELLI, *Capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni e tutela della concorrenza*, in *Urb. e App.*, 2014, a. XVIII, n. 2, pp. 187-194, spec. 189.

[230] C.G.C.E., 15 gennaio 1998, C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e altri v Strohal Rotationsdruck GesmbH*, ECLI:EU:C:1998:4, con nota di Guido GRECO, *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 1998, a. VIII, n. 3, pp. 733-737; Christopher BOVIS, Case C-44/96, *Mannesmann Anlangenbau Austria AG et al.* v. *Strohal Rotationsdruck GesmbH*. Judgment of 15 January 1998, [1998] ECR I0073, in *Common Market Law Review*, 1999, a. XXXVI, n. 1, pp. 205-225. Nella sentenza si osserva che la direttiva 2014/24/UE, ex 2014/18/CE, « *non distingue tra gli appalti pubblici di lavori aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice per adempiere il suo compito di soddisfare bisogni di interesse generale e quelli che non hanno alcun rapporto con tale compito* » (punto 32).

[231] C.G.C.E., Sez. IV, 10 aprile 2008, C-393/06, *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umweit GmbH v Fernwärme Wien GmbH*, ECLI:EU:C:2008:213, con nota di Bianca RINALDI, *Sull'applicazione della "teoria del contagio" alle diverse attività di un organismo di diritto pubblico operante nei settori speciali*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2008, a. XVII, ri, pp. 975-992. Secondo la sentenza, la direttiva 2014/25/UE, ex 2014/17/CE non ammette « *distinzione tra le attività che il detto ente esercita per adempiere il suo compito di soddisfare bisogni di interesse generale e le attività che esso esercita in condizioni di concorrenza* » (punto 59).

(nei soli limiti delle attività strumentali alle materie individuate, posto che le attività "direttamente esposte alla concorrenza", ai sensi dell'art. 34, dir. 2014/25/UE, non sono soggette a gara, conformente al primo indirizzo della Commissione),[232] tutti i contratti affidati da un organismo di diritto pubblico sono assoggettati all'obbligo di gara "indipendentemente dalla loro natura" (sentenza *Mannesmann*, punto 35), non potendosi distinguere le attività svolte "in condizioni di concorrenza" dai contratti affidati nell'ambito dello svolgimento di attività eseguite nell'interesse generale (sentenza *Ing. Aigner*, punto 59, *desinit*). Tuttavia, a tale principio dovrebbero fare eccezione, nel rispetto della esenzione della cooperazione orizzontale, proprio gli affidamenti di contratti pubblici relativi all'attività prestata in condizioni di mercato, che possono ricadere nelle "attività interessate dalla

---

[232] Commissione europea, comunicazione dell'11 marzo 1998, COM(98) 143, recante "*gli appalti pubblici nell'Unione europea*", *sub* § 2.1.2.1., *Adeguamento del campo d'applicazione della direttiva 93/38/CEE all'evoluzione dei settori che in esso rientrano*, osserva che: « [*a*] *seguito della liberalizzazione di certi settori che rientrano nel campo d'applicazione della direttiva 93/38/CEE (acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni), risulta necessario verificare il grado di apertura alla concorrenza dei settori liberalizzati per poter decidere se i vincoli che essa impone alle amministrazioni aggiudicatrici sono ancora giustificati. La ragione d'essere di tali vincoli risiede per l'appunto nell'assenza di concorrenza derivante da un intervento dello Stato che accorda un monopolio od una situazione di privilegio ad un determinato operatore. La contropartita di questa situazione di privilegio garantita dallo Stato è costituita dall'imposizione di obblighi in materia di pubblicità e di procedure per l'aggiudicazione degli appalti. Quando è constatato che in un settore vi è concorrenza effettiva, i vincoli imposti dalla direttiva dovrebbero essere tolti* » (pp. 6-7).

cooperazione", ai sensi della lett. c), comma 6, art. 5, in esame, in quanto svolte nel mercato aperto.
L'altra faccia della medaglia, che induce a ridurre la portata dell'esenzione, sta nel riconoscimento in capo ad ogni amministrazione aggiudicatrice della legittimazione ad accedere al mercato dei contratti pubblici[233] in quanto operatore economico, ammesso che la normativa nazionale dia abilitazione ad agire come imprenditore, quando il

[233] L'espressione "mercato dei contratti pubblici" si riferisce alla volontà di considerare i contratti pubblici come risultato (*terminus ad quem*) e non solo come oggetto (*terminus ad quo*) della regolazione. In questa visione, le regole sono incentivi per agire e il settore dei contratti pubblici rileva per il diritto, anzitutto, come come risorsa di un mercato contendibile e anzitutto accessibile. Cfr. Luisa TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. Amm.*, 2015, a. XXIII, n. 2-3, pp. 291-344, nonché in PLURES, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi Amministrativi, Varenna – Villa Monastero 17-19 settembre 2015*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 131-186, osserva che « [*l*]*e nuove direttive sono ancora largamente ispirate, peraltro, alla* ratio *originaria, basata sulla volontà di garantire la concorrenza in un settore — quello dei contratti pubblici, appunto — qualificato come un mercato, all'interno del quale è importante, innanzitutto, garantire l'accesso a tutti gli operatori e assicurare ai medesimi operatori condizioni di parità, trasparenza e imparzialità* » (p. 292). Icasticamente, l'Autrice evidenzia che « [*i*]*l "mercato dei contratti pubblici" è, quindi, il prodotto di una regolazione che impedisce l'abuso del potere pubblico in assenza di concorrenza e mima, per così dire, le condizioni nelle quali gli operatori si troverebbero se negoziassero fra di loro, e non invece con un soggetto pubblico, le cui risorse provengono dalla fiscalità generale* » (p. 293). Cfr. Luigi GIAMPOLINO, *Il mercato dei contratti pubblici*, in *Giust. Amm.*, 2008, a. V, n. 12, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 2 dicembre 2008.

contratto pubblico riguarda attività svolte nel mercato aperto.[234]

In terzo luogo, occorre muovere una critica anche contro l'applicazione dell'obbligo di gara nell'ambito dell'attività svolta nell'interesse generale da un organismo di diritto pubblico in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici.

Secondo la sentenza *Hamburg* un servizio di interesse generale può essere fornito in cooperazione tra enti

---

[234] C.G.U.E., Sez. IV, 23 dicembre 2009, C-305/08, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) v Regione Marche*, ECLI:EU:C:2009:807, con nota di Luca DE PAULI, *La partecipazione delle Università alle procedure ad evidenza pubblica*, in *Urb. e App.*, 2010, a. XIV, n. 5, pp. 554-561. Ivi si afferma che « *le disposizioni della direttiva 2004/18, ed in particolare quelle di cui al suo art. 1, nn. 2, lett. a), e 8, primo e secondo comma, che si riferiscono alla nozione di «operatore economico», devono essere interpretate nel senso che consentono a soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato, quali le università e gli istituti di ricerca nonché i raggruppamenti costituiti da università e amministrazioni pubbliche, di partecipare ad un appalto pubblico di servizi* » (punto 45). Giova osservare che « *gli Stati membri hanno il potere di autorizzare o meno talune categorie di operatori a fornire certi tipi di prestazioni* » (punto 47) e che « *gli Stati membri possono autorizzare o non autorizzare tali soggetti ad operare sul mercato in funzione della circostanza che l'attività in questione sia compatibile, o meno, con i loro fini istituzionali e statutari* » (punto 48). Cfr. Enrico TRENTI, *I limiti legislativi alla capacità di azione delle società a partecipazione pubblica*, in *Ist. Fed. Quaderni*, 2011, a. XXXII, n. 2, pp. 47-68; Micol ROVERSI MONACO, *I limiti operativi delle società partecipate per i servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2013, a. III, n. 1, pp. 89-116.

pubblici[235] e secondo i considerando delle direttive « [*i*] *contratti per la fornitura congiunta di servizi pubblici non dovrebbero essere soggetti all'applicazione delle norme stabilite nella presente direttiva* »,[236] tuttavia proprio il soddisfacimento di specifiche esigenze di interesse generale (a carattere non industriale o commerciale) è, come noto, requisito legale della nozione di organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 6, par. 4, dir. 2014/23/UE, dell'art. 2, par. 4, dir. 2014/24/UE e dell'art. 3, par. 4, dir. 2014/25/UE.

Dunque, la nozione di interesse generale, che a prima vista accomuna la cooperazione orizzontale e l'organismo di diritto pubblico, impone e, paradossalmente, esclude l'obbligo di gara in capo ad un organismo di diritto pubblico che fornisce un servizio di interesse generale al di fuori della propria organizzazione interna.

In particolare, la Corte di Giustizia[237] ha riconosciuto il carattere industriale e commerciale solo quando « *un*

---

[235] C.G.U.E., Grande Sezione, 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione delle Comunità europee v Germania*, ECLI:EU:C:2009:357, caso c.d. *Hamburg*, non usa l'espressione di 'servizio di interesse generale', ma di "funzione di interesse generale" (punti 29 e 46), di "funzione di servizio pubblico" (punti 8, 14, 37, e financo di "funzione pubblica" (punto 30). A questi fini ci sembra corretto ricondurre tutte le espressioni alla prima.

[236] Considerando (47), primo capoverso, ultimo periodo, dir. 2014/23/UE, considerando (33), secondo capoverso, primo periodo, dir. 2014/24/UE.

[237] Cfr. caso *Mannesmann* (C-44/96, 15 gennaio 1998) caso *Gemeente Rheden v BFI Holding BV* (C-360/96), 10 novembre 1998), caso *Agorà* (C-223/99, 10 maggio 2001), *Excelsior* (C-260/99, 10 maggio 2001), caso *Adolf Truley* (C-373/00, 27 febbraio 2003), caso *Korhonen v Taitotalo* (C-18/01, 22 maggio 2003), caso *Ing. Aigner* (C-393/06, 10 aprile 2008). Cfr. Fabio MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione della disciplina*

organismo che opera in condizioni normali di mercato, mira a realizzare un profitto e sostiene le perdite che risultano dall'esercizio delle sue attività »;[238] di conseguenza[239] la nozione di servizio di interesse generale sembra essere un requisito spurio nell'ambito della definizione di organismo di diritto pubblico e, nondimeno, con riguardo alla cooperazione orizzontale, posto che la previsione del "mercato aperto" costituisce un autonomo presupposto di tale fattispecie.

Invero, la Corte di Giustizia ha ritenuto che la sola presenza del mercato aperto non assicura che i contratti pubblici nell'ambito dell'attività di interesse generale siano

---

comunitaria sugli appalti, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 1997, a. VII, n. 1, pp. 39-49; Luca R. PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, a. II, n. 9, pp. 2498-2509; Luca R. PERFETTI, Albero DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio di impresa. Variazioni su Corte di giustizia delle Comunità europee, sezione V, 22 maggio 2003, C-18/01*, in *Dir. Amm.*, a. XII, n. 1, pp. 135-179; Mario LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contr. e Impr.*, 2008, a. XXIV, n. 6, pp. 1201-1227.

[238] Considerando (21), secondo periodo, dir. 2014/23/UE, considerando (10), primo capoverso, terzo periodo, dir. 2014/24/UE e considerando (12), secondo capoverso, primo periodo, dir. 2014/25/UE.

[239] La conseguenza estrema di tale ragionamento sarebbe quella proposta dalla Commissione europa nel caso *Hamburg*, secondo cui un servizio di interesse generale, per essere fornito in forma associata, dovrebbe essere organizzato tramite organismo di diritto pubblico: « *qualora la cooperazione qui in esame si fossa tradotta nella creazione di un organismo di diritto pubblico che i vari enti interessati avrebbero incaricato di svolgere la funzione di interesse generale di smaltimento dei rifiuti, essa avrebbe ammesso che l'uso della centrale da parte dei Landkreise interessati esulava dalla normativa sugli appalti pubblici* » (punto 46).

affidati da un organismo di diritto pubblico sulla base di "considerazioni economiche",[240] e per questo ha riconosciuto la sussistenza dell'obbligo di gara; d'altra parte non sembra che le medesime considerazioni economiche debbano necessariamente giustificare la cooperazione e limitare l'ambito di applicazione dell'esenzione, se non altro perché tale istituto ammette esplitamente l'appello ai motivi di "interesse pubblico", che, sebbene sia nozione tautologica,[241] va inteso come dispositivo giuridico alternativo al libero mercato.[242]

---

[240] C.G.C.E., 10 novembre 1998, C-360/96, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden v BFI Holding BV*, ECLI:EU:C:1998:525, con nota di Guido GRECO, *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 1999, a. IX, n. 1, pp 184-192. La sentenza osserva che « *il fatto che esista una concorrenza non è sufficiente ad escludere la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni non economiche* » (punto 43) e che il bisogno di interesse generale « *non opera alcun riferimento alla circostanza che tali bisogni possono essere soddisfatti o meno anche da imprese private* » (punto 40).

[241] Marco CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le Reg.*, 1992, a. XX, n. 1, pp. 7-62, sottolinea che nel servizio pubblico « *interesse pubblico (o interesse generale): naturalmente questo ha da esserci, ma nessuno può nascondersi che in questi termini è talmente consegnato all'apprezzamento dei soggetti pubblici da risultare tautologico, e dunque né più né meno esteso della volontà dell'ente di riconoscerlo* » (p. 15). Cfr. Giuseppe CAIA, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in PLURES, *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Giuffrè, Milano, 1993, vol. I, pp. 805-869, nonché in *Reg. Gov. Loc.*, 1992, a. XIII, n. 1-2, pp. 9-63 e Giuseppe CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, in *Foro Amm.*, 1991, a. LXVII, n. 12, pp. 3167-3189, ritiene che « [*c*]*onsiderando che nel caso dei servizi*

Da ultimo, occorre soffermarsi sulla possibilità che l'organismo di diritto pubblico sia partecipato da capitali privati.

---

l'interesse pubblico attiene ai risultati e non semplicemente alla presenza in un determinato settore socio-economico, le modalità di gestione divengono rilevanti nella misura massima » (p. 809, ed.1993 e p. 3179, ed. 1991).

[242] Pippo RANCI, *Concorrenza e servizi pubblici nella Costituzione*, in Giacinto DELLA CANANEA, Giulio NAPOLITANO (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, il Mulino, Bologna, 1998, pp. 33-45, osserva che « [*s*]*e, da un lato, questo è il concetto di servizio pubblico fortemente radicato sulla tradizione, è pur vero che dall'altro, troviamo nella stessa tradizione, una nozione di concorrenza legata da una massimizzazione del profitto, vista come antagonista dell'interesse pubblico. La resistenza contro l'apertura dei settori dei servizi pubblici alle imprese private riposa sull'idea che vi sia incompatibilità tra ricerca del profitto e promozione dell'interesse pubblico* » (pp. 35-36). *Contra*, Elisabetta MANUNZA, Wouter Jan BERENDS, *Social Services of General Interest and the EU Public Procurement Rules*, in Ulla NEERGAARD, Erika SZYSZCZAK, Johan Willem VAN DE GRONDEN, Markus KRAJEWSKI (a cura di), *Social Services of General Interest in the EU*, Springer, Dordrecht, 2013, Cap. XIV, pp. 347-384, sostiene che « [*s*]*uch a vision would entail that the public interest is only at issue when a loss of welfare occurs because the market is not functioning as it should* » (p. 380), "un visione del genere porterebbe a ritenere che l'interesse pubblico entra in gioco solo in presenza di una diminuzione del benessere complessivo, dal momento che il mercato non funziona come dovrebbe". Contro l'interesse pubblico si pone la scuola dell'analisi economica del diritto (*Law and Economics*), come esposto in termini descrittivi da Francesco DENOZZA, *Poteri della pubblica amministrazione e benessere degli amministrati*, in ASSOCIAZIONE DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO (a cura di), *Annuario 2006. Analisi economica e diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 5-19, spec. § 3, *L'analisi economica e il diritto amministrativo: la disintegrazione della nozione di interesse pubblico*, pp. 11-16.

In proposito, si deve rammentare che nei considerando delle direttive è previsto che « [*s*]*i dovrebbe garantire che una qualsiasi cooperazione pubblico-pubblico esentata non dia luogo a una distorsione della concorrenza nei confronti di operatori economici privati nella misura in cui pone un fornitore privato di servizi in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti* ».[243] Tale principio risale all'indirizzo espresso dalla giurisprudenza europea.[244]
Questo considerando contiene due limiti distinti: il primo deriva dalla nozione di "impresa privata", il secondo viene dalla nozione "situazione privilegiata".
Con riferimento alla nozione di "impresa privata", si deve registrare la posizione estrema dell'Avvocato Generale nel caso *ASL Lecce e Università del Salento*, secondo cui l'amministrazione pubblica che agisce in quanto operatore economico si considera come impresa privata e dunque, si trova in posizione privilegiata.[245]

---

[243] Considerando (45), ultimo periodo, dir. 2014/23/UE, considerando (31), secondo capoverso, dir. 2014/24/UE. Nulla è specificato nella dir. 2014/25/UE.

[244] C.G.U.E., Grande Sezione, 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione delle Comunità europee v Germania*, ECLI:EU:C:2009:357, caso c.d. *Hamburg*, osserva che « *nessuna impresa privata viene posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti* » (punto 47, *desinit*).

[245] Concl. Avv. Gen., Verica Trstenjak, 23 maggio 2012, C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce v Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* et alii, ECLI:EU:C:2012:303, ritiene che « *l'Università è intervenuta nella qualità di «operatore economico» ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18. Pertanto, essa aveva, dal punto di vista della normativa in materia di aggiudicazione di appalti, la medesima posizione giuridica di un'impresa privata. In considerazione del fatto che l'Università ha ottenuto detto appalto senza che abbia avuto luogo una gara pubblica, essa è stata posta in una situazione privilegiata rispetto*

In realtà, il considerando vuole riferirsi alla possibilità della partecipazione di capitale privato nell'organismo di diritto pubblico, che potrebbe ricevere un vantaggio dal contratto di cooperazione dall'incremento della capacità produttiva dell'organizzazione imprenditoriale. Del resto, il considerando in questione riecheggia quello contenuto nella direttiva 2004/18/CE, *sub* considerando (4), in base al quale "[g]li Stati membri dovrebbero provvedere affinché la partecipazione di un offerente che è un organismo di diritto pubblico a una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico non causi distorsioni della concorrenza nei confronti di offerenti privati".
Con riferimento alla nozione "situazione privilegiata", la giurisprudenza europea ha ricondotto la situazione al vantaggio che deriva dallo stanziamento di finanziamenti pubblici nell'ambito di attività oggetto di commessa pubblica,[246] senza però trarre la conseguenza che la

---

alle associazioni di ingegneri e architetti, che sarebbero stati forse ugualmente in condizione di effettuare lo studio in questione » (punto 83).

[246] C.G.U.E., Sez. IV, 23 dicembre 2009, C- 305/08, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) v Regione Marche*, ECLI:EU:C:2009:807, evidenzia che « [*i*]*n ordine alla questione, sollevata dal giudice del rinvio, di una possibile distorsione della concorrenza a motivo della partecipazione ad un appalto pubblico di enti che, come il ricorrente nella causa principale, vanterebbero una posizione privilegiata rispetto a quella degli operatori privati grazie a finanziamenti pubblici che vengono loro erogati, si deve sottolineare che il quarto 'considerando' della direttiva 2004/18 enuncia l'obbligo per gli Stati membri di provvedere affinché una distorsione di questo tipo non si produca per il fatto della partecipazione di un organismo di diritto pubblico a un appalto pubblico. Detto obbligo si impone anche con riguardo ad entità come il suddetto ricorrente* ».

partecipazione alla gara di enti pubblici fosse di per sé contraria all'apertura alla concorrenza.[247]
Non sembra, pertanto, che l'affidamento diretto di attività economiche accessorie all'erogazione di un servizio pubblico debba essere ostacolo dalla partecipazione di capitali privati nell'organismo di diritto pubblico, né dallo stanziamento di finanziamenti pubblici, ove l'attività interessata dalla cooperazione cada sotto il raggio di azione del capitale privato o del finanziamento pubblico.
In effetti, questo modo di intendere la concorrenzza non corrisponde alla nozione di apertura alla concorrenza, ma vuole riferirsi alle regole di concorrenza.
In particolare, viene in rilievo la definizione di distorsione della concorrenza data dalla Commissione con la comunicazione del 19 luglio 2016 in materia di aiuti di Stato.[248]

---

[247] C.G.U.E., Sez. V, 18 dicembre 2014, C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze v Data Medical Service Srl, Regione Lombardia, Bio-Development Srl*, ECLI:EU:C:2014:2466, con commento di Giovanni MULAZZANI, *La nozione di operatore economico e la partecipazione degli enti pubblici alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici*, in *Munus*, 2015, a. V, n. 2, pp. 385-418 e con nota di Susie SMITH, *C-568/13 Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze v Data Medical Services srl. Prohibition on Certain Types of Organisations from Partecipation in a Public Tender and Abnormally Low Tenders in the Context of Tenders Submitted by Entitis in Receipt of Public Funds*, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 4, pp. NA99-NA103.
[248] Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 2016/C, 262/01, in data 19 luglio 2016. Cfr. commento di Grith Skovgaard ØLYKKE, *Commission Notice on the Notion of State Aid As Referred to in Article 107(1) TFEU – Is the Conduct of a Public Procurement*

Secondo la Commissione, distorsione della concorrenza è concepibile solo in presenza di mercati liberalizzati.[249] Dunque, nell'applicazione di tali considerando è necessario tenere conto che « [*t*]*he Commission and the EU Courts interpret Article 107 TFEU as creating* a prima facie *presumption that as soon as a Member State grants a financial advantage to an undertaking in a liberalized market, there will be a distortion of competition and will affect trade between Member States* ».[250]
In particolare, la Commissione ha precisato che « [*i*]*l fatto che le autorità attribuiscano un servizio pubblico a un fornitore interno (pur essendo libere di affidare tale servizio a terzi) non esclude, di per sé, una potenziale distorsione della concorrenza* ».[251] Nel fare ciò, ha escluso tale distorsione in presenza di quattro condizioni

---

Procedure Sufficient to Eliminate the Risk of Granting State Aid?, in *Public Procurement Law Review*, 2016, a. XXV, n. 5, pp. 197-212.

[249] Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 2016/C, 262/01, in data 19 luglio 2016, § 6.2., *Distorsione della concorrenza*, rileva che « *si riscontra di norma una distorsione della concorrenza ai sensi dell'articolo 107, articolo 1, del trattato quando lo Stato concede un vantaggio finanziario a un'impresa in un settore liberalizzato dove esiste, o potrebbe esistere, una situazione di concorrenza* » (punto 187, p. 42).

[250] Erika SZYSZCAK, *Distortion of Competition and Effect on Trade between EU Member State*, in Herwig C. H. HOFMANN, Claire MICHEAU (a cura di), *State Aid Law of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2016, Parte II, Cap. V, pp. 151-160, cit. p. 152, enfasi in originale.

[251] Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 2016/C, 262/01, in data 19 luglio 2016, § 6.2., *Distorsione della concorrenza*, punto 188, p. 42.

cumulative, che sono formulate in negativo, in modo inibire al massimo grado il monopolio legale, richiedendo una sorta di monopolio ultralegalizzato, e non semplicemente, come dichiarato, conforme al diritto europeo (lett. a), il quale non può essere sovracompensato a valle al ricorrere di ulteriori considerazioni emergenti dalla giurisprudenza europea, ossia se il monopolio è stato assegnato con gara (lett. b), se viene esercitato tramite società multiservizi (lett. c), se il finanziamento va a vantaggio di servizi non compensati, in caso di attività su più mercati (lett. d).[252]

Per quanto qui rileva, occorre interrogarsi sul significato di "fornitore interno", per stabilire la disciplina applicabile alla distorsione della concorrenza che può derivare dal contratto di cooperazione, come prospettato dai considerando delle direttive.

Al riguardo, non v'è dubbio alcuno che l'organizzazione *in house* sia fornitore interno e, dunque, non saranno ammesse sovracompensazioni in assenza di monopolio c.d. ultralegalizzato. Tuttavia, la tendenza a definire della

---

[252] Il dettato dell'esenzione dalla disciplina degli aiuti di Stato è il seguente: « *si esclude una potenziale distorsione della concorrenza se ricorrono le seguenti condizioni cumulative: a) il servizio deve essere soggetto a un monopolio legale (stabilito in conformità del diritto dell'Unione); b) il monopolio legale non deve soltanto escludere la concorrenza sul mercato, ma anche la concorrenza per il mercato ossia la concorrenza per la posizione di prestatore esclusivo del servizio in questione; c) il servizio non deve essere in concorrenza con altri servizi; d) se il prestatore del servizio opera in un altro mercato (geografico o del prodotto) aperto alla concorrenza, si deve escludere che vi sia una sovvenzione trasversal. Ciò presuppone che si utilizzino conti separati, che i costi e i ricavi siano imputati correttamente e che i fondi pubblici stanziati per il servizio soggetto al monopolio legale non possano andare a vantaggio di altre attività* » (punto 188, p. 41).

compensazione illegittima da considerazioni economiche non ammette confusioni sulla nozione di aiuto di Stato: infatti, il divieto di aiuto di Stato non vieta ogni compensazione, ma solo le sovracompensazioni;[253] non è pertanto condivisibile sostenere che « *ove l'internalizzazione mediante* in house *non sia economicamente sostenibile senza aiuti statali, la stessa dovrà essere scartata, se non a pena di adottare una soluzione che già dalle premesse si appalesa fallimentare* ».[254] Purtroppo, tale logica è alquanto diffusa, tanto da avere spinto il Legislatore a limitare il ricorso all'affidamento *in house*, ai sensi dell'art. 192, D.Lgs.n. 50/2016, imponendo che « *le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti* in house ».[255]

---

[253] Comunicazione della Commissione, *Disciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico (2011)*, 2012/C 8/03, in data 11 gennaio 2012, dichiara espressamente che « *le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico non costituiscono aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea qualora soddisfino determinate condizioni* » (punto 2).

[254] Gherardo CARULLO, *Aiuti di Stato: la "modernizzazione" del ruolo dello "Stato finanziatore" quale motore dello sviluppo dei servizi di interesse economico generale*, in *Conc. e Merc.*, 2015, a. XIII, pp. 5-35, cit. p. 31.

[255] L'art. 192, D.Lgs. n. 192/2016, dedicato al "regime speciale degli affidamenti *in house*", contempla un'articolata disciplina applicabile agli affidamenti e alle organizzazioni in house, come l'onere di iscrizione in un apposito elenco; cionondimeno, è stato oggetto di chiarimenti da parte dell'ANAC, con comunicato del Presidente del 3 agosto 2016, per escludere "la pregiudizialità dell'inoltro della domanda [di iscrizione] rispetto alla possibilità di effettuare affidamenti *in house*", nelle more dell'istituzione dell'elenco.

Di converso, non sembra che la cooperazione dia luogo ad una situazione di internalizzazione analoga a quella realizzata tramite l'organizzazione *in house*.
Tralasciando la questione al capitolo sulle varie forme di cooperazione pubblico-pubblico, vale la pena segnalare il condivisibile indirizzo della Corte di Giustizia, che ha ritenuto che « *qualsiasi attività dell'ente affidatario che sia rivolta a persone diverse da quelle che lo controllano, ossia a persone che non hanno alcuna relazione di controllo con tale ente, quand'anche si trattasse di amministrazioni pubbliche, deve essere considerata come svolta a favore di terzi* ».[256]
Seguendo tale indirizzo, il contratto di cooperazione non configura un'ipotesi di internalizzazione, c.d. *in house providing*, ma integra una modalità di affidamento a terzi, legittimata dal diritto europeo, che non ricade nell'ambito di attività del monopolio legale e, per questo, può essere distorsivo della concorrenza.
Ne consegue che i vari considerando (45), ultimo periodo, dir. 2014/23/UE, considerando (31), secondo capoverso, dir. 2014/24/UE potranno trovare senz'altro applicazione nell'ipotesi in cui il contratto di cooperazione abbia ad oggetto attività liberalizzate; si potrebbe in questo caso verificare che il rispetto delle regole di concorrenza possa risultare come una condizione implicita per l'applicazione dell'esenzione dall'obbligo di gara.
In caso di aggregazione in servizi pubblici protetti da riserva pubblica si verserebbe nell'ipotesi di mercato chiuso, per cui l'affidamento sotto forma di contratto di

[256] C.G.U.E., Sez. IV, 8 dicembre 2016, C-553/15, *Undis Servizi Srl v Comune di Sulmona, Cogesa SpA*, ECLI:EU:C:2016:935, punto 34 e dispositivo.

cooperazione non dovrebbe configurare distorsione della concorrenza,[257] come ha insegnato il caso *Chronopost*.[258]

---

[257] Erika SZYSZCAK, *Distortion of Competition and Effect on Trade between EU Member State*, in Herwig C. H. HOFMANN, Claire MICHEAU (a cura di), *State Aid Law of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2016, Parte II, Cap. V, pp. 151-160, cit. p. 152, aggiunge che « [*t*]*his is not the case where the market is closed to competition: see joined Cases T-298/97 etc.* Alzetta Mauro v Commission, *para 141-7. Nor will the condition be satisfied where there is a legal monopoly which complies with EU law* » (p. 152, nt. 8).

[258] Cfr. C.G.C.E., Grande Sezione, 1 luglio 2008, C-341/06P, *Chronopost SA e La Poste contro Union française de l'express (UFEX) e altri v Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:2008:375 (secondo appello respinto, proposto in seguito alla remissione della causa in primo grado); C.G.C.E., 3 luglio 2003, C-83/01P, *Chronopost SA, La Poste e Repubblica francese v Union française de l'express (Ufex), DHL International, Federal express international (France) SNC e CRIE SA*, ECLI:EU:C:2003:388 (primo appello accolto), con note di Alessandra FRATINI, Fabio FILPO, *I nuovi sviluppi giurisprudenziali sul concetto di aiuto di Stato: dalla* formula Altmark *al paradosso del* monopolista-concorrente *di* Chronopost, in *Contr. e Impr.*, 2003, a. VIII, n. 2, pp. 1183-1219; Alessandra FRATINI, Andrea CARTA, *Chronopost c. UFEX: la Corte di Giustizia UE e le « relazioni pericolose » fra settori riservati e mercati aperti alla concorrenza*, in *Dir. Comm. Intern.*, 2004, a. XVIII, n. 2, pp. 374-387; Alessandra FRATINI, Andrea CARTA, Chronopost v. Ufex*: The Paradox of the Competing Monopolist Symposium on European Competition Law*, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2004, a. XXIV, n. 3, pp. 773-789. Da ultimo, Dario CASALINI, *Aiuti di Stato alle imprese, servizi di interesse economico generale a rete e criterio dell'investitore privato in economia di mercato*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2003, a. II, n. 10, pp. 2731-2750, osserva che « [*l*]*'ente beneficiario dell'aiuto* [...] *potrebbe ottenere un vantaggio competitivo illegittimo (idoneo cioè a « falsare la concorrenza ») non in virtù del conseguimento di economie di scala*

Infine, occorre farsi carico dell'ipotesi secondo cui una condizione implicita della cooperazione possa derivare dalla presenza di un mercato concorrenziale.[259]

In particolare, le tre direttive del 2014 hanno introdotto i principi per l'aggiudicazione dei contratti pubblici (concessioni e appalti ordinari e speciali), « [*l*]*a concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. Si*

---

realizzabili nelle « condizioni normali di mercato » in cui opera un gruppo societario privato, bensì traendo beneficio dalla situazione di monopolio legale in cui opera l'ente erogatore e controllante nel diverso settore di mercato » (p. 2748), ed evidenzia che « [*n*]*on pare azzardato concludere nel senso di ravvisare l'impedimento allo svolgimento della missione di interesse pubblico generale* ex *art. 86, § 2, tr. CE soltanto qualora l'erogazione del servizio universale comporti l'assunzione di obblighi di servizio pubblico non remunerativi e il cui adempimento impone al soggetto pubblico titolare del servizio di intervenire in funzione di compensazione a favore dell'impresa incaricata dell'erogazione* » (p. 2738).

[259] La questione era stata chiaramente avvertita nelle concl. Avv. Gen., L.A. Geelhoed, 28 settembre 2006, C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) v Transformación Agraria SA e Administración del Estado*, ECLI:EU:C:2006:619, osservando che « [*i*] *rapporti di concorrenza tra questi servizi esecutivi, o società poste sotto il controllo statale, e le imprese private sugli stessi mercati possono pertanto essere gravemente compromessi. Ciò ammette una sola eccezione, qualora gravi motivi di interesse pubblico forniscano una giustificazione per affidare direttamente appalti ad un'organizzazione interna, anche se questi non rientrano nelle mansioni ad essa attribuite dalla legge o dallo statuto* » (punto 118). Nel caso di specie, l'aggiudicatario era un ente non sottoposto a controllo analogo, ma considerato come "organizzazione interna", essendo considerato come "strumento esecutivo interno e servizio tecnico" (punto 60 della sentenza).

ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici », *sub* art. 30, par. 2, dir. 2014/23/UE, art. 18, par. 1, secondo capoverso, dir. 2014/24/UE, art. 36, par. 1, dir. 2014/25/UE. Tale disposizione è stata recepita nel codice dei contratti pubblici, all'art. 30, dedicato ai "[p]rincipi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni", *sub* comma 2, come segue: « [*l*]*e stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi* ».

La disposizione si riferisce testualmente alla "concezione della procedura" di affidamento del contratto, ossia, nella versione inglese delle direttive europee al "*design*" del contratto, vocabolo che aiuta senz'altro a comprendere maggiormente come la norma si rivolga alla 'conformazione' della procedura di aggiudicazione, tanto è vero nel recepimento il Legislatore ha applicato il principio in capo alle stazioni appaltanti che svolgono attività di programmazione delle commesse pubbliche e contestualmente definiscono il mercato di riferimento, redigendo i bandi e gli avvisi di gara.

Dunque, è principio generale delle procedure di aggiudicazioni il divieto di limitare la concorrenza nella della fase di formazione della procedura (il problema non è nella scelta tra procedura aperta o negoziata, ma sulla scelta del mercato di riferimento),[260] senonché tale

[260] Mario LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza, dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, osserva che la procedura negoziata

principio sarebbe già previsto all'art. 42, par. 2, dir. 2014/24/UE e art. 60, par. 2, dir. 2014/25/UE, a mente dei quali "[l]e specifiche tecniche consentono pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non comportano la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza" (recepito all'art. 68, in tema di "[s]pecifiche tecniche", *sub* comma 4, D.Lgs. n. 50/2016).[261]

Vista la sovrapposizione tra le due norme, si pone la questione di definire l'esatta portata del divieto di limitare artificiosamente la concorrenza, in rapporto al fine "di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici".

Arrowsmith sostiene che il richiamo alla concorrenza rappresenta l'espressione più generale del principio di

---

si configura come « *un atto di scambio normale, e come tale un momento fisiologico del "gioco della concorrenza"* », dovendo rifuggire una visione statica della concorrenza (p. 547). *Idem*, Marcello CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid*, 2015, n. 19 (10 novembre 2015, n. 234), pubblicato *on line*, nonché in PLURES, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi Amministrativi, Varenna – Villa Monastero 17-19 settembre 2015*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 263-304, e Marcello CLARICH, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. Giur. Mezz.*, 2016, a. XXX, n. 3, pp. 737-752, sostiene che « *questo tipo di selezione non può essere vista, diversamente da quanto si ritiene talvolta, come una modalità restrittiva della concorrenza* » (p. 13, ed. 2015, p. 743, ed. 2016).

[261] L'art. 68, in tema di "specifiche tecniche", sub comma 4, D.Lgs. n. 50/2016, recita: « [*l*]*e specifiche tecniche consentono pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non devono comportare direttamente o indirettamente ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza* ».

parità di trattamento, nel senso che l'Amministrazione aggiudicatrice rimane libera di stabilire bisogni e preferenze nella formazione della gara senza dovere necessariamente definire ogni singolo aspetto.[262]
Secondo Clarich, il divieto di limitare artificiosamente la concorrenza assolve "una funzione meramente evocativa", "senza aggiungere alcuna valenza prescrittiva", dal momento che « *la concorrenza, lungi dall'essere un principio guida dell'attività delle stazioni appaltanti, non è altro che la ricaduta pratica dell'applicazione dei principi di imparzialità e di parità di trattamento, di pubblicità e di trasparenza al singolo atto di scambio* ».[263]
In realtà, occorrebbe verificare se la norma intende assicurare effettivamente la parità di trattamento tra gli operatori economici insieme alla trasparenza dei contratti pubblici, tanto che la norma è stata criticata per avere codificato un principio di concorrenza deformato.[264]

---

[262] Sue ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Volume 1*, Sweet and Maxwell, 2014 (3° ed., 1997), Cap. VII, *The Public Sector Rules: the Open and Restricted Procedures*, § 3, *General principles*, § 7, *Impact of the 2014 Public Procurement Directive, including explicit provisions on proportionality, on social, labour and environmental obligations and on conflicts of interest*, ritiene che l'art. 18, par. 1, dir. 2014/24/UE « *appears to be simply a manifestation of the more general equal treatment principles, as designing any aspect of the procurement for this reason rather than based on other needs and preferences in the project would clearly infringe that principle* » (p. 528, § 6.201).
[263] Marcello CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Conc. e Merc.*, 2015, a. XIII, pp. 197-207, nonché in *Dir. Amm.*, 2016, a. XXIV, n. 1-2, pp. 71-92, cit. p. 86 e p. 87.
[264] Albert SANCHEZ-GRAELLS, *A Deformed Principle of Competition? – The Subjective Drafting of Article 18(1) of*

Infatti, proprio il principio di trasparenza era stato invocato per richiedere l'applicazione dell'obbligo di gara per garantire l'apertura alla concorrenza dei mercati pubblici, in caso di affidamenti a terzi relativo ad attività oggetto di concorrenza nel mercato.[265]

Considerato che l'attività interessata dalla cooperazione può essere strumentale all'erogazione del servizio pubblico senza essere essa stessa soggetta a riserva, si potrebbe profilare la possibilità di invocare il divieto di limitare artificiosamente la concorrenza come limite alla cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici con riferimento ad attività economiche, in applicazione delle regole di concorrenza.

Del resto, la Commissione ha osservato che « [*l*]*a decisione di un'autorità pubblica di non permettere a terzi di svolgere un determinato servizio (ad esempio perché desidera prestare il servizio in proprio) non esclude l'esistenza di un'attività economica. Nonostante tale chiusura del mercato, un'attività economica può esistere se*

Directive 2014/24, in Grith Skovgaard ØLYKKE, Albert SANCHEZ GRAELLS (a cura di), *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules in 2014* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 80-100. Cfr. Albert SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2015 (2° ed., 2011), Cap. V, *The Principle of Competition Embedded in the EU Public Procurement Directives*, pp. 195-240.

[265] C.G.C.E., Sez. VI, 7 dicembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG, già Post & Telekom Austria AG*, ECLI:EU:C:2000:669, rammenta che « [*t*]*ale obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione* » (punto 62).

altri operatori sono disposti a fornire il servizio nel mercato interessato e possono farlo. In linea generale, il fatto che un particolare servizio sia prestato in proprio non incide sulla natura economica dell'attività ».[266]

Di conseguenza, posto che la cooperazione nei servizi pubblici può riguardare un'attività economica accessoria al servizio pubblico, sarebbe utile verificare se le regole di concorrenza potrebbero ostacolare l'affidamento diretto, in quanto "misura contraria" ai sensi dell'art. 106, par. 1, T.F.U.E.

In realtà, tanto la Commissione[267] quanto la dottrina e la Corte di Giustizia,[268] hanno stabilito che si profila una

---

[266] Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, 2012/C, 8/02, in data 11 gennaio 2012, punto 13 e comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 2016/C, 262/01, in data 19 luglio 2016, punto 14.

[267] Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, 2012/C, 8/02, 11 gennaio 2012, osserva che « [*i*]*n assenza di una definizione di attività economica nei trattati, la giurisprudenza sembra offrire criteri diversi per l'applicazione delle norme relative al mercato interno e per l'applicazione del diritto della concorrenza* » (p. 290).

[268] Natalia FIEDZIUK, *Services of General Economic Interest and the Treaty of Lisbon: Opening Doors to a Whole New Approach or Maintaining the Status Quo*, in *European Law Review*, 2011, a. XXXVI, n. 2, pp. 226-242, osserva che « *the economic/non-economic distinction is understood differently by the Court in EU competition law and in EU internal market law* » (p. 235). Il caso *Fenin* (T-319/99) e il caso Watts (C-372/04) mettono in evidenza la

nozione di attività economica (e, dunque di mercato aperto) ai fini dell'applicazione del diritto della concorrenza distinta rispetto a quella ai fini dell'applicazione delle regole del mercato interno (e dunque delle libertà fondamentali.

Tale differenza concettuale, nonostante l'omonimia terminologica, obbliga a prendere in considerazione l'ipotesi che l'esenzione dall'obbligo di gara presupponga il rispetto delle "regole di concorrenza", come definite al capo I del titolo VII, Parte III, T.F.U.E, *sub* artt. 101-109.

Invero, occorre collocare la cooperazione orizzontale nell'ambito delle regole del mercato interno, dal momento che le direttive europee sui contratti pubblici danno attuazione alle libertà fondamentali, invece che ricondurle alle regole di concorrenza.[269]

---

distanza nella definizione di attività economica ai fini del diritto della concorrenza e del diritto del mercato interno.

[269] Luca G. RADICATI DI BRONZOLO, Magnus GUSTAFSSON, *Partecipazione alle gare e regole di concorrenza*, in *Dir. Comm. Intern.*, 2002, a. XVI, n. 4, pp. 805-823, avevano osservato che « *le regole comunitarie in materia di procedure ad evidenza pubblica hanno come base giuridica le norme del Trattato CE in materia di libertà di circolazione, e non quelle in materia di concorrenza* » (p. 806); Erminio FERRARI, *I contratti della pubblica amministrazione: dalla ricerca del mercato alla ricerca delle regole*, in Erminio FERRARI (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. XI-XXVI, sottolinea che « *gli interventi sugli appalti ed i contratti della pubblica amministrazione fanno parte del capitolo del «mercato interno» non di quello della «concorrenza». E tali interventi non appartengono al fenomeno delle «liberalizzazioni», ma al contrario hanno previsto e causato un forte incremento della normativa giuridica della materia* » (p. XIX); Marcello CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid*, 2015, n. 19 (10 novembre 2015, n. 234), pubblicato *on line*, nonché in PLURES, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio*

Alla luce di questo, la presenza di concorrenza nel mercato non può ostacolare la cooperazione nei servizi pubblici attraverso lo scambio di attività economiche, consideratp che « *non vi è una norma che riservi al mercato e pertanto alle imprese private l'esercizio dei servizi pubblici* »[270] e tenuto conto della libertà di cooperare, sancita all'art. 2, par. 1, secondo periodo, dir. 2014/23/UE.[271]
I rilievi appena presentati traggono spunto dalla situazione della cooperazione di un organismo di diritto pubblico (*i*) come fornitore o (*ii*) come committente (*iii*) nell'ambito di attività in condizioni di mercato o (*iv*) sotto il regime del servizio di interesse generale, (*v*) anche se partecipato da soggetti privati, valgano, dunque, come spunti critici per introdurre la riflessione in merito alla cooperazione tra enti pubblici e dei suoi rapporti in rapporto ai precedenti istituti di diritto nazionale e alle libertà fondamentali.

---

dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi Amministrativi, Varenna – Villa Monastero 17-19 settembre 2015, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 263-304, ribadisce che « [*i*]*n realtà, la base giuridica delle direttive europee in materia di contratti pubblici si è sempre fondata, non già sui principi del Trattati in materia di concorrenza (art. 101 e seg. del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea), bensì sui principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi espressamente richiamati nelle premesse e nei considerando delle nuove direttive* » (p. 2).

[270] Cons. Stato, Sez. V, 30 agosto 2004, n. 5643.

[271] Cfr. considerando (45), penultimo periodo, dir. 2014/23/UE, considerando (31), secondo capoverso, ultimo periodo, dir. 2014/24/UE, affermano che « *l'applicazione delle norme stabilite nella presente direttiva non dovrebbe interferire con la libertà delle autorità pubbliche di svolgere i compiti di servizio pubblico affidati loro utilizzando le loro stesse risorse, compresa la possibilità di cooperare con altre autorità pubbliche* ».

In considerazione di tali perplessità, è necessario approfondire quali sono e cosa comportano, con le parole dei considerando (46), dir. 2014/23/UE e considerando (32), dir. 2014/24/UE, le positive "condizioni per la cooperazione orizzontale", previste *ex lege*, differenziandole da quelle che possono *in nuce* delimitare l'ambito di applicazione dell'esenzione, cui si è fatto cenno nei profili appena evidenziati.

4. *Contratto di cooperazione e certezza del diritto:* consistency *dell'esenzione e* coherence *della fattispecie*.

Fatta questa doverosa premessa metodologica, è possibile leggere la norma nel contesto in cui è stata elaborata per esaminare le ragioni che l'hanno resa necessaria, prima di occuparsi della disposizione di recepimento del contratto di cooperazione nell'ordinamento italiano.
A dispetto della sua scarsa chiarezza, l'istituto del contratto di cooperazione è stato introdotto per assicurare certezza giuridica, come dichiarato dal Legislatore europeo.[272]

[272] Cfr. considerando (1), dir. 2014/23/UE: « [*u*]*n quadro giuridico idoneo, equilibrato e flessibile per l'aggiudicazione di concessioni garantirebbe un accesso effettivo e non discriminatorio al mercato a tutti gli operatori economici dell'Unione assicurando altresì la certezza giuridica* », sui contratti di cooperazione, considerando (45), dir. 2014/23/UE: « [*v*]*i è una notevole incertezza giuridica circa la misura in cui i contratti conclusi tra enti nell'ambito del settore pubblico debbano essere disciplinati dalle norme sulle concessioni* ». Considerando (2), dir. 2014/24/UE: « [*è*] *inoltre necessario chiarire alcuni concetti e nozioni di base onde assicurare la certezza del diritto e incorporare alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia* », considerando (31), « [*v*]*i è una notevole*

Una simile codificazione si associa ad una definizione di certezza giuridica in senso stretto, basata su esigenze di prevedibilità, con le parole della Corte di Giustizia.[273]
Tale certezza giuridica viene intesa dalla dottrina[274] con il significato di "prevedibilità delle conseguenze giuridiche di atti o fatti", con la particolare finalità di garantire i soggetti dell'ordinamento europeo nei rapporti con le istituzioni europee[275] ed, in particolare, gli operatori economici dinanzi alle autorità nazionali.

---

incertezza giuridica circa la misura in cui i contratti conclusi tra enti nel settore pubblico debbano essere disciplinati dalle norme relative agli appalti pubblici »; *idem*, considerando (2) e (38), dir. 2014/25/UE.

[273] Vale il « *principio della certezza del diritto, il quale esige che una norma comunitaria sia chiara e che la sua applicazione sia prevedibile per tutti gli interessati* » (punto 34, *desinit*, C.G.C.E, 15 gennaio 1998, C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e altri e Strohal Rotationsdruck GesmbH*, ECLI:EU:C:1998:4). *Idem*, C.G.C.E., 15 febbraio 1996, C-63/93, *Fintan Duff, Liam Finlay, Thomas Julian, James Lyons, Catherine Moloney, Michael McCarthy, Patrick McCarthy, James O'Regan, Patrick O'Donovan v Minister for Agriculture and Food e Attorney General*, ECLI:EU:C:1996:51, introduce la nozione sottolineando come il legittimo affidamento costituisca « *il corollario del principio della certezza del diritto, che esige che le norme giuridiche siano chiare e precise, ed è diretto a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici rientranti nella sfera del diritto comunitariogarantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici rientranti nella sfera del diritto comunitario* » (punto 20).

[274] Letizia GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di Enrico DICIOTTI e Vito VELLUZZI, Giappichelli, Torino, 2008, cap. V, *Certezza del diritto*, pp. 81-88, « *certezza del diritto significa univocità delle qualificazioni giuridiche* » (p. 81).

[275] Mario Pilade CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2011 (4° ed., 1999), osserva che il principio di certezza del diritto « *implica che i soggetti dell'ordinamento comunitario siano*

Tanto rileva in materia di contratti pubblici, considerato che il diritto interno non è abilitato ad integrare la normativa di settore, essendo del tutto armonizzata la definizione delle fattispecie.[276]
Il che assume ancora maggiore rilievo dal momento che l'istituto del contratto di cooperazione trova certezza giuridica non solo attraverso la sua previsione nelle direttive, ma anche attraverso i considerando, che come visto sono state interpretate come disposizioni sostanziali sotto mentite spoglie.
In realtà, le esigenze di certezza giuridica in senso lato non sono state affatto appagate dalla formalizzazione dell'istituto nel diritto europeo come esenzione: infatti, « *perché il diritto sia certo deve aversi sì* consistency *tra norme di livello inferiore e norme di livello superiore, ma anche* coherence *tra norme dello stesso livello, emanate successivamente nel tempo ma nel contesto di una cultura – giuridica e metagiuridica – che possa ragionevolmente essere detta la stessa* ».[277]

---

garantiti circa il quadro giuridico della loro azione e dei rapporti con le istituzioni e gli orgaanismi comunitari » (p. 437). Cfr. Giuseppe TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012 (6° ed., 1995), p. 104.

[276] Marcello CLARICH, Bernardo Giorgio MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico*, in *Anal. Giur. Econ.*, 2013, a. XII, n. 2, pp. 363-381, ritengono che « [*l*]*a certezza del diritto è un'esigenza imprescindibile per gli operatori economici, che si pregiudica facilmente con norme dall'ambito di applicazione indefinito e si soddisfa agendo sulle norme di settore* » (p. 367).

[277] Letizia GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit., p. 83, richiama la distinzione tra *consistency* e *coherence* elaborata da Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1978. Cfr. Neil MACCORMICK, *Coherence in Legal Justification*, in Aleksander PECZENIK, Lars

Nel diritto europeo, per *consistency* si intende, in positivo, la intrinseca logicità della fattispecie giuridica e, in negativo, « *the absense of contraddictions, whereas coherence refers to positive connections* »,[278] ossia l'assenza di contraddizioni; invece la *coherence* si riferisce a connessioni positive.[279]

In questo modo, la coerenza può dare luogo ad uniformità, a logicità estrinseca, essendo in gioco il grado di corrispondenza delle fattispecie sopravvenute rispetto ad una cultura giuridica precostituita. Una coerenza di tal fatta sembra rilevante sul piano funzionale, più che su quello strutturale, come fosse una coerenza di sistema, più che una coerenza intrinseca della fattispecie.

Tale è l'insegnamento anche dei costituzionalisti.[280] Così considerata, « [*l*]*a certezza consiste, quindi, nella*

LINDAHL, Bert VAN ROERMUND, *Theory of Legal Science. Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosopy of Science Lund, Sweden, December 11–14, 1983*, Springer, Berlin, 1992, Sect. 3, *Objectivity and Rationality of Legal Justification*, Chap. XIX, pp. 235-251.

[278] Geert DE BAERE, *Constitutional Principles of EU External Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 251.

[279] Nel diritto europeo, con riferimento alla coerenza e alla uniformità dell'interpretazione, tenuto conto del fine concorrenziale degli istituti, magistrale lo studio di Alexandre SAYDÉ, *Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2014.

[280] Giovanni GROTTANELLI DÈ SANTI, *Note introduttive di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, osseva che« [*l*]*a certezza del diritto può essere vista sotto lo stesso profilo della coerenza e della completezza dell'ordinamento; sicuramente essa sottolinea e postula il rispetto e la utilizzabilità del diritto da parte dei consociati* » (p. 17) e considera che « [*f*]*ino a non molto tempo fa si insegnava con tranquilla sicurezza che l'ordinamento giuridico era un sistema* coerente e completo. *Coerente nel senso di non avere al proprio interno norme contrastanti le une con le altre o di avere,*

possibilità di dimostrare che all'interno di un sistema giuridico le decisioni applicative non sono arbitrarie, ma costituiscono il risultato dell'utilizzo di procedure argomentative razionalmente fondate e predeterminate in modo non eccessivamente vago. È palese che, così rielaborato, il concetto di certezza giuridica costituisce una nozione debole: non più conoscibilità ex ante *delle conseguenze giuridiche delle azioni individuali, né idoneità del diritto a costituire una guida sicura per la pianificazione delle condotte individuali, ma giustificabilità* ex post *delle decisioni particolari* ».[281]

Per quanto l'uniformità sia il risultato della coerenza, cionondimeno, dal punto di vista logico, la non contraddittorietà non corrisponde necessariamente all'uniformità (« *consistency does not necessarly denote coherence and vice versa* »). Secondo tale accezione, siccome non esiste alcun rapporto di dipendenza logica tra i due tipi di certezza giuridica, la non contraddittorietà può valere come principio onnicomprensivo piuttosto che come una precondizione dell'uniformità (« *all-encompassing principle rather than a precondition to coherence* »[282]).

---

ove ve ne fossero, dei criteri sicuri e adeguati per ristabilire la coerenza; completo nel senso di provvedere una disciplina esauriente per tutte le situazioni e tutti i rapporti presi in considerazione dal diritto (giuridicamente rilevanti) » (p. 15, enfasi in originale).

[281] Stefano BERTEA, *La certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo*, in *Mat. Stor. Cult. Giur.*, 2001, a. XXXI, n. 1, pp. 131-164, cit. p. 147 e aggiunge che « *l'ordinamento può essere definito certo se le decisioni giuridiche particolari non si discostano da ciò che è stabilito per casi simili* » (p. 149).

[282] Ester HERLIN-KARNELL, Theodore KONSTADINIDES, *The Rise and Expressions of Consistency in EU Law: Legal and Strategice Implications for European Integration*, in Catherine BARNARD, Albertina ALBORS-LLORENS, Markus W. GEHRING (a cura di),

Dal punto di vista giuridico, è stato letteralmente ritenuto che la non-contraddittorietà, intesa come principio sistemico, è radicata nella "trama" costituzionale di un sistema giuridico in quanto elemento del principio di legalità, aiutando ad assicurare la certezza giuridica (« *consistency as systemic principle is embedded in the constitutional text of a legal system as a element of the rule of law, helping to ensure legal certainty* »[283]). Di conseguenza, anche la non-contraddittorietà, assicura la certezza giuridica, nella misura in cui esprime un'istanza di sistematicità.

Osservando, dunque, l'uso che è stato fatto dell'opposizione *consistency-coherence* nel dibattito giuridico europeo, anche in ambito di diritto della concorrenza,[284] è possibile ricavare, *mutatis mutandis*, alcune considerazioni utili a comprendere il senso dell'introduzione del contratto di cooperazione.

In particolare, si può registrare che la *consistency* è usata come argomento per giustificare l'integrazione differenziata a livello europeo.[285]

Cambridge Yearbook of European Legal Studies. Vol. XL, 2012-2013, Hart Publishing, Portland, 2013, pp. 139-160, cit. p. 141, *ibidem*.

[283] Ester HERLIN-KARNELL, Theodore KONSTADINIDES, *The Rise and Expressions of Consistency in EU Law: Legal and Strategice Implications for European Integration*, cit., cit. p. 142.

[284] Wolf SAUTER, *Coherence in EU Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, Chap. 8. *Mergers, State Aid, and Services of General Economic Interest*, § 4. *Service of General Economic Interest*, pp. 217-221.

[285] Ester HERLIN-KARNELL, Theodore KONSTADINIDES, *The Rise and Expressions of Consistency in EU Law: Legal and Strategice Implications for European Integration*, cit., dichiarano che « *consistency does not mandate a holistic approach to integration, but helps to generate uniform outcomes within ad hoc iniziatives* » e

Parallelamente, sarebbe opportuno chiedersi se la creazione del nuovo modulo convenzionale prelude alla *consistency* ovvero alla *coherence* della regolazione europea dei contratti pubblici e se sarà possibile un'attuazione differenziata dell'istituto, in considerazione dell'incerta influenza dei principi di diritto primario nell'individuazione del quadro di riferimento. Quella raggiunta dal Legislatore europeo è, infatti, un tipo di certezza che « *non ci viene immediatamente dai principi* », ma è la « *specificazione dei princìpi attraverso regole e precedenti autorevoli* »,[286] il che conferma la necessità di conoscere direttamente i principi per verificare la portata innovativa dell'istituto.

A questo riguardo, la posizione più convincente sembra quella secondo la quale la positivizzazione dell'istituto ha semplicemente tentato di dare certezza delle conseguenze giuridiche del nuovo modulo convenzionale (consistenti nell'esenzione dall'applicazione del diritto europeo), ma lascia aperta quale sia la relazione giuridica tra tale istituto e gli analoghi istituti di diritto domestico, sparsi negli ordinamenti nazionali, e se quindi si possa definire una fattispecie coerente al diritto dei contratti pubblici.

---

che « *differentiation also includes a number of modalities which do not expressly require consistency in order to operate* » (p. 140).

[286] Claudio LUZZATI, *Príncipi e princìpi*, Giappichelli, Torino, 2012, considera esplicitamente che « *questa relativa certezza del diritto non ci viene immediatamente dai princìpi. Essa deriva invece dalla specificazione dei princìpi attraverso regole e precedenti autorevoli. In altre ipotesi, i princìpi sono invece bilanciati direttamente dalle corti nei casi concreti e, nella loro funzione ablativa, danno voce disorganica alle istanze riformatrici, introducendo momenti di netta discontinuità nel sistema* » (pp. 67-68). Ritorna il problema della discontinuità di cui parla anche Torchia in nt. 33.

Anzitutto, occorre osservare che l'istituto costituisce una causa di esenzione comune alla disciplina delle concessioni e degli appalti nei settori ordinari e speciali, che era stata prevista in tutte e tre le direttive europee sui contratti pubblici, agli articoli 17, dir. 2014/23/UE, 12, dir. 2014/24/UE e 28, dir. 2014/25/UE, sempre al paragrafo quarto.

L'ambito applicativo che risulta dal combinato disposto delle predette tre disposizioni merita approfondimento: infatti, la giurisprudenza europea aveva escluso gli accordi inter-amministrativi dall'applicazione della sola disciplina degli appalti pubblici, in virtù del loro oggetto (piuttosto che in ragione della forma contrattuale).[287]

Il primo elemento innovativo che si ricava dal quadro normativo delle direttive sta nell'estensione dell'ambito applicativo dell'esenzione alle concessioni e ai settori speciali. D'altra parte, si potrebbe obiettare che una simile esenzione poteva applicarsi in via analogica anche alle concessioni di servizi e lavori già prima delle nuove direttive. In realtà, sembra più ragionevole ritenere che l'estensione dell'ambito applicativo dell'esenzione risponda proprio ad esigenze di certezza giuridica: infatti, le tre disposizioni, considerate in modo unitario, danno luogo ad una norma di chiusura,[288] per cui l'effetto dell'esenzione risulta indifferente rispetto alla

---

[287] C.G.C.E., Sez. II, 13 gennaio 2005, C-84/03, *Commissione delle Comunità europee v Spagna*, ECLI:EU:C:2005:14, prevede che « [*c*]*on riferimento all'identità degli elementi che costituiscono la definizione di appalto nelle direttive 93/36 e 93/37, escluso l'oggetto dell'appalto in questione, occorre applicare la soluzione così adottata nella sentenza Teckal, cit., agli accordi interamministrativi rientranti nella direttiva 93/37* » (punto 39).

[288] Amedeo G. CONTE, *Norma di chiusura*, in *Nov. Dig. It.*, UTET, Torino, 1965, vol. XI, *ad vocem*, pp. 327-328.

qualificazione formale del contratto (in termini di appalto o concessione).
Con l'estensione dell'esenzione a tutti e tre gli ambiti delle direttive, dunque, sarebbe così raggiunto l'obiettivo di scongiurare applicazioni elusive del nuovo modulo convenzionale, finalizzate a configurare come appalto (esente) una concessione (in tesi non esente): infatti, utilizzare l'esenzione prevista solo nella disciplina degli appalti avrebbe potuto dare il via all'utilizzo ad appalti che mascheravano concessioni tra enti pubblici, solo per profittare dell'esenzione (come successo sotto la vigenza del precedente codice per favorire dell'applicazione solo per principi, e non dettagliata, della disciplina contrattuale).
Esiste, poi, una diversa valenza dell'estensione dell'esenzione relativa ai settori speciali rispetto all'estensione dell'esenzione alle concessioni: infatti, la prima sembra segnata da esigenze di non contraddittorietà (*consistency*) del settore speciale con il settore ordinario degli appalti pubblici, mentre la seconda sembra diretta ad assicurare l'uniformità (*coherence*) del regime di esenzione per appalti pubblici e per concessioni. Tale osservazione assume rilevanza non solo sul piano teorico, ma anche sotto il profilo pratico.
A ben vedere, l'estensione dell'esenzione ad ogni ambito coperto dalla disciplina delle commesse pubbliche sembra valere non solo per uniformare il regime di esenzione, ma anche per uniformare le nozioni di appalto e di concessione attraverso l'interpretazione funzionale della nozione di contratto pubblico.
A tal proposito, giova osservare che, se, da un lato, è vero che l'esenzione tocca anche la disciplina delle concessioni, onde evitare il ricorso elusivo all'esenzione prevista per gli appalti pubblici (originariamente in via giurisprudenziale), cionondimeno, dall'altro lato, sembra corretto pensare che

oggetto della convenzione possono essere la realizzazione di lavori, la prestazione di servizi (con l'eccezione della fornitura di prodotti), indifferentemente deducibili in contratti di appalto o concessione, e che, pertanto, l'ambito di applicazione del nuovo istituto non sia ristretto all'oggetto pubblico. Tale interpretazione dell'oggetto del modulo convenzionale non è affatto ovvia, essendo stata esclusa dalla giurisprudenza anteriore[289] e dalla Commissione europea[290] la possibilità di dedurre in

---

[289] Secondo l'approccio *ante* riforma, la ricorrenza di un appalto pubblico era ragione sufficiente per assoggettare il contratto alla relativa disciplina europea. C.G.U.E., Sez. V, 13 giugno 2013, C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG v Kreis Düren e Stadt Düren*, ECLI:EU:C:2013:385, afferma nitidamente che « *il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se costituisca un appalto pubblico di servizi ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2004/18, e sia a tal titolo soggetto alle disposizioni di detta direttiva* » (punto 26).

[290] Commissione europea, DG Mercato interno e servizi, Documento di lavoro dello Staff, concernente « *l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico")* », traduzione italiana non ufficiale, SEC(2011) 1169 def., in data 4 ottobre 2011, sviluppa una serrata linea argomentativa contraria alla cooperazione di tipo commerciale, in quattro postulati: (*i*) « *la cooperazione ha carattere di una cooperazione reale, intesa all'esecuzione congiunta di un compito comune, contrariamente ad un normale appalto pubblico* » (p. 14), (*ii*) « [*s*]*e un'amministrazione aggiudicatrice assegna unilateralmente un compito ad un'altra, ciò non può essere considerato una cooperazione* » (p. 15), (*iii*) la cooperazione « *non sarebbe esente se fosse guidata - ossia determinata in via principale - da altre considerazioni, in particolare di tipo commerciale* » (p. 15), (*iv*) « [*l*]*e parti cooperanti, pertanto, non dovrebbero, in linea di principio, svolgere attività di mercato nel quadro della cooperazione. In altre parole, il servizio che*

contratto prestazioni oggetto di lavori, servizi e forniture, ma tale orientamento sembra superato in base alla nuova normativa alla luce di ulteriori indici normativi.

L'ipotesi, come impostata nei precedenti paragrafi, prende ad oggetto direttamente il modulo convenzionale tra enti pubblici come congegnato a livello europeo, e muove dall'idea che tale modulo convenzionale si configura come contratto pubblico di diritto speciale, condividendo con il contratto pubblico di diritto europeo una serie di caratteri come:

(*i*) la plurilateralità (superando l'assunto della semplice pluri-soggettività senza reciprocità);[291]

---

costituisce l'oggetto della cooperazione non dovrebbe essere offerto sul mercato » (p. 16), (*v*) « [*s*]*e le entità cooperanti hanno vocazione commerciale, esse sono in concorrenza diretta con gli operatori privati, con obiettivi e strumenti commerciali identici o analoghi. La cooperazione esente dalle norme in materia di appalti pubblici e intesa ad adempiere a compiti di interesse pubblico dovrebbe riguardare esclusivamente entità la cui attività principale non ha fini commerciali* » (p. 17). Un'unica eccezione viene riconosciuta al divieto di cooperare su attività offerte sul mercato, e si verifica quando « [*n*]*ei casi in cui, per ragioni pratiche, l'esclusione totale sarebbe contraria all'interesse pubblico generale che regge la cooperazione (ad esempio l'uso economicamente ragionevole delle risorse), un'attività strettamente accessoria e marginale con gli enti che non partecipano alla cooperazione (ad esempio l'uso ragionevole di una possibile capacità in eccesso) potrebbe risultare accettabile* » (p. 16, nt. 47). Tale eccezione è diventata regola generale con le direttive europee del 2014, dal momento che è stata riconosciuta la facoltà di agire sul mercato (entro la soglia del 20% del fatturato), il che implica la facoltà di dedurre in contratto attività offerte sul mercato aperto.

[291] Reciprocità non implica commutatività: con la prima si intende l'imputazione di diritti e obblighi scambievolmente, con la seconda, invece, si intende l'imputazione dell'alea contrattuale e la rilevanza dello scambio nel contratto. La reciprocità indica che un modulo

(*ii*) la patrimonialità (superando l'assunto del limite dell'incommerciabilità dell'oggetto contrattuale);
(*iii*) l'onerosità (superando l'assunto del semplice equilibrio dei rapporti finanziari tramite il ristoro delle spese).
A tal stregua, conviene confessarlo sin d'ora la presente ipotesi ricostruttiva è del tutto indipendente, per le ragioni sopra esposte, dal quadro dottrinale relativo agli accordi inter-amministrativi, costruito sulla base del solo diritto interno (a regime amministrativo), ove all'opposto è stato affermato che « *due sarebbero gli aspetti caratterizzanti gli accordi tra enti nell'impostazione prospettata: la plurilateralità e la non negoziabilità* ».[292] Una sola

---

convenzionale costituisce fonte di obbligazioni; d'altra parte, nel diritto pubblico esiste la tendenza a distinguere ulteriormente tra accordo-fonte e rapporto-oggetto, ossia tra accordo inter-amministrativo e rapporto inter-amministrativo, essendo controversa la forza vincolante degli accordi tra pubbliche Amministrazioni (dal punto di vista concettuale, dunque, la legittimazione al recesso dall'accordo sarebbe giustificata dalla natura pubblicistica dell'oggetto del rapporto, stante l'inesauribilità del potere pubblico, quale deroga -di natura non privatistica- al principio del *pacta sunt servanda*). Segue questa linea di tendenza Clemente Pio SANTACROCE, *La stabilità degli accordi tra pubbliche Amministrazioni*, Cedam, Padova, 2014.

[292] Sara VALAGUZZA, *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, in *Dir. Amm.*, 2010, a. XVIII, n. 2, pp. 395-438, cit. p. 406, aggiunge che « [*l*]*a plurilateralità si correla, parallelamente, alla pluralità degli interessi deferiti alla cura delle diverse amministrazioni nel nostro ordinamento. La non negoziabilità, invece, è utilizzata per riferirsi all'esercizio di poteri pubblici non autoritativi, evidenziando altresì la differenza rispetto alle manifestazioni dell'autonomia privata. Il quadro tracciato si completa con la precisazione che, di norma, le prestazioni oggetto dell'accordo tra amministrazioni non hanno carattere*

notazione può essere rivolta a tale coerente inquadramento, consolidato in dottrina e basato sulla specificità del regime amministrativo,[293] e riguarda l'uso dell'espressione "plurilateralità" con il significato di pluralità degli interessi pubblici, invalso in dottrina per riferirsi all'esame contestuale di interessi in un procedimento.[294] Orbene, se questo significato vale nell'ambito del procedimento, non sembra che plurilateralità abbia necessariamente lo stesso significato nell'ambito di un accordo inter-amministrativo: infatti, fin tanto che il potere pubblico viene concertato mediante modulo convenzionale la plurilateralità sfuma in semplice pluri-soggettività, essendo sufficiente non la reciprocità delle parti, ma la sola adesione al rapporto inter-amministrativo, come segnalato da Amorosino e da Falcon;[295] diversamente, plurilateralità dovrebbe ricorrere

---

patrimoniale, sostanziandosi in « attività amministrativa da svolgersi in collaborazione *»* » (ivi cit.).

[293] Giandomenico FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Caratteri e ammissibilità*, Giuffrè, Milano, 1984, rileva che: « *le relazioni « pubblicistiche » convenzionali tra enti pubblici sembrano presentare proprie specificità e peculiarità, delle quali la nettezza – che è anche in qualche misura* rigidità – *delle categorie consolidate non rende facilmente ragione. La prospettiva del contratto di diritto privato è bensì idonea a fondare e spiegare il legame in termini di vera reciprocità di situazioni giuridiche soggettive, ma non a dare rilievo agli aspetti pubblicistici della fattispecie (in ipotesi dominanti), che risulterebbero incongruamente ristretti nella disciplina contrattuale comune* » (p. 166).

[294] Edoardo GIARDINO, *La plurilateralità della funzione amministrativa: l'esercizio del potere amministrativo nella crisi dell'unilateralità del provvedimento*, Giappichelli, Torino, 2012.

[295] Giandomenico FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Giappichelli, Torino, 1984, osserva che « [*s*]*i avrebbe invece « vera » convenzione pubblicistica* tra enti pubblici *quando* entrambe *le amministrazioni entrassero nel rapporto mediante atto amministrativo di adesione,* disponendo nel regime convenzionale

in presenza di un accordo inter-amministrativo tra enti pubblici in posizione di autonomia privata.[296]

In conclusione, è necessario segnalare come « [*n*]*on esiste dunque una ontologia del rapporto di diritto amm.vo, ma solo una scelta assiologica-politica di costruzione della fattispecie* ».[297]

Ne consegue la necessità di aderire all'interpretazione funzionale della nozione di contratto pubblico, come peraltro riconosciuto dalla giurisprudenza europea, avendo ritenuto che il diritto europeo delle commesse pubbliche non conosce alcuna definizione dogmatica di contratto pubblico.[298]

---

dei propri poteri amministrativi o comunque degli oggetti pubblici ad essi affidati » (p. 316, enfasi in originale).

[296] Questa è la tesi di Fabio MERUSI, *Procedimento di coordinamento infrastrutturale e procedimenti di collaborazione dopo le leggi sul procedimento amministrativo e sulla riforma delle autonomie locali*, in PLURES, *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Giuffrè, Milano, 1993, vol. II, pp. 1035-1054, cit. p. 1038, nonché, con il titolo *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 1993, a. I, n. 1, pp. 21-39.

[297] Pier Luigi PORTALURI, *Considerazioni (forse in)attuali sugli accordi di diritto amministrativo*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2015, a. LVIII, n. 4, pt. II, pp. 147-156, cit. p. 156.

[298] Erminio FERRARI, *I contratti della pubblica amministrazione: dalla ricerca del mercato alla ricerca delle regole*, in Erminio FERRARI (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. XI-XXVI, osserva che « [*è*] *chiaro che a questo punto il termine «appalto» ha un significato del tutto particolare, ben lontano da quello civilistico ad esso tradizionalmente proprio* » (p. XXII); Roberto CARANTA, *Nozione di appalto, lavori, servizi e forniture*, in Roberto GAROFOLI, Maria Alessandra SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttive 2014/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Giuffrè,

Il che trova conforto nell'opinione della letteratura più attenta all'analisi delle caratteristiche proprie del diritto dei contratti pubblici di matrice europea,[299] che si era basata

---

Milano, 2005, cap. I, sez. I, « [*q*]*ualche breve riflessione è opportuna sulla nozione di «* contratto *», non tanto per distinguerla da quella di «* concessione *», esaminata in altro luogo, ma per sottolineare il suo carattere funzionale, piuttosto che tecnico-dogmatico* » (p. 24). *Idem*, Guido GRECO, Nicola BASSI, *L'ambito oggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici*, in Riccardo VILLATA, Mario BERTOLISSI, Vittorio DOMENICHELLI, Giovanni SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Cedam, Padova, 2014, vol. I, pp. 20-254, affermano che « [*l*]*'intento onnicomprensivo che ispira il codice, in effetti, traspare con nettezza fin dal suo esordio che evidenzia l'opzione di fondo perseguita dai suoi redattori, cioè di identificare l'ambito oggettivo di applicazione secondo una logica funzionale, non formale* », con la conseguenza di « *abbandonare il tradizionale riferimento discorsivo agli appalti pubblici sostituendolo con quello, ormai concettualmente più corretto, di contratti pubblici* » (p. 207, *ibidem*). Vincenzo SALVATORE, *Diritto comunitario degli appalti pubblici. Incidenza nell'ordinamento italiano delle direttive sulle procedure di aggiudicazione*, Giuffrè, Milano, 2003, rileva che « *la nozione di appalto, come le altre nozioni contenute nella direttiva, devono essere interpretate in maniera estensiva* » (p. 21). Per una ricostruzione storica: Francesco CARUSO, *Corte di Giustizia comunitaria e disciplina degli appalti pubblici*, in Antonio D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 31-69.

[299] Italo FRANCO, *Diritto comunitario e diritto nazionale: una convivenza problematica. Riflessi sulla materia degli appalti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2007, a. XI, n. 6, pp. 674-685, osserva che « *l'approccio del «legislatore» comunitario* [...] *è eminentemente pragmatico, e scevro - fin troppo scevro, a nostro modo di vedere - da quella concettuologia giuridica (legata all'impostazione scientifico-teorica delle varie branche del diritto, di tipo dogmatico), e, insomma dall'aspetto teoretico del sistema giuridico, che può sembrare una superflua «sovrastruttura», fino a poco*

sulla distinzione concettuale tra nozione e definizione di appalto pubblico.[300]

All'opposto, risponde ad un tipo di interpretazione esclusivamente funzionale al diritto nazionale (e non agli obiettivi delle direttive) l'approccio di chi ha ridotto la figura del contratto pubblico di diritto europeo alla nozione di appalto prevista dal codice civile[301] o la nozione di

---

tempo fa in voga da noi maggiormente rispetto ad oggi » (p. 675) e avverte che « [*u*]*n ulteriore terreno di influenza del diritto europeo è costituito dall'ingresso di figure e nozioni giuridiche nuove, prima sconosciute dal diritto nazionale, o configurate in maniera diversa, anche, a volte, in maniera sostanziale* » (p. 676).[300] Ernesto STICCHI DAMIANI, *La nozione di appalto pubblico. Riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1999, sottolinea che « *l'analisi critica della definizione di appalto pubblico e dei connessi profili di disciplina evidenzia la non necessaria coincidenza dell'accezione che al termine contratto viene data dal legislatore comunitario con la nozione di contratti in senso giusprivatistico viene comunemente accolta dall'ordinamento nazionale* » (p. 78).

[300] Ernesto STICCHI DAMIANI, *La nozione di appalto pubblico. Riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1999, sottolinea che « *l'analisi critica della definizione di appalto pubblico e dei connessi profili di disciplina evidenzia la non necessaria coincidenza dell'accezione che al termine contratto viene data dal legislatore comunitario con la nozione di contratti in senso giusprivatistico viene comunemente accolta dall'ordinamento nazionale* » (p. 78).

[301] Esiste un approccio alternativo all'interpretazione funzionale ed estensiva del contratto pubblico che ritorna alla nozione di appalto, ricorrendo all'interpretazione analogica: Franco MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, in Roberto GAROFOLI, Maria Alessandra SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2014/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 97-114, §. 5. *La distinzione con l'appalto pubblico di servizi*, ritiene che l'appalto pubblico « *non fuoriesce dallo schema tipico del contratto di appalto di cui all'art. 1655 c.c.* » (p. 69),

Rosanna DE NICTOLIS, *L'autonomia contrattuale della pubblica amministrazione e i principi relativi ai contratti pubblici*, in Francesco CARINGELLA, Mariano PROTTO (a cura di), *L'appalto pubblico e gli altri contratti della P.A.*, Zanichelli, Bologna, 2012, cap. I, pp. 3-28, afferma che « [*l*]*a definizione comunitaria dell'appalto di lavori non differisce, nella sostanza, da quella civilistica, al di là del difforme linguaggio utilizzato dal normatore comunitario rispetto al codice civile italiano* » (p. 7), Christian IAIONE, *L'ambito oggettivo e soggettivo*, in Marcello CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 204-277, già pubblicato con il titolo *La nozione codicistica di contratto pubblico*, in *Giust. Amm.*, 2007, a. IV, n. 2, pp. 286-332, sostiene che « [*p*]*er quanto attiene alla definizione e alla struttura giuridica, non si riscontrano differenze sostanziali tra l'appalto pubblico e quello disciplinato dall'art. 1655 c.c.* » (p. 209, già p. 290). Cfr. Lucio V. MOSCARINI, *L'appalto nel codice civile e nel codice dei contratti pubblici*, in Maria Alessandra SANDULLI, Rosanna DE NICTOLIS, Roberto GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, *I principi generali, i contratti pubblici, i soggetti*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 42-108, ripubblicato con il medesimo titolo in Lucio V. MOSCARINI, *Diritto privato e interessi pubblici. Saggi di diritto civile (2001-2008)*, Cedam, Padova, 2009, pp. 273-344, nonché Lucio V. MOSCARINI, *Il contratto di appalto e le figure affini*, in Vincenzo CUFFARO, *I contratti di appalto privato*, UTET, Roma, 2011, pp. 5-60. Anche Francesco CARINGELLA, Marco GIUSTINIANI, *I contratti pubblici*, Dike, Roma, 2015 (2° ed., 2014), Cap. I, *Il contratto nel codice dei contratti pubblici e il contratto nel codice civile: l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni*, pp. 3-18. Da ultimo, Francesco CARINGELLA, Marco GIUSTINIANI, Pierluigi MANTINI, *Nuovo codice dei contratti pubblici: D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Dike, Roma, 2016. Cfr. Nicola SCANNICCHIO, *Appalto e concorrenza tra codice civile e evidenza pubblica*, in *Contr. e Impr.*, 2012, a. XXVIII, n. 3, pp. 647-702 giustifica « *il riferimento al tipo contrattuale dell'appalto in senso tecnico, regolato dal codice civile* » (p. 660) per escludere nell'affidamento dei contratti sotto soglia il rispetto dei requisiti generali, come la regolarità contributiva, richiesta anche per l'approvvigionamento di chiodi

concessione di servizi e di lavori alla categoria della concessione di servizio pubblico.[302]

(*sic!*) e di articoli di cancelleria. Secondo la medesima logica, Chiara COLOSIMO, *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in Gian Domenico COMPORTI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 65-143, sostiene che « [*v*]*ien da sé che lo spazio riservato alla definizione dell'oggetto non può che essere influenzato dalla tipologia dell'appalto* » (p. 69). Purtroppo, proprio un simile approccio analogico tra il contratto di cooperazione di derivazione europea e l'accordo tra pubbliche Amministrazioni di matrice italiana ha fatto sì che il recepimento delle direttive risultasse più restrittivo di quanto l'esenzione europea avesse previsto.

[302] Rifiuta l'assimilazione tra concessione di diritto europeo e concessione di servizio pubblico Christian IAIONE, *L'ambito oggettivo e soggettivo*, in Marcello CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 204-277, già *La nozione codicistica di contratto pubblico*, in *Giust. Amm.*, 2007, a. IV, n. 2, pp. 286-332, sostiene che, rispetto alla concessione di diritto comunitario « *non rappresenta un indice univoco la natura giuridica (a seconda dell'ordinamento, pubblicistica o privatistica) del negozio* » (p. 213, già p. 292), « *il* proprium *della concessione non consiste nella delega di poteri pubblicistici* » (p. 213, già p. 293); Roberto CARANTA, *Le concessioni di servizi pubblici*, in Francesco CARINGELLA, Mariano PROTTO (a cura di), *L'appalto pubblico e gli altri contratti della P.A.*, Zanichelli, Bologna, 2012, parte IV, cap. I, pp. 753-841, delimita il problema dell'inquadramento ai soli fini dell'individuazione della disciplina dell'affidamento nell'ambito del diritto europeo dei contratti pubblici, senza effettuare dedurre alcuna equivalenza tra servizi oggetto di concessione di diritto europeo e servizi pubblici di diritto nazionale Luca R. PERFETTI, *Oggetto pubblico ed evidenza pubblica nelle concessioni di servizi*, in PLURES, *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione: atti XLI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione promosso da Amministrazione provinciale di*

In realtà, l'approccio interpretativo legato alla nozione civilistica di appalto sarebbe condizionato dalla prima opinione formatasi sul primo blocco di norme in materia di appalti, ascrivibile alla (*i*) "legge sui lavori pubblici", di cui all'allegato F della L. 20 marzo 1865, n. 2248, poi integrata alle (*ii*) "norme per l'esecuzione delle opere pubbliche", oggetto del R.D. 8 febbraio 1923, n. 422, per quanto riguarda i contratti dello Stato, e al (*iii*) "testo unico della legge comunale provinciale", contenuto nel R.D. 3 marzo 1934, n. 383, per quanto riguarda i contratti degli enti locali, e infine alle (*iv*) legge di contabilità dello Stato, consistente nel R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, disposizioni queste che accennavano tutte al ricorso dell'appalto per la realizzazione di opere, servizi e la fornitura di prodotti.[303]

Como, Varenna, Villa Monastero, 21-23 settembre 1995, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 441-455, ha svolto il percorso metodologicamente corretto, limitandosi a verificare se la concessione di servizio pubblico possa essere assoggettata alle regole dell'evidenza pubblica, con la conseguenza che « *ci pare sussistano sensate ragioni per affermare la necessità di far luogo all'individuazione del concessionario per tramite di procedure ad evidenza pubblica. In primo luogo in tal senso è chiara la linea di tendenza dell'ordinamento comunitario* » (p. 453).

[303] Notizie tratte da Adolfo CUNEO, *Appalti pubblici e privati*, Hoepli, Milano, 1937 (3° ed., 1914). Cfr. Errico PRESUTTI, *Contratto d'appalto per la esecuzione di opere pubbliche; risoluzione in danno dell'Amministrazione per la inadempienza di questo*, in *Riv. Dir. Pubb.*, 1912, a. IV, pt. II, p. 181-196, (commento a Cass., Sez. Un. 14 novembre-21 dicembre 1911), riconosce al contratto di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche « *una particolare fisionomia* » (p. 195), e lo definisce come « contratto in marcia », dal momento che « [*g*]*li obblighi ed i diritti, che per le parti contraenti da esso scaturiscono, sono per la più parte* indeterminati, *ma* deteterminabili. *Il contenuto delle obbligazioni dello appaltatore si rende concreto per via di atti*

D'altra parte, un approccio esclusivamente funzionale alla nozione di contratto pubblico non è configurabile nell'ambito del diritto europeo, come invece è avvenuto per la figura dell'organismo di diritto pubblico:[304] infatti, l'Avvocato Generale presso la Corte Giustizia dell'Unione Europea nel caso *Helmut Müller*, nell'escludere una convenzione urbanistica dalla nozione di contratto pubblico,[305] ha respinto l'uso esclusivo dell'interpretazione funzionale, avendo osservato che « *l'interpretazione*

---

autoritativi dell'amministrazione, la quale – anche contro i dati del progetto – determina i lavori da eseguire » (p. 195, enfasi in originale).

[304] Guido GRECO, *Le figure soggettive degli appalti pubblici comunitari e i modelli organizzativi nazionali*, Guido GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2013 (4° ed., 1990), vol. I, *Parte speciale*, *Letture*, cap. IV, pp. 55-71, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti* «in house»*: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2005, a. XV, n. 1, pp. 61-78, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2000, a. X, n. 3-4, pp. 839-849. Cfr. Maria Alessandra SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche. Natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e della tutela giurisdizionale*, Quaderno n. 1 di *Serv. Pubb. e App.*, Giuffrè, Milano, 2004.

[305] C.G.C.E., Sez. III, 25 marzo 2010, C-451/08, *Helmut Müller GmbH v Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, ECLI:EU:C:2010:168, con note di Adrian BROWN, *Helmut Muller GmbH v Bundersanstalt fur Immobilienaufgabe (C-451/08): Clarification on the Application of the EU Procurement Rules to Land Sales and Development Agreements*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, a. XIX, n. 4, pp. NA125-NA130; Gherardo CARULLO, *Rapporti tra potestà pubbliche ed opere di urbanizzazione*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2010, a. XX, n. 3-4, pp. 1011-1022. Cfr. Pavlos ELEFTHERIADIS, *Planning agreement as public contracts under the EU Procurement Rules*, in *Public Procurement Law Review*, 2011, a. XX, n. 2, pp. 43-55.

funzionale è stata utilizzata per chiarire la portata di una specifica nozione, e non per definire in generale l'ambito applicativo dell'intero corpus *normativo in materia di appalti pubblici* » e, di conseguenza, « *non è ammissibile un'interpretazione esclusivamente «funzionale» della direttiva, condotta tenendo in considerazione soltanto gli obiettivi di fondo della stessa* ».[306]

Cionondimeno, è sufficiente constatare che la Corte di Giustizia ha riconosciuto la competenza dell'Unione in materia di contratti pubblici, pronunciandosi peraltro in casi strettamente attinenti agli accordi inter-amministrativi,[307] per cui la costruzione di una nozione

---

[306] Concl. Avv. Gen., Paolo Mengozzi, 17 novembre 2009, C-451/08, *Helmut Müller GmbH v Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, ECLI:EU:C:2009:710, rispettivamente punto 38 e punto 35. Ivi si aggiunge anche che « *il ricorso all'interpretazione funzionale ha avuto essenzialmente lo scopo di evitare la formazione di macroscopiche lacune, in cui si sarebbe aperti ampi spazi per abusi* » (punto 38), tanto è vero che « *gli obiettivi perseguiti dalla direttiva sono, come è evidente, uno dei principali punti di riferimento ai fini dell'interpretazione: essi non possono, tuttavia, costituire il solo parametro di riferimento, e non possono aggirare la volontà del legislatore di definire il campo di applicazione della norma* » (punto 39).

[307] La questione della *sedes materiae* della legislazione in tema di accordi inter-amministrativi è stata risolta dalla Corte di Giustizia attribuendo all'Unione Europea la competenza in materia di contratti pubblici, essendo stato ripetutamente affermata l'irrilevanza della qualificazione giuridica domestica di un contratto. Tale approccio risale, ovviamente, all'esigenza di assicurare l'effetto utile alle direttive in materia di contratti pubblici. In particolare, è stato affermato, anche nel contesto della materia delle convenzioni tra enti pubblici, che:

(*i*) C.G.C.E., Sez. III, 20 ottobre 2005, C-264/03, *Commissione delle Comunità europee v Francia*, ECLI:EU:C:2005:620: « [*d*]*al momento che tale norma* [art. 1, lett. a), dir. 92/50] *non contiene*

alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per determinarne il senso e la portata, non occorre ricercare la qualificazione che il diritto francese attribuisce al detto contratto » (punto 36);
(*ii*) C.C.G.E., Sez. I, 18 gennaio 2007, C-220/05, *Jean Auroux e altri v Commune de Roanne*, ECLI:EU:C:2007:31: « [*p*]*er quanto riguarda la qualificazione giuridica del parcheggio fornita dal governo francese, occorre constatare che la definizione di appalto pubblico di lavori rientra nell'ambito del diritto comunitario. Dal momento che l'art. 1, lett. a), della direttiva non contiene alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per la determinazione del suo senso e della sua portata, la qualificazione giuridica del contratto in diritto francese non è pertinente al fine di accertare se la convenzione rientri nell'ambito d'applicazione della direttiva (v., per analogia, sentenza 20 ottobre 2005, causa C-264/03, Commissione/Francia, Racc. pag. I-8831, punto 36)* » (punto 40);
(*iii*) C.G.C.E., Sez. II, 18 luglio 2007, C-382/05, *Commissione v Italia*, ECLI:EU:C:2007:445: « *è opportuno rammentare, in via preliminare, che la definizione di appalto pubblico di servizi rientra nella sfera del diritto comunitario, per cui la qualificazione delle convenzioni controverse nell'ordinamento italiano non è pertinente al fine di accertare se queste ultime rientrino nell'ambito d'applicazione della direttiva 92/50 (v., in tal senso, sentenze 20 ottobre 2005, causa C-264/03, Commissione/Francia, Racc. pag. I-8831, punto 36, e 18 gennaio 2007, causa C-220/05, Auroux e a., Racc. pag. I-385, punto 40)* » (punto 30);
(*iv*) C.G.C.E., Sez. I, 18 dicembre 2007, C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v Administración General del Estado*, ECLI:EU:C:2007:815, caso c.d. Correos, cit.: « [*è*] *opportuno rammentare, a tal riguardo, che la definizione di un appalto pubblico di servizi rientra nella sfera del diritto comunitario, per cui la qualificazione dell'accordo di collaborazione nell'ordinamento spagnolo non è pertinente al fine di accertare se l'accordo stesso rientri nell'ambito d'applicazione della direttiva 92/50 (v., in tal senso, sentenze 20 ottobre 2005, causa C-264/03, Commissione/Francia, Racc. pag. I-8831, punto 36, e 18 luglio*

funzionale di contratto pubblico, adatta ai casi perplessi[308] (ossia nei casi in cui difetta la *consistency* dell'esenzione, non potendosi trova rilevanza il criterio applicativo c.d. «*like cases alike*»),[309] non giustifica l'integrazione da parte

---

2007, causa C-382/05, Commissione/Italia, Racc. pag. I-6657, punto 30) » (punto 50);
(*v*) C.G.U.E., Sez. IV, 29 ottobre 2009, C-536/07, *Commissione delle Comunità europee v Repubblica federale di Germania*, ECLI:EU:C:2009:664: « [*a*] *tale riguardo, va ricordato anzitutto che, conformemente alla giurisprudenza della Corte, tale qualificazione giuridica rientra nell'ambito del diritto comunitario e che la qualificazione data nel diritto nazionale non è pertinente a tal fine (v., in tal senso, citata sentenza Auroux e a., punto 40, e la giurisprudenza ivi citata). Parimenti, nemmeno la qualificazione di un contratto fornita dalle parti contraenti è determinante* » (punto 54).

[308] La nozione di caso perplesso risale a Leibniz, *Specimen difficultatis in jure seu dissertatio de casibus perplexis*, 1666, edito in *Th. Hobbes-G.W. Leibniz*, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 269-302, con un saggio introduttivo di Tullio Ascarelli. Osserva Giuliano DI BERNARDO, *L'indagine del mondo sociale*, FrancoAngeli, Milano, 1979, Parte II, *Problemi epistemologici e logici dal punto di vista valutativo-normativo*, Cap. 2, *Sistemi normativi tetici e proeretici*, in part. § 3. *Trattazione leibniziana dei casi perplessi*, che « *la perplessità nasce quando sono in gioco disposizioni o norme in concorrenza tra loro* » e consiste nella « *casuale congiunzione di più fattori che hanno di fatto un effetto giuridico tale da impedirsi per il fatto di presentarsi assieme* » (p. 147, *ibidem*), dal latino: « [casum perplexum definio] *copulationem contingentem plurium in facto eum effectum juris habentium, qui nunc mutuo concursu impeditur* ».

[309] Neil MACCORMICK, *Formal Justice and the Form of Legal Arguments*, in *Logique et analyse*, 1976, a. XIX, n. 1, pp. 103-118, cit. p. 108, nei seguenti termini: « *we assume that the idea of formal justice, of treating like cases alike, has only a backward looking application. Certainly, formal justice supplies a reason which is*

della dogmatica nazionale, anzi deve interrogare l'interprete davanti ai casi in cui l'oggetto classico di un contratto pubblico (ossia la realizzazione di lavori, la prestazione di servizi o la fornitura di prodotti) costituisca il presupposto per l'applicazione dell'esenzione all'obbligo di gara.

Si prenda, ad esempio, i contratti esclusi perché ricadenti su attività esposte alla concorrenza a mente dell'art. 8, D.Lgs. n. 50/2016.[310]

Il fatto che un simile contratto non sia soggetto alle direttive europee non toglie la possibilità di dedurre nel contratto lavori, servizi e forniture e, dunque, non smentisce, anzi conferma la nozione europea di contratto pubblico.

In tale ipotesi, si dovrebbe affermare che tale contratto escluso è un vero e proprio contratto pubblico, in ragione del suo contenuto, e tale affermazione sarebbe giustificata proprio in forza dell'interpretazione funzionale della nozione di contratto pubblico.

Analogamente, occorre chiedersi a quali condizioni può diventare rilevante l'interpretazione funzionale della nozione di contratto pubblico per definire la natura degli accordi inter-amministrativi esenti ai sensi dell'art. 5, comma 6, D.Lgs. 50/2016. Tale risultato interpretativo, infatti, sarebbe raggiungibile solo una volta che fosse riconosciuta la possibilità di svolgere lavori, servizi e forniture tra enti pubblici per via consensuale in assenza di dipendenza organizzativa, all'origine del controllo analogo. In questo senso, risulta appropriato usare l'espressione di

---

always good if never indefeasible in favour of following relevant precedents when one is making decisions » (pp. 108-109).

[310] L'art. 8, D.Lgs. n. 50/2016 è intitolato "[e]sclusione di attività direttamente esposte alla concorrenza".

“contratto di cooperazione”, ossia di contratto pubblico che riguarda lavori, servizi e forniture da adempiere in cooperazione, così come si usa l’espressione di “contratto *in house*” per riferirsi al contratto pubblico che riguarda lavori, servizi e forniture da adempiere *in house*.

5. *Morfologia degli accordi inter-amministrativi lungo la via verso l’armonizzazione del contratto di cooperazione*.

Abbiamo visto che il contratto di cooperazione è l’istituto con il quale il diritto europeo dei contratti pubblici ha armonizzato tanto negli effetti, quanto nel contenuto una classe di accordi formalmente inter-amministrativi, ma che nella sostanza possono interferire con il mercato, data l’estensione dell’oggetto alle attività esposte al mercato aperto.

Per comprendere esattamente il livello di armonizzazione raggiunto attraverso l’istituto, occorre senz’altro ricostruire in tappe il percorso giurisprudenziale svolto con riferimento agli accordi inter-amministrativi che hanno permesso di differenziare la cooperazione pubblico-pubblico dal partenariato pubblico-pubblico, dal contratto *in house* e dal contratto pubblico.

In particolare, conviene rammentare anzitutto tre stagioni di tale percorso ricostruttivo:

(*i*) nella prima stagione, l’istituto emergeva nel diritto giurisprudenziale europeo attraverso l’integrazione ascendente delle fattispecie nazionali di accordi inter-amministrativi nell’ambito dell’ordinamento europeo (assoggettando alla disciplina dei contratti pubblici i rapporti inter-amministrativi che mascherano un appalto pubblico);

(*ii*) nella seconda stagione la fattispecie trovava consolidamento a livello legislativo europeo (costruendo un modulo convenzionale inter-amministrativo esente dalle procedure competitive, capace di giustificare e dare copertura legale in ambito europeo al fenomeno della cooperazione nei servizi pubblici, con estensione dell'ambito di esenzione a sfere collaterali di attività aperte al mercato) e, infine;
(*iii*) la terza stagione è quella discendente, in cui ciascuno Stato membro dovrà occuparsi del recepimento e dell'attuazione della norma introdotta (attenendosi al modulo europeo senza innestarlo alla logica degli accordi inter-amministrativi di diritto interno).
Come si vede, l'esame diacronico ha mostrato uno sviluppo lineare e progressivo della fattispecie, cionondimeno, se si osserva l'istituto sul piano sincronico, non si intravede lo stesso quadro ordinato. Per fare questo, bisogna considerare il nuovo modulo convenzionale come esenzione a fattispecie aperta. Ciò comporta la possibilità di ritenere che, durante la prima stagione, l'area dell'esenzione era ristretta agli accordi inter-amministrativi ad oggetto organizzativo (aventi ad oggetto l'erogazione congiunta di un servizio al pubblico, in presenza dell'aggregazione della gestione di un servizio di interesse economico generale), nella seconda stagione, l'area dell'esenzione sarebbe stata estesa anche agli rapporti inter-amministrativi con meri effetti organizzativi (vertenti su attività economiche collaterali all'erogazione di un servizio al pubblico, in ipotesi di condivisione della gestione di un servizio pubblico), nella terza stagione il Legislatore italiano sembra avere -inammissibilmente- ristretto l'area dell'esenzione esclusivamente all'ambito degli accordi inter-amministrativi ad oggetto organizzativo,

nel totale silenzio del citato parere del Consiglio di Stato, che ha modificato il testo della normativa europea.

(*i*) *Dal partenariato pubblico-pubblico alla cooperazione pubblico-pubblico*.

Il primo passo ricostruttivo tiene in considerazione quattro esenzioni al diritto dei contratti pubblici che sono state prese in considerazione nelle direttive, con riferimento a fattispecie consensuali nate nel diritto nazionale:
(a) la partecipazione nell'esercizio di poteri pubblici per via negoziale, come stabilito all'art. 51, par. 1, T.F.U.E., all'art. 52, par. 1, T.F.U.E. e all'art. 62, T.F.U.E, confermato dal caso *ReData Processing* case, C-3/88, *sub* paragrafo 13 e dal caso *Selex*, C-113/07 P, *sub* paragrafo 70;
(b) il trasferimento di competenze per via negoziale, previsto per la prima volta, all'art. 1, par. 4, dir. 2014/23/UE e all'art. 1, par. 6, dir. 2014/24/UE (risalente al caso *Commissione v Francia*, C-264/03, nel principio espresso al paragrafo 54 e caso *Remondis*, C-51/15;
(c) l'affidamento diretto di un contratto pubblico sulla base di un diritto esclusivo, come autorizzato dall'art. 10, par. 1, dir. 2014/23/UE, dall'art. 11, dir. 2014/24/UE e dall'art. 22, dir. 2014/25/UE, che vede le sue origini nel caso *Correos*, C-220/06, *sub* paragrafo 67;
(d) il contratto pubblico *propter legem*, fondato su una legge che obbliga un ente pubblico a provvedere all'acquisto per il tramite di un altro ente pubblico come fornitore in proprio della prestazione, come riconosciuto al considerando (48), dir. 2014/23/UE e al considerando (34), dir. 2014/24/UE, che ha le sue origine nel caso *Asemfo*, C-295/05, *sub* paragrafo 60.

La prima operazione svolta dalla giurisprudenza consiste nel ritagliare una speciale area per accordi inter-amministrativi che non possono essere ricondotti ad una delle predette quattro esenzioni. In realtà, la giurisprudenza ha messo in evidenza che tali esenzioni non possono venire strumentalizzate con il fine di ricavare l'esenzione di un accordo inter-amministrativo al di fuori del proprio ambito. Ne è conseguita, pertanto, il consolidamento dell'ambito di applicazione dell'obbligo di gara attraverso la delimitazione *ab extra* dell'ambito di applicazione di tali esenzioni, che saranno esaminate al capitolo secondo.

(*ii*) *Dall'accordo di collaborazione al contratto di cooperazione*.

Il secondo passo ricostruttivo si occupa della costruzione di autonoma fattispecie relativa alle ipotesi di cooperazione, che è emersa attraverso l'elaborazione di due principi non originariamente presenti nelle direttive del 2004, ossia (*i*) la libertà delle pubbliche amministrazioni di adempiere ai propri compiti attraverso risorse proprie, il che include la possibilità di cooperare con altre amministrazioni (caso *Coditel*, C-324/07, punto 49, caso *Hamburg*, C-480/06, punto 45), (*ii*) la libertà di usare qualsiasi forma giuridica nell'adempimento dei propri compiti pubblici, come affermato dal considerando (47), par. 1, primo periodo, dir. 2014/23/UE e dal considerando (33), par. 1, primo periodo, dir. 2014/24/UE (caso *Hamburg*, C-480/06, punto 47).
A partire da questi principi sono stati formulate esplicite e autonome condizioni per la cooperazione pubblico-pubblico, ma tale fattispecie era nata a partire da fattispecie di diritto nazionale fondate sull'accordo di collaborazione.
In realtà, le direttive europee hanno superato la ricostruzione giurisprudenziale introducendo un'ulteriore

presupposto per la validità del contratto che consiste nel riferimento allo svolgimento dell'attività oggetto della cooperazione sul mercato aperto.
Ciò che risulta senz'altro chiaro è il contenuto del contratto, che deve soddisfare cumulativamente tre "*condizioni*", qualificabili in termini giuridici come presupposti giuridici; il primo di questi consiste nella necessità di subordinare la definizione o l'attuazione di una cooperazione all'erogazione di un servizio pubblico, posto che il contratto "*stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici* [o enti aggiudicatori, in caso di concessioni] *finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune*", *sub* lett. a), comma 6, art. 5, cit. In secondo luogo, il contratto è retto da "*considerazioni inerenti all'interesse pubblico*", *sub* lett. b), comma 6, art. 5, cit.
Infine, pur facendo riferimento ad un compito di servizio pubblico, la cooperazione deve riguardare un'attività sul "mercato aperto", a patto che tale attività sia offerta sul mercato da parte degli enti partecipanti entro la soglia del 20%: infatti "*le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione*", *sub* lett. c), comma 6, art. 5, cit. Tale presupposto rappresenta una condizione innovativa rispetto a quelle indicate a livello giurisprudenziale, che era stato appena accennata dalla Commissione Europea nei documenti di *soft law* e su cui la dottrina non si è ancora soffermata.
A ben vedere, proprio il riferimento al mercato aperto rende spiegabile la necessità di introdurre un simile contratto tra soli enti pubblici nell'ambito del diritto europeo dei contratti pubblici: infatti, un contratto tra enti

pubblici che verte su attività economiche connesse ad un servizio pubblico potrebbe pregiudicare l'obiettivo delle direttive che sono dirette ad assicurare la realizzazione del mercato interno, se non fosse espressamente esentato dall'obbligo di gara a fronte di chiari presupposti.
Del resto, il fatto che sia stato esplicitamente esentato un simile accordo inter-amministrativo non deve togliere dubbio al fatto che anche il comune accordo tra enti pubblici senza alcun oggetto patrimoniale sia comunque escluso dall'ambito delle direttive europee, non causando alcuna interferenza rispetto a tale ambito normativo.

(*iii*) *Dal contratto di cooperazione al contratto pubblico*.

In particolare, era stato ritenuto che il contratto di cooperazione non potesse possedere i caratteri del contratto pubblico soggetto all'obbligo di gara; dunque, un accordo inter-amministrativo doveva essere assoggettato all'obbligo di gara quando sottoscritto a titolo oneroso o da un soggetto che possiede la qualità di operatore economico, trattandosi di due caratteri del contratto pubblico di matrice europea che inibiscono l'ambito di applicazione della fattispecie.
In realtà, la Commissione Europea nel suo documento di lavoro del 2011 aveva ammesso la possibilità che il contratto tra enti pubblici potesse essere validamente concluso, senza violare l'obbligo di gara, anche quando facesse riferimento ad attività esposte al mercato, purché per operazioni accessorie all'erogazione del servizio pubblico.
Una volta ammessa la possibilità che il contratto di cooperazione possa consistere in lavori, servizi e forniture, allora si dovrebbe ipotizzare anche che la nozione di

contratto pubblico non possa più retroagire sulla fattispecie in modo da condizionarla in modo implicito.

(*iv*) *Dal contratto pubblico alla cooperazione per la centralizzazione degli acquisti*.

Occorre, infine, mettere in evidenza un ulteriore aspetto del contratto di cooperazione che sembra trovare fondamento per la prima volta e solo nei considerando della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici.
In particolare, il considerando (73) afferma che « [*o*]*ccorre pertanto stabilire nuove norme in materia di appalti congiunti transfrontalieri al fine di facilitare la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici e accrescere i vantaggi del mercato interno creando opportunità commerciali transfrontaliere per i fornitori e i prestatori di servizi* ».
L'ingresso di tale strumento è frutto dell'elaborazione dottrinaria,[311] ed è ancora in discussione,[312] ma esprime una linea di tendenza chiara di cui occorre tenere conto a fini ricostruttivi.[313]

---

[311] In tal senso, Gabriella RACCA, *Joint Procurement Challenges in the Future Implementation of the New Directives*, in François LICHÈRE, Roberto CARANTA, Steen TREUMER (a cura di), *Modernising Public Procurement. The New Directive*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 225-254; Tünde TÁTRAI, *Joint public procurement*, in *ERA Forum*, 2015, a. XVI, n. 1, pp. 7-24.
[312] Cfr. Albert SANCHEZ-GRAELLS, *Collaborative Cross-border Procurement in the EU: Future or Utopia?*, in *Proc. Law Journal/Upphandlingsrättslig Tidskrift (UrT)*, 2016, a. II, n. 1, pp. 11-37.
[313] Bernardo Giorgio MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, a. XXII, n. 5, pp. 613-620; Massimo URBANI, *L'efficienza della committenza pubblica e il*

Sotto questo profilo, la cooperazione di tipo contrattuale sub art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016 non comporta la cooperazione transfrontaliera introdotta all'art. 39, dir. 2014/24/UE, intitolato agli "appalti che coinvolgono amministrazioni aggiudicatrici di Stati membri diversi".[314] Con tale norma si dispone, al primo comma, che "[f]atto salvo l'articolo 12, le amministrazioni aggiudicatrici di diversi Stati membri possono agire congiuntamente nell'aggiudicazione di appalti pubblici mediante uno dei mezzi previsti nel presente articolo".
La clausola di salvezza, dunque, della cooperazione nei servizi pubblici rispetto all'ambito della cooperazione

---

mercato unico, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2014, a. XX, n. 12, pp. 1150-1159.

[314] L'appalto congiunto transfrontaliero consiste nella possibilità di ricorrere all'"attività di centralizzazione delle committenze offerte da centrali di committenza" (art. 39, par. 1, primo periodo, dir. 2014/24/UE); è stato anticipato nel considerando (73), ove si registrava le « *difficoltà specifiche di ordine giuridico* », « *nonostante il fatto che la direttiva 2004/18/CE consenta implicitamente appalti pubblici congiunti transfrontalieri* ». L'istituto dovrebbe bilanciare la necessità di « *sfruttare al massimo il potenziale del mercato interno in termini di economie di scala e di condivisione dei rischi e dei benefici* » con il « *fine di facilitare la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici e accrescere i vantaggi del mercato interno creando opportunità commerciali transfrontaliere per i fornitori e i prestatori di servizi* ». Si tratta, dunque, di una cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici non nell'erogazione dei servizi pubblici, ma nell'affidamento di commesse pubbliche. Cfr. Anna MALANDRINO, *La cooperazione tra pubbliche amministrazioni ed in particolare tra amministrazioni aggiudicatrici del settore sanitario dell'Unione europea*, Università degli Studi di Torino, Scuola di Dottorato in Scienze Umane e Sociali, Dottorato in Diritti e Istituzioni, Ciclo XXVIII, dissertazione, 2015.

trasfrontaliera negli acquisti pubblici sembra lasciare intendere l'esistenza di un medesimo ambito materiale.
Tale disposizione è stata recepita appositamente all'art. 43, D.Lgs. n. 50/2016, che introduce la cooperazione nell'affidamento dei contratti pubblici in modo distinto rispetto alla cooperazione nell'erogazione dei servizi pubblico.
In altre parole, si tratta di verificare la compatibilità del ricorso alla cooperazione nei servizi pubblici con la cooperazione negli acquisti pubblici, prima di prendere posizione sul carattere transfrontaliero della cooperazione.
In linea generale, è stato respinta l'ipotesi che « *il rapporto tra l'amministrazione aggiudicatrice committente e la centrale di committenza possa rientrare nell'ipotesi di cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 12, comma 4, Dir. 2014/24/UE in quanto manca la condivisione degli obiettivi pubblici da perseguire* ».[315]
In particolare, la centrale di committenza svolge il ruolo di grossista e di intermediario, in base al considerando (69), secondo capoverso, primo alinea, dir. 2014/24/UE.[316]
Tale norma, nello specificare la definizione formale di centrale di committenza contenuta nell'art. 2, comma 1, n. 16) e n. 14), lett. a) e b), cit., supera la semplice qualificazione di tale soggetto come "amministrazione aggiudicatrice" e della sua attività come "acquisizione" e

---

[315] Mario E. COMBA, *Aggregazioni di contratti e centrali di committenza: la disciplina europea ed il modello italiano*, in *Urb. e App.*, 2016, a. XX, n. 11, pp. 1053-1064.
[316] Le centrali di committenza « [*d*]*ovrebbero, in primo luogo, essere in grado di agire come grossisti comprando, immagazzinando e rivendendo o, in secondo luogo, dovrebbero poter agire come intermediari, aggiudicando appalti, gestendo sistemi dinamici di acquisizione o concludendo accordi quadro ad uso delle amministrazioni aggiudicatrici* ».

“aggiudicazione” e lascia supporre la rilevanza della nozione di operatore economico, che si colloca in posizione opposta, dal punto di vista logico, rispetto a quella di amministrazione aggiudicatrice.
A prima vista, quindi, sembrerebbe che la cooperazione negli acquisti pubblici non possa mai consistere nella cooperazione nei servizi pubblici. Se questo può sembrare vero, non è però vero il contrario, ossia la cooperazione nei servizi pubblici può dare luogo a cooperazione negli acquisti pubblici, ragion per cui le due norme sono state poste in posizione paritaria, in modo tale che la cooperazione nei servizi pubblici potesse trovare salvezza per essere applicata nello spazio che la cooperazione negli acquisti pubblici non può da solo raggiungere.
Tale spazio, che comporta il ruolo di operatore economico della centrale di committenza, sembra essere stato ritagliato dalle esenzioni dal diritto della concorrenza, come si vedrà di seguito. In questa fase, giova intanto domandarsi se la cooperazione nei servizi pubblici può comportare una cooperazione negli acquisti pubblici per le medesime ragioni di interesse pubblico che sorreggono già la cooperazione negli acquisti pubblici.
È chiaro, infatti, che l’utilizzo di centrali di committenza possa comportare risparmi di spesa, e che la condivisione degli obiettivi che la cooperazione nei servizi pubblici richiede non prelude a questo scopo, ma alla realizzazione di un’aggregazione dell’organizzazione, che possa anche comportare risparmi di spesa. Evidentemente, il punto di contatto tra le due fattispecie non si trova nella condivisione del servizio pubblico in comune, che non è reciproco, ma si vede nell’interesse pubblico alla cooperazione, che costituisce requisito autonomo, ma concorrente. L’appiglio normativo che lega le due forme di cooperazione si trova proprio nelle ragioni di interesse

pubblico, sebbene la condivisione del servizio pubblico non si attesti come la leva che possa permettere tale assimilazione; in realtà, come si vedrà innanzi, anche la stessa nozione di servizio pubblico potrebbe risultare recessiva di fronte all'ingresso di attività aperte al mercato che fossero almeno accessorie e complementari ai compiti del servizio pubblico. In un siffatto contesto, non vi sarebbe ostacolo per ridurre la cooperazione nei servizi pubblici ad una forma di cooperazione negli acquisti pubblici, a patto che la prestazione acquistata mediante l'attività di centralizzazione sia accessoria ad un servizio pubblico. Ma questo aspetto, tanto fondamentale, quanto rimasto nascosto, sarà approfondito nel prosieguo.

6. *Il contratto di cooperazione come atto programmatorio: disposizioni nazionali di attuazione delle direttive e interpretazione conforme*.

Come visto, il Legislatore ha recepito le direttive europee sui contratti pubblici del 2014 con l'introduzione del nuovo codice del 2016, sostitutivo del D.Lgs. n. 163/2006, e nel contempo, ha introdotto il contratto di cooperazione come nuova esenzione, non previsto nel precedente corpo normativo.
L'art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016 ha dato attuazione alle disposizioni previste agli articoli 17, dir. 2014/23/UE, 12, dir. 2014/24/UE e 28, dir. 2014/25/UE, sempre al paragrafo quarto.
Conviene sin d'ora osservare che tale disposizione attuativa non corrisponde testualmente al dettato della fattispecie europea in due punti: in primo luogo, il Legislatore nazionale ha usato il termine di « *accordo* », discostandosi dal termine di « *contratto* », invece usato in sede di

direttive; in secondo luogo, « *gli enti aggiudicatori* » sono considerati solo alla lett. c), invece che nella medesima posizione delle amministrazioni aggiudicatrici.
Sono due questioni d'ordine diverso: la prima si configura apparentemente come attinente al *nomen juris*, mentre la seconda riguarda l'ambito di applicazione *rationae personae*.
Ovviamente, se la prima questione fosse questione di etichetta, non emergerebbe alcuna difformità sul piano giuridico, in realtà la permuta del nome affibbiato alla convenzione pubblicistica in questione sembra sintomatica di una diversa impostazione che segue la logica dell'oggetto pubblico come forma necessaria dell'accordo inter-amministrativo.
Tutto ciò a tacere l'intenzione del Consiglio di Stato, sopra esaminata, di ricorrere ad una lingua comune per creare un linguaggio comune europeo, nel rispetto del divieto di *gold plating*, ai sensi dell'art. 32 della L. n. 234/2012, rubricato "principi e criteri direttivi generali di delega per l'attuazione del diritto dell'Unione europea".[317]

---

[317] Sul recepimento delle direttive europee del 2014 e sul divieto di *gold plating*, Pierluigi MANTINI, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2015, Cap. III, *Divieto di* gold plating *e semplificazione normativa*, pp. 49-64; Gian Domenico COMPORTI, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Federalismi*, 2015, n. 6, pubblicato on line sul sito www.federalismi.it, in data 25 marzo 2015; Luisa TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. Amm.*, 2015, a. XXIII, n. 2-3, pp. 291-344, nonché in PLURES, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi Amministrativi, Varenna – Villa Monastero 17-19 settembre 2015*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 131-186, § 3.1, *Il divieto di* gold plating, osserva che « [*u*]*na corretta e seria applicazione del divieto di* gold plating

Il mutamento del nome solleva, quindi, il dubbio che il Legislatore nazionale abbia voluto riferire l'esenzione solo all'accordo organizzativo, disconoscendo l'applicabilità di tale esenzione all'ipotesi del contratto di scambio tra enti pubblici in posizione paritaria (nei limiti dell'attività accessoria e complementare a quella del servizio pubblico). Si tratta, invero, di un dubbio legittimo dal momento che il Consiglio di Stato, proprio nel contenzioso relativo alla compatibilità con il diritto europeo dei contratti pubblici, ha già fatto apoditticamente leva sulla differenza terminologica tra "accordo" e "contratto" per sostenere che « [*c*]*ome nel contratto, le amministrazioni pubbliche stipulanti partecipano all'accordo ex art. 15 in posizione di equiordinazione, ma non già al fine di comporre un conflitto di interessi di carattere patrimoniale, bensì di coordinare i rispettivi ambiti di intervento su oggetti di interesse comune. Il quale coordinamento può anche implicare la regolamentazione di profili di carattere economico, ma come necessario riflesso delle attività amministrative che in esso sono interessate* ».[318]

---

richiederebbe che il legislatore delegato individuasse prima i livelli minimi e necessari di regolazione e misurasse contro questa ricognizione sia le misure già esistenti, per eliminare quelle sovrabbondanti, sia le misure di riordino e razionalizzazione, per evitare che esse riproducano un eccesso di regolazione » (p. 314).

[318] Cons. Stato, Sez. V, 23 giugno 2014, n. 3130, caso *Università di Pavia II*; Cons. Stato, 15 luglio 2014, n. 3849, caso *Asl Lecce* e Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2010, n. 6548, caso *Università di Pavia I*. In termini ancora più espliciti, T.A.R. Sardegna, Sez. I, 21 giugno 2012, n. 633: « [*r*]*itiene il Collegio di condividere la tesi che riconosce la natura pubblicistica degli accordi ex art. 15 della L. n. 241/90. A conforto di tale opzione si adduce, anzitutto, il dato testuale dell'art. 15 citato. La disposizione utilizza il termine "accordi", con ciò fornendo un indizio sintomatico della volontà di differenziare le intese in esame dai contratti di diritto comune. Lo*

Il rischio di una limitazione (inammissibile) dell'ambito di applicazione della norma trova conferma attraverso la lettura combinata della presente disposizione con le altre vigenti nel codice che ne fanno richiamo.
Occorre, in particolare, soffermare l'attenzione sull'art. 29, intitolato ai "principi in materia di trasparenza". Con tale disposizione, viene imposto l'obbligo di pubblicazione di « [*t*]*utti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5* ». Da una lettura ragionevole della norma, sembra possibile desumere che gli atti di cui all'articolo 5 sono "relativi alla programmazione" di lavori, opere, servizi e forniture, e dunque, non sono essi stessi atti di affidamento di tali attività.
Da questo richiamo sembra corretto dedurre che la configurazione voluta dal Legislatore nazionale dell'esenzione prevista per gli accordi inter-amministrativi a fini cooperativi sia ristretta alla sola ipotesi dell'accordo organizzativo, che si concretizza in un atto di programmazione delle attività da affidare. Dunque, tale funzione sarebbe corrispondente a quella che si ricava dai considerando delle direttive, in cui si fa cenno alla

---

stesso richiamo non già al codice civile, ma ai soli "principi generali", accompagnato da una doppia clausola di salvezza (i principi in questione possono avere una funzione di regolamentazione solo in quanto compatibili e ove non diversamente previsto), è difficilmente conciliabile con la qualificazione dell'accordo in termini negoziali ».

possibilità di utilizzare il mezzo per la "fornitura congiunta di servizi pubblici".
L'inserimento di un accordo inter-amministrativo a fini organizzativi potrebbe trovare senz'altro giustificazione come atto di programmazione, ricoprendo il ruolo di "delibera a contrarre", che nel codice vigente viene così denominato solo in via incidentale all'ultimo comma dell'art. 71, ma che si ricava nella legislazione degli enti locali, all'art. 192, D.Lgs. n. 267/2000.[319]
D'altra parte, la disposizione nazionale non sembra avere riconosciuto le ulteriori funzioni che il contratto di cooperazione può soddisfare secondo il diritto europeo. In particolare, il combinato disposto tra l'art. 5 e l'art. 29 del codice dei contratti pubblici prefigura una fattispecie che non si addice alla conclusione di un contratto di scambio,

---

[319] In tal senso, Vincenzo CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 641 e *idem*, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 57, Massimo Severo GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993 (3° ed., 1970), vol. II, p. 368; Alberto MASSERA, *I contratti*, in Sabino CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003 (2° ed. 2000), vol. I, *Diritto amministrativo generale*, tomo II, pp. 1547-1648, spec. p. 1577; Alberto MASSERA, *I contratti*, in Sabino CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004, Cap. IX, qualifica la delibera a contrarre come la « dichiarazione di intento *della amministrazione circa la sua volonta di addivenire ad un contratto di un certo tipo, avente un certo contenuto, da concludere, per le finalità di interesse pubblici ivi indicate, con il soggetto che sarà individuato secondo i canoni procedurali* » (p. 308). Nel medesimo senso, Lucio V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 197, configura tale delibera come "atto interno", secondo una logica burocratica, estranea alle esigenze di mercato che spingono alla trasparenza della programmazione contrattuale, a cui è intitolato, peraltro, l'art. 29 in questione.

benché legittimato nel contesto europeo. Di conseguenza, la sostituzione del termine "contratto" con quello di "accordo" sembra indurre l'interprete, che non ha ricostruito il quadro europeo delle direttive, ad individuare in tale fattispecie unicamente il modello dell'accordo organizzativo, escludendo tutte le ulteriori funzioni della fattispecie europea. Sotto questo profilo, l'interpretazione univoca della fattispecie europea potrebbe portare alla restrizione di fatto dell'ambito di applicazione del contratto di cooperazione, come congegnato dalle direttive europee, nel senso dell'esclusiva legittimazione del modello tradizionale dell'accordo inter-amministrativo a regime pubblicistico.

La conseguenza più grave di una simile applicazione dell'istituto sta nel riqualificare la natura del rapporto, facendo leva sulla forza evocativa del termine "accordo", che normalmente ricorre, come visto, per designare cura di interessi pubblici, in netta contrapposizione con la provvista di mezzi.[320]

---

[320] Stefano CIVITARESE MATTEUCCI, *Dai contratti ad evidenza pubblica all'amministrazione pubblica dei contratti*, in Giandomenico FALCON, Barbara MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa: problemi e prospettive. Atti del Convegno di Trento, 7-8 giugno 2012*, Cedam, Padova, 2013, pp. 287-306, osserva che « [s]*e dunque si vuole continuare a tracciare una distinzione tra il "contrarre" e "l'accordarsi", non pare questa sia da fondare sull'ascrizione, rispettivamente delle figure contemplate nel codice dei contratti pubblici ai "contratti" e delle ipotesi di moduli convenzionali di altro genere agli "accordi", ma invece, appunto sul considerare se il modulo convenzionale sia finalizzato alla semplice provvista di mezzi materiali ovvero alla cura di interessi pubblici. In questo secondo caso, anche quando non si abbia in senso stretto una sostituzione di un singolo episodio provvedimentale (lo schema previsto dall'articolo 11.1 della legge 241/1990 quale esito della*

A questo rilievo testuale si aggiunge un ulteriore elemento che si ricava dall'art. 4 del Codice, il quale è dedicato ai "principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi". Tale norma sembra avere rilevanza nella misura in cui anche il contratto di cooperazione è un contratto escluso e prevede il "rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica". Tuttavia, tale norma andrebbe applicata esclusivamente in caso di « *affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi* ». Si tratta di una precisazione introdotta con il chiaro scopo di escludere quantomeno il contratto di cooperazione in quanto atto programmatorio da tali obblighi, dal momento che lascia supporre l'esistenza di contratti esclusi che non comportano l'affidamento di contratti di lavori, servizi e forniture.

Alla luce di queste considerazioni, sorge la necessità di valutare la disposizione attuativa alla luce del principio dell'interpretazione conforme,[321] che richiede di prendere in considerazione non solo le norme di recepimento, ma anche "tutto il diritto nazionale".[322] Ne consegue che ai fini

---

partecipazione procedimentale) in gioco vi è il "contenuto discrezionale" del potere amministrativo » (p. 298).

[321] C.G.U.E., Grande Sez., 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact v Minister for Agriculture and Food, Minister for Arts, Sport and Tourism, Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Foreign Affairs, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Minister for Transport*, ECLI:EU:C:2008:223, punti 40-45 e C.G.C.E., 18 dicembre 1997, C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie ASBL v Région Wallonne*, ECLI:EU:C:1997:628, punti 44-50.

[322] C.G.C.E., Grande Sez., 5 ottobre 2004, C-397/01 a C-403/01, *Bernhard Pfeiffer (C-397/01), Wilhelm Roith (C-398/01), Albert Süß (C-399/01), Michael Winter (C-400/01), Klaus Nestvogel (C-*

della corretta applicazione delle direttive europee in questione, occorre dare rilevanza alle disposizioni contenute nel Codice, ma anche prendere coscienza dell'ultrattività delle fattispecie di accordo di collaborazione che sono state previste nel diritto nazionale, con lo scopo di distinguere il contratto di cooperazione dall'ambito dell'accordo di collaborazione.

La presenza di una disposizione interna, che costituisce la matrice dell'odierno istituto, condiziona senz'altro la piena applicabilità del contratto di cooperazione nella misura in cui si suppone che un accordo di collaborazione sia per definizione l'oggetto dell'esenzione prevista dall'art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016.

In particolare risuonano le parole di Fracchia, il quale ha affermato[323] che « [*n*]*egli altri casi, invece, gli enti pubblici debbono muoversi secondo una logica concorrenziale e la l. 241/1990 andrà integrata con la disciplina di matrice comunitaria* », dato che « *queste relazioni intersoggettive sono viste come operazioni contrattuali, svalutandosi il profilo istituzionale e organizzativo* ». Ad avviso dell'Autore, l'istituto europeo realizza la « *penetrazione, all'interno della logica del contratto, di istituti tipici della*

401/01), Roswitha Zeller (C-402/01), Matthias Döbele (C-403/01) v Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV, ECLI:EU:C:2004:584, precisa che « *il principio di interpretazione conforme del diritto nazionale, così imposto dal diritto comunitario, riguarda in primo luogo le norme interne introdotte per recepire la direttiva in questione, esso non si limita, tuttavia, all'esegesi di tali norme, bensì esige che il giudice nazionale prenda in considerazione tutto il diritto nazionale per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non addivenire ad un risultato contrario a quello cui mira la direttiva* » (punto 115).

[323] Fabrizio FRACCHIA, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2015, a. XXV, n. 6, pp. 1529-1551, cit. p. 1548.

disciplina pubblicistica » (ivi cit.). In realtà, occorre muovere una critica a tale impostazione: infatti, le due norme (europea e italiana) non si trovano in rapporto di integrazione reciproca; partendo dal punto di vista del diritto europeo, gli accordi e i rapporti inter-amministrativi esclusi dalle direttive sono, per definizione, quelli previsti dalle direttive: non si vede perché gli istituti tipici della disciplina pubblicistica dovrebbero penetrare la logica della concorrenza e, in termini giuridici, integrare il diritto europeo dei contratti pubblici; guardando, poi, il rapporto tra le norme dal punto di vista del diritto italiano, gli accordi e i rapporti inter-amministrativi soggetti alle direttive europee sono per definizione estranei alla disciplina pubblicistica: non si vede perché la logica concorrenziale dovrebbe integrare la L. n. 214/1990 e, in termini giuridici, considerare l'attività amministrativa in forma privatistica automaticamente come attività esposta alla concorrenza, nel cui ambito vale la logica concorrenziale. Questi equivoci hanno sensibilmente ostacolato il corretto recepimento dell'istituto europeo, nella preoccupazione che il diritto europeo potesse sovrapporsi con il diritto interno degli accordi di collaborazione.

In altre parole, l'accordo di collaborazione ai sensi dell'art. 15, L. n. 241/1990, non deve necessariamente essere conforme all'art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016, per essere esente dall'applicazione dell'obbligo di procedure competitive, dal momento che tale modulo potrebbe rispondere a finalità diverse, che sono comunque esenti, che abbiamo esaminato sopra. Di conseguenza, non è possibile assimilare automaticamente l'accordo di collaborazione di diritto nazionale al contratto di cooperazione di diritto europeo, solo per il rischio che tale rapporto inter-amministrativo possa trasmodare in vero e

proprio contratto pubblico, essendo comunque vietata tale simulazione contrattuale, per ragioni proprie, ossia per la violazione dell'effetto utile delle direttive, e non in conseguenza dell'introduzione dell'esenzione prevista per gli accordi inter-amministrativi a fini cooperativi.
Di conseguenza, non è giustificabile il superamento della *ratio* dell'esenzione prevista dal diritto europeo, seppure nella buona intenzione di adeguare il diritto nazionale al diritto europeo.
Bisogna, pertanto, non sovrapporre l'accordo organizzativo previsto dal diritto nazionale con l'accordo amministrativo esente dall'applicazione del diritto dei contratti pubblici, poiché rispondono a *ratio* diverse, la cui combinazione produce l'effetto di restringere l'ambito di applicazione dell'esenzione, che sarebbe estesa anche al contratto di scambio, dato il riconoscimento in sede europea della capacità negoziale in capo agli enti pubblici in quanto vera e propria situazione giuridica soggettiva, già prevista a livello nazionale.[324]
Venendo, ora, alla seconda discrasia tra la disposizione attuativa e il dettato delle direttive europee con riferimento agli enti aggiudicatori, abbiamo detto che la norma solleva un problema d'ordine applicativo. Conviene, dunque, esaminare quale sarebbe stato l'effetto voluto dal Legislatore europeo. Come noto, la figura dell'ente aggiudicatore si riferisce all'impresa pubblica nell'ambito dei settori speciali.[325] Invero, il Legislatore europeo ha

---

[324] Cfr. Michele RUVOLO, *Interpretazione conforme e situazioni giuridiche soggettive*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 2006, a. IX, n. 4, pp. 1407-1464.
[325] Fabio CINTIOLI, Domenico IELO, *I profili soggettivi*, in Riccardo VILLATA, Mario BERTOLISSI, Vittorio DOMENICHELLI, Giovanni SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Cedam, Padova, 2014, vol. I, pp. 255-297: osservano che

congegnato tale figura per riferirsi alle medesime amministrazioni aggiudicatrici quando svolgono attività esposte alla libera concorrenza, in base all'art. 7, par. 1, lett. a), dir. 2014/23/UE (che richiama le attività indicate nell'allegato II). Orbene, tale frammento di norma veniva richiamata all'interno del contratto di cooperazione, con la conseguenza di legittimare tale contrattazione anche di attività esposte alla concorrenza.

Cionondimeno, il Legislatore nazionale ha sì inserito la figura degli enti aggiudicatori, ma li ha collocati là dove la norma si riferisce, alla lett. c), dell'art. 5, comma 6, D.Lgs. cit., allo svolgimento di attività nel mercato aperto. In altri termini, il Legislatore nazionale sembra riconoscere un'equivalenza tra "mercato aperto" e attività esposte alla concorrenza solo nel caso di partecipazione nella cooperazione di enti aggiudicatori.

Nel procedere in tal modo, pertanto, il Legislatore nazionale ha prodotto due effetti indesiderati: da una parte, permette a tutti gli enti aggiudicatori (anche le imprese pubbliche, che invece il diritto europeo non prevede) di concludere contratto di cooperazione in merito ad attività presenti nel mercato aperto, tuttavia, dall'altra parte, sembra togliere agli enti aggiudicatori la possibilità di concludere il contratto di cooperazione al di fuori di tali attività esposte alla concorrenza e, incredibilmente, sembra escludere le amministrazioni aggiudicatrici dalla possibilità di cooperare in attività esposte alla concorrenza.

« *l'impresa pubblica (che non sia anche organismo di diritto pubblico) è per definizione un ente aggiudicatore* in parte qua. *Sebbene svolga attività di lucro, è tenuta (in alcuni casi) a indire gare pubbliche per una precisa ragione di carattere concorrenziale: scongiurare il pericolo di possibili restrizioni della concorrenza nel mercato – a valle – tra gli appaltatori specializzati nel settore di riferimento* » (p. 275).

Ne consegue l'illegittimità europea dell'istituto per come recepito nel codice dei contratti pubblici sotto il profilo della lettera c) dell'art. 5, comma 6, in tema di contratto di cooperazione.
Un'ultima notazione riguarda le modalità di affidamento del contratto di cooperazione, che si esaminerà anche nell'ultimo paragrafo del terzo capitolo.
Se è vero, infatti, che il contratto di cooperazione può comportare l'« *affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi* », allora si deve riconoscere l'applicabilità in via estensiva dell'art. 4 anche all'istituto che ci occupa.
Ciò comporta la necessità di imporre il "rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica", in modo che sia offerta la piena conoscenza al mercato dell'operazione realizzata tra le amministrazioni aggiudicatrici; tale misura dovrebbe essere applicata in modo combinato insieme alla pubblicazione sul sito istituzionale, come prevista dall'art. 29, D.Lgs. cit., per gli atti di programmazione, posto che tale contratto dovrebbe essere anticipato da un atto di natura organizzatoria disposto da ciascuna amministrazione partecipante.

7. *Tre anime del contratto di cooperazione: accordo organizzativo, contratto di scambio, appalto congiunto*.

Si è visto più volte che l'istituto introdotto dalle direttive europee come esenzione dall'obbligo di gara si configura per il suo doppio oggetto: da un lato, l'accordo ha natura organizzativa e comporta la "fornitura congiunta di servizi

pubblici", dall'altro lato, l'accordo ha natura privatistica e consiste in un contratto di scambio connesso ad un servizio pubblico.

Giunti a questo punto dell'esame, può essere utile sottoporre a verifica l'ipotesi che il modulo convenzionale possa comunque avere regime pubblicistico, quand'anche il suo contenuto sia privatistico, dato che il *terminus ad quem* della cooperazione è un servizio pubblico.

A tale proposito, giova ricordare la differenza tra convenzioni su servizi pubblici in quanto tali e su oggetti della comune circolazione giuridica suscettibili di tradursi in servizi pubblici. Invero, sarebbe coerente dedurre il regime del contratto dal tipo di attività oggetto della negoziazione, alla luce di due ulteriori avvertenze: (*i*) l'organizzazione dei servizi pubblici non è per definizione pubblicistica nei sistemi a diritto comune; (*ii*) l'attività di scambio di beni e servizi inerenti al servizio pubblico non è per definizione aperta alla concorrenza, quando il servizio pubblico è offerto in regime di esclusiva.

Di conseguenza, potrebbe essere metodologicamente corretto anzitutto considerare la disciplina dell'attività oggetto della negoziazione, e poi la disciplina del servizio pubblico (in regime di esclusiva o di concorrenza). Per questa ragione, la qualificazione giuridica dell'istituto non dovrebbe dipendere da quale regime (privatistico o pubblicistico) regge l'attività consensuale, ma dal tipo di attività, così come succede nel sistema francese.

Alla luce di quanto appena evidenziato, sembra anche giustificata la scelta linguistica in termini di "contratto di cooperazione", nonostante compaia solo raramente nella letteratura straniera[326] ed italiana.[327] L'alternativa, del

---

[326] Cfr. Rozen NOGUELLOU, *Scope and Coverage of the EU Procurement Directives*, in Martin TRYBUS, Roberto CARANTA,

resto, sarebbe stata quella di chiamare il nuovo modulo come accordo di cooperazione, ma sarebbe suonato simile al c.d. accordo di collaborazione ai sensi dell'art. 15, L. n. 241/1990, da cui però si distanzia non tanto nel contenuto (anche le attività materiali, di esecuzione di un compito pubblico, sono deducibili nel modulo nazionale), quanto nei presupposti.

Passando all'esame della terza anima del contratto di cooperazione, vale la pena rammentare che la direttiva appalti ha introdotto un'ipotesi specifica di appalto congiunto tra amministrazioni aggiudicatrici.

A questo scopo, l'art. 39, dir. 2014/24/UE riguarda gli "appalti che coinvolgono amministrazioni aggiudicatrici di Stati membri diversi" e dispone al paragrafo 1, che « [*f*]*atto salvo l'articolo 12, le amministrazioni aggiudicatrici di diversi Stati membri possono agire congiuntamente nell'aggiudicazione di appalti pubblici mediante uno dei mezzi previsti nel presente articolo* ».

Del pari, nel preambolo della direttiva appalti si trova un considerando in materia, secondo cui « [*o*]*ccorre pertanto stabilire nuove norme in materia di appalti congiunti transfrontalieri al fine di facilitare la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici e accrescere i vantaggi del mercato interno creando opportunità commerciali transfrontaliere per i fornitori e i prestatori di servizi* ».[328]

Gunilla EDESTAM (a cura di), *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Bruylant, Bruxelles, 2015, cap. 1, pp. 15-36, « [*t*]*he ECJ set a framework of "cooperation contracts"* » (p. 23).

[327] Bruno DI GIACOMO RUSSO, *I contratti di cooperazione tra enti pubblici e la tutela della concorrenza*, in *Appalti e Contratti*, 2013, a. VIII, n. 1-2, pp. 54-60.

[328] Considerando (73), primo capoverso, quarto alinea, dir. 2041/24/UE.

In realtà, anche nel documento di lavoro della Commissione europea si offriva la possibilità di ricorrere alla cooperazione per affidare contratti pubblici in modo congiunto, sotto forma di associazione tra amministrazioni aggiudicatrici.[329]

A ben vedere, la direttiva ha ammesso tale possibilità solo in caso di appalto transfrontaliero (art. 39) e non anche nell'ipotesi dell'appalto congiunto occasionale (art. 38). Ciò non significa che la cooperazione non possa valere anche nell'appalto congiunto occasionale, dal momento che l'estensione di tale norma all'appalto transfrontaliero è indice dell'integrabilità della fattispecie rispetto alle altre che hanno valere speciale.

D'altra parte, il ricorso al modulo convenzionale per l'avvalimento di appalti stranieri o per la predisposizione congiunta di appalti è stata fortemente sostenuta per allargare il mercato comune da parte della letteratura.[330]

Dal punto di vista delle politiche europee, l'appalto congiunto transfrontaliero mediante modulo convenzionale

---

[329] Documento di lavoro dei Servizi della Commissione europea del 4 ottobre 2011, n. 1169 def., "*in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico")*", osserva che « [*l*]*'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18/CE definisce le "amministrazioni aggiudicatrici", tra l'altro, come associazioni costituite da uno o più enti pubblici, ossia da uno o più enti pubblici territoriali o organismi di diritto pubblico. Questa disposizione potrebbe essere interessante nel quadro della cooperazione pubblico-pubblico* » (p. 24).

[330] Gabriella RACCA, *Joint Procurement Challenges in the Future Implementation of the New Directives*, in François LICHÈRE, Roberto CARANTA, Steen TREUMER (a cura di), *Modernising Public Procurement. The New Directive*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 225-254; Tünde TÁTRAI, *Joint public procurement*, in *ERA Forum*, 2015, a. XVI, n. 1, pp.7-24.

significa riconoscere come *lingua franca* la cooperazione nel *public procurement*.[331]

Come si vede questo modello non corrisponde né all'ipotesi dell'aggregazione dei servizi pubblici, né all'ipotesi della condivisione dei servizi, ma che si realizza con la centralizzazione degli acquisti regolata su base convenzionale.

Alla luce delle considerazioni svolte, si ricava che il contratto di cooperazione di derivazione europea è caratterizzato da tre anime distinte, e non necessariamente concorrenti: l'accordo organizzativo, il contratto di scambio e l'appalto congiunto, ciascuna delle quali possiede una propria *ratio*, che ha giustificato l'estensione della presente esenzione in tre diversi ambiti.

---

[331] Javier BARNÉS, *Per una lingua comune europea del diritto amministrativo*, in Giandomenico FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Cedam, Padova, 2005, pp. 369-373: « *l'Europa ha bisogno di costruire un diritto amministrativo comune, inteso non come un diritto positivo unico, ma come corpo dottrinale o "lingua comune" (o "franca") per capirsi, e ciò per rendere possibile la cooperazione amministrativa, ma anche per consentire un rinnovamento dei valori del diritto amministrativo attuale* » (pp. 371-372).

CAPITOLO II

L'ESENZIONE DEL PARTENARIATO PUBBLICO-PUBBLICO

SOMMARIO: 1. Partenariato pubblico-pubblico, diritto dei contratti pubblici e libertà fondamentali. – 2. La partecipazione all'esercizio di poteri pubblici. – 3. Il trasferimento di competenze tra enti pubblici. – 4. L'affidamento diretto sulla base di diritto esclusivo. – 5. Il contratto pubblico *propter legem*. – 6. Accordi inter-amministrativi esenti in base al diritto nazionale. – 7. L'autonomia nell'organizzazione interna come limite all'armonizzazione del partneriato pubblico-pubblico.

1. *Partenariato pubblico-pubblico, diritto dei contratti pubblici e libertà fondamentali*.

Nel primo capitolo è stata svolta una ricognizione del quadro della regolazione nazionale ed europea del contratto di cooperazione, ed è stato notato che l'istituto sembra famigliare agli accordi inter-amministrativi esenti dall'obbligo di gara in virtù di specifiche cause di esenzione riconosciute dal diritto europeo e fondate nel diritto nazionale. In particolare, è stato osservato che tali esenzioni sono state strumentalizzate nella prassi degli enti pubblici con lo scopo di eludere l'obbligo di gara. D'altro canto, le stesse non potevano legittimare da sole la cooperazione tra enti pubblici, tanto da rendere necessaria la creazione di un'autonoma causa di esenzione e la successiva armonizzazione della materia attraverso l'introduzione di una fattispecie giuridica idonea a favorire la cooperazione tra enti pubblici nell'aggregazione dei servizi pubblici, nella condivisione di attività connesse all'erogazione del servizio pubblico e nella messa in comune dei sistemi di acquisto. Partenariato pubblico-pubblico e cooperazione pubblico-pubblico sarebbero accomunate, sul piano dogmatico, dall'esercizio consensuale dell'attività amministrativa.[332]

---

[332] Aldo TRAVI, *Le forme di cooperazione interlocale*, in *Dir. Amm.*, 1996, a. IV, n. 4, pp. 673-695, nonché in PLURES, *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione: atti XLI Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione. promosso da Amministrazione provinciale di Como, Varenna, Villa Monastero, 21-23 settembre 1995*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 159-180; Aldo TRAVI, *Le forme associative tra gli enti locali verso i modelli di diritto comune*, in *Le Regioni*, 1991, a. XIX, n. 2, pp. 380-386; Enzo Maria MARENGHI, *Il sistema amministrativo locale*, Cedam, Padova, 1994, Cap. VI, *Il sottosistema dei servizi pubblici locali*, § 1, *Il sottosistema dei*

La distinzione tra contratto di cooperazione e gli accordi inter-amministrativi nell'ambito del diritto dei contratti pubblici permette, allora, di mettere in luce il primo cambio di paradigma nella costruzione del sistema delle cause di esenzione con riferimento all'applicazione dell'obbligo di gara. L'opposizione che si pone tra contratto di cooperazione e accordo inter-amministrativo *tout court* può essere ridotta attraverso l'ipostatizzazione di due poli: da un lato, il partenariato pubblico-pubblico e, dall'altro lato, la cooperazione pubblico-pubblico. Rispetto a questa terminologia non esiste una definizione giuridicamente rilevante, anche se l'uso invalso è pacificamente ricorrente nella dottrina italiana[333] e straniera.[334]

---

servizi nel sistema delle autonomie locali. La gestione dei servizi come cooperazione. I livelli di cooperazione. Il coordinamento tra sistema e settore. La ridefinizione del concetto giuridico di servizio pubblico. L'articolazione delle forme, pp. 335-345; Roberto CAVALLO PERIN, *Studio sul controllo e sulle forme di erogazione dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 1993, Cap. V, *Le forme pubbliche associative e di cooperazione di erogazione dei servizi pubblici*, pp. 215-241; Maria Adelaide VENCHI CARNEVALE, *I servizi pubblici e le forme associative e di cooperazione nel «Nuovo Ordinamento delle Autonomie Locali» (legge 8 giugno 1990, n. 142)*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 1991, a. CXLII, n. 2, pp. 475-506.

[333] Alberto MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa University Press, 2012 (2° ed., 2011), Cap. V.3, *Brevi cenni sul partenariato pubblico-pubblico e alcune considerazioni finali sull'uso dei moduli negoziali nel diritto delle pubbliche amministrazioni*, pp. 587-601; Alberto MASSERA, *L'attività contrattuale*, in Giulio NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, Milano, 2007, spec. § 5.1, *I soggetti del rapporto convenzionale: il partenariato pubblico-pubblico e il partenariato pubblico-privato*, pp. 238-244; Marco MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria*

*sull'autoproduzione pubblica: dall'*in house *al Partenariato "Pubblico-Pubblico"*, in *Giur. It.*, 2013, a. CLV, n. 6, pp. 1416-1419; Antonio NICODEMO, Giovanni Francesco NICODEMO, *Nuovi canoni interpretativi per il partenariato pubblico-pubblico. Il Giudice Europeo si mostra rigoroso sulle ipotesi di collaborazione tra le PP.AA. in favore del principio di concorrenza. Nota a Corte di Giustizia Europea Grande Sezione 19/12/2012 n. C 159/11*, in *Giust. Amm.*, 2013, a. X, n. 2, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 7 febbraio 2013; Paolo DE ANGELIS, *Nuove forme di cooperazione tra amministrazioni pubbliche. Il partenariato pubblico-pubblico: funzione, limiti, disciplina*, in *Sanità Pubb. e Priv.*, 2013, a. XXII, n. 1, pp. 78-85; Gerolamo TACCOGNA, *I partenariato pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, in *Federalismi*, 2015, n. 18, pubblicato *on line* sul sito www.federalismi.it in data 30 settembre 2015; Alvise Vittorio Alessandro DIVARI, *Per una lettura degli accordi di partenariato pubblico-pubblico, di cooperazione e di collaborazione inter-amministrativa*, in *Dir. Econ.*, 2014, a. XXVII, n. 1, pp. 233-263, Piero DE LUCA, *Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, a. XIX, n. 2, pp. 381-397; Clemente Pio SANTACROCE, *Osservazioni sul «partenariato pubblico-pubblico», tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2014, a. LVII, n. 2, pt. II, pp. 174-197, nonché in *Giust. Amm.*, 2014, a. XI, n. 6, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 26 giugno 2014; Bruno DI GIACOMO RUSSO, *Il partenariato pubblico-pubblico tra giurisprudenza comunitaria e italiana*, in *Contr. St. e Enti Pubb.*, 2013, a. XXI, n. 4, pp. 17-29.

[334] Christopher H. BOVIS, *Public Service Partnerships*, in Christopher H. BOVIS (a cura di), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, Cheltenham Glos, 2016, Cap. XVIII, § VIII, *Public-Public Cooperation in Delivering Public Services*, pp. 579-591; Christopher H. BOVIS, *Public-Private Partnerships in the European Union*, Routledge, New York, 2014, Chap. VII, *The Public-Public Parternship*, pp. 133-143; Christopher H. BOVIS, *Future Directions in Public Service*

Per precisione analitica, sarebbe utile rammentare che il partenariato pubblico-pubblico ricorre "in presenza di un'impresa partecipata da più enti pubblici, ovvero di una c.d. «Public-Public-Partnership»".[335] In realtà, non sembra corretto ritenere che il partenariato sia riconducibile prettamente solo allo svolgimento di attività di impresa, dal momento che gli enti pubblici possono agire congiuntamente per soddisfare esigenze di interesse generale che non comportano attività d'impresa. Di conseguenza, l'espressione di 'partenariato pubblico-pubblico' non può che assumere una valenza meramente descrittiva, essendo capace di ricomprendere anche la cooperazione pubblico-pubblico, che ne costituisce un sotto-insieme.

In particolare, dall'analisi condotta è emersa una netta distinzione tra partenariato pubblico-pubblico dalla cooperazione pubblico-pubblico rispetto all'applicazione del diritto dei contratti pubblici: nel primo caso, infatti, ricorrono le esenzioni discendenti da fattispecie nazionali, riconosciute come tali dal diritto europeo per il tramite di norme-valvola contenute nel diritto primario e nelle direttive di ultima generazione (art. 1, par. 4, dir. 2014/23/UE e art. 1, par. 6, dir. 2014/24/UE; considerando (48), dir. 2014/23/UE e considerando (34), dir. n.

Partnerships in the EU, in *European Business Law Review*, 2013, a. XXIV, n. 1, pp. 1-35; Christopher H. BOVIS, *Public procurement in the EU: Jurisprudence and conceptual directions*, in *Common Market Law Review*, 2012, a. IL, n. 1, pp. 247-289; Christopher H. BOVIS, *Public Service Partnership as Instruments of Public Sector Management in the European Union*, in *Columbia Journal of European Law*, 2011-2012, a. XXVIII, n. 3, pp. 473-518.

[335] Conclusioni dell'Avv. Gen., Christine Stix-Hackl, 12 gennaio 2006, C-340/04, *Carbotermo s.p.a. e Consorzio Alisei v Comune di Busto Arsizio*, ECLI:EU:C:2006:24, punto 31, *desinit*.

2014/24/UE; art. 10, par. 1, dir. 2014/23/UE, art. 11, dir. 2014/24/UE e art. 22, dir. 2014/25/UE; art. 51, par. 1, T.F.U.E., ex art. 45 T.C.E., art. 52, par. 1, T.F.U.E., ex art. 46 T.C.E., e art. 62, T.F.U.E., ex art. 55, T.C.E.).

Sotto questo profilo, occorre svolgere alcune considerazioni intorno al rapporto tra le cause di esenzione e le regole del mercato interno (ossia le libertà fondamentali), per approfondire il c.d. margine di apprezzamento riservato al Legislatore nazionale nella definizione di tali esenzioni e la residuale applicabilità delle libertà fondamentali nelle materie armonizzate.

Infatti, non è del tutto chiaro quale sia il rapporto tra le esenzioni e le singole fattispecie di diritto nazionali, e dunque, se la loro applicazione sarà ristretta in forza delle regole del mercato.

A questo riguardo, valga sin d'ora il richiamo al monito dell'Avvocato generale, preoccupata dal rischio che venga "frustrato, in ultima analisi, l'obiettivo dell'Unione di assicurare la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché una concorrenza priva di restrizioni nel mercato interno".[336]

---

[336] Concl. Avv. Gen., Verica Trstenjak, 23 maggio 2012, C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce v Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* et alii, ECLI:EU:C:2012:303, sottolinea che « [*s*]*e si consentisse alle amministrazioni aggiudicatrici di rivolgersi – al di là del settore del partenariato pubblico-pubblico – ad altre autorità pubbliche al fine di ottenere prestazioni di servizi senza essere assoggettate alle prescrizioni della normativa in materia di aggiudicazione di appalti, sarebbe fondato il timore che queste ultime possano essere alla lunga eluse e con ciò verrebbe frustrato, in ultima analisi, l'obiettivo dell'Unione di assicurare la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi nonché una concorrenza priva di restrizioni nel mercato interno. Al fine di impedire siffatto risultato, è necessario un rigoroso controllo*

In particolare, giova rammentare il costante orientamento della Corte di Giustizia secondo cui le libertà fondamentali trovano applicazione nelle fattispecie non armonizzate dalle direttive sui contratti pubblici.[337]
Tale indirizzo giurisprudenziale, in realtà, andrebbe mitigato, stante permanenza di una riserva di competenza statale a regolare le fattispecie che non sono armonizzate, derivante proprio dalla loro non completa armonizzazione in ambito europeo.[338]

---

dell'applicazione dei criteri stabiliti dalla Corte nella sentenza Commissione/Germania » (punto 90).

[337] C.G.C.E., Sez. III, 20 ottobre 2005, C-264/03, *Commissione delle Comunità europee v Repubblica francese***,** ECLI:EU:C:2005:620, punto 32, in tema di appalti pubblici esclusi; C.G.C.E., Grande Sez., 21 luglio 2005, C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de' Botti, con l'intervento di: Padania Acque SpA*, ECLI:EU:C:2005:487, punto 16, in tema di concessione di servizi; C.G.C.E., Sez. VI, 23 gennaio 2003, C-57/01, *Makedoniko Metro e Michaniki AE contro Elliniko Dimosio*, ECLI:EU:C:2003:47, punto 69, in tema di revoca del bando di gara; C.G.C.E., Sez. VI, 18 giugno 2002, C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) v Stadt Wien*, ECLI:EU:C:2002:379, punto 42, in tema di revoca del bando di gara; C.G.C.E., Sez. II, ord. 16 ottobre 2003, C-244/02, *Kauppatalo Hansel Oy v Imatran kaupunki*, ECLI:EU:C:2003:560, punto 33, in tema di revoca del bando di gara.

[338] C.G.U.E., Sez. IV, 22 ottobre 2009, C-438/08, *Commissione delle Comunità europee v Repubblica portoghese*, ECLI:EU:C:2009:651, segnala che « [*v*]*ero è che, in un settore non completamente armonizzato a livello comunitario gli Stati membri restano, in linea di principio, competenti a definire le condizioni di esercizio delle attività di tale settore. Ciò non toglie che essi devono esercitare i loro poteri in tale settore nel rispetto delle libertà fondamentali garantite dal Trattato CE (v. sentenze 29 novembre 2007, causa C-393/05, Commissione/Austria, Racc. pag. I-10195,*

D'altra parte, Arrowsmith, avvertita della questione, ha evidenziato che « *although some contracts excluded from the directives or at least from the directives' advertising requirements are probably* wholly *excluded from the free movement rules, some othere may possibly be subject to transparency obligations arising frome the free movement rules, including non-discrimination* ».[339] Dunque, le libertà fondamentali dovrebbero trovare applicazione nonostante l'esclusione dalle direttive e l'armonizzazione dell'esenzione.

Per individuare i caratteri del contratto pieamente escluso sia dalle direttive che dai Trattati, bisogna considerare se « *there is some potential choice of provider in these cases, and the contract is of cross-border interest, the logic that led to their exclusion from the directives does not indicate a need for total exclusion from the free movement rules, especially non-discrimination* », e cioé se c'è una potenziale scelta di fornitore in queste fattispecie, e se il contratto è di interesse transfrontaliero, per cui la logica che guida alla loro esclusione dalle direttive non comporta il bisogno di esclusione totale dalle libertà di movimento, specialmente dal principi di non discriminazione.

In particolare, è stato ritenuto che gli affidamenti basati su un diritto esclusivo, che sono esenti dall'obbligo di gara, sono anche esclusi dal campo di applicazione del Trattato

---

punto 29, e causa C-404/05, Commissione/Germania, Racc. pag. I-10239, punto 31, nonché giurisprudenza citata) » (punto 27).

[339] Sue ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Volume 1*, Sweet and Maxwell, 2014 (3° ed., 1997), cit. p. 266, § 4.35.

sul Funzionamento dell'Unione Europea e, dunque, dalle regole del mercato interno.[340]

Dovendo, allora, procedere esenzione per esenzione per stabilire l'eventuale prevalenza delle libertà fondamentali, valgono le seguenti considerazione di carattere generale.

Anzitutto, occorre evidenziare che l'applicazione delle libertà fondamentali ammette diverse gradazioni e comporta regimi differenziati rispetto al regime unico previsto per la categoria dell'appalto pubblico dalle direttive e, quindi, « *nell'ambito del diritto primario non si deve in ogni caso applicare lo stesso regime degli appalti che vige nell'ambito di validità delle direttive* », dal momento che "alcuni appalti sono più rilevanti di altri per il mercato interno".[341] Detto in altri termini, alcuni contratti esclusi sarebbero più rilevanti di altri per il mercato interno.

Inoltre, non si deve sottacere che « [*è*] *assodato che il primato applicativo del diritto derivato impedisce di invocare cause di giustificazione sancite dal diritto primario per legittimare lesioni delle libertà fondamentali, qualora il pregiudizio riguardi un settore in cui le cause di*

---

[340] Sue ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Volume 1*, Sweet and Maxwell, 2014 (3° ed., 1997), segnala che, a proposito gli affidamenti sulla base di un diritto esclusivo, « *it is arguable that such arrangements that are explicitly excluded from the directives will also be excluded from the TFEU* » (p. 299, § 4.72).

[341] Concl. Avv. Gen., Christine Stix-Hackl, 12 aprile 2005, C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Co.Na.Me.) v Comune di Cingia de' Botti e Padania Acque SpA*, ECLI:EU:C:2005:212, punto 82 e 78.

giustificazione sono soggette ad un'armonizzazione integrale ».[342]

Sulla base di tali osservazioni, si ricava che le esenzioni fondate sul diritto derivato in una materia integralmente armonizzata potrebbero inibire la prevalenza delle libertà fondamentali; quando, invece, la materia non fosse completamente armonizzata, l'esenzione riconosciuta dal diritto europeo e fondata sul diritto nazionale potrebbe essere sottomessa all'obbligo di gara in applicazione delle libertà fondamentali, in considerazione della *ratio* della disposizione nazionale (e non dell'esenzione), tenuto conto che « [*l*]*e libertà di circolazione, come i diritti di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, non intendono liberalizzare le economie nazionali ostacolando qualunque norma di origine statale che possa influire sulla libertà economica e commerciale; esse comporterebbero, altrimenti, la fine del potere di regolamentazione economica degli Stati membri. Il loro obiettivo è invece quello di promuovere l'apertura dei mercati nazionali facilitando gli operatori nell'esercitare le loro attività su un piano transnazionale* ».[343]

Al contrario, Bovis ha ritenuto che l'armonizzazione esaustiva ad opera di strumenti legali con valore di *lex specialis*, come le direttive sui contratti pubblici, non può imporre limiti all'applicazione del diritto primario della Comunità per integrare le loro spinta legale, ossia « *exhaustive harmonization by* lex specialis *legal instruments such as the public procurement Directives*

---

[342] Concl. Avv. Gen., Verica Trstenjak, 11 febbraio 2010, C-160/08, *Commissione europea v Repubblica federale di Germania*, ECLI:EU:C:2010:67, punto 105.

[343] Concl. Avv. Gen., M. Poiares Maduro, 14 dicembre 2006, C-134/05, *Commissione delle Comunità europee v Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:2006:781., punto 6.

cannot impose limits on the application of primary Community law to supplement their legal thrust ».[344]
A fronte di tali considerazioni in tema di armonizzazione, il medesimo Autore ha sostanzialmente squalificato l'utilità della categoria degli accordi inter-amministrativi, ritenendo che « [*t*]*he effects of exhaustive harmonization in the procurement Directives expose their inability to regulate contractual relationships which mimic inter-administrative interfaces in the public sector* ».[345]
Di conseguenza, l'inadeguatezza dell'armonizzazione degli accordi inter-amministrativi giustificherebbe l'applicazione delle libertà fondamentali per assicurare l'effettività dell'obbligo di gara.
Tale posizione non sembra condivisibile in modo indiscriminato.
Per quanto riguarda gli accordi inter-amministrativi disciplinati dal diritto nazionale ed esenti dall'obbligo di gara in virtù dell'esplicito riconoscimento nelle direttive non v'è armonizzazione integrale e, dunque, potrebbe operare una presunzione di prevalenza delle libertà fondamentali, nel caso in cui la *ratio* della misura nazionale non dovesse esibire motivi di interesse generale che ammettono la restrizione di tali libertà.[346]

---

[344] Christopher BOVIS, *The Law of EU Public Procurement*, Oxford University Press, Oxford, 2015 (2° ed., 2006), p. 673.
[345] Christopher BOVIS, *The Law of EU Public Procurement*, Oxford University Press, Oxford, 2015 (2° ed., 2006), p. 672.
[346] Concl. Avv. Gen., L.A. Geelhoed, 28 settembre 2006, C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) v Transformación Agraria SA e Administración del Estado*, ECLI:EU:C:2006:619, osserva che « [*i*] *rapporti di concorrenza tra questi servizi esecutivi, o società poste sotto il controllo statale, e le imprese private sugli stessi mercati possono pertanto essere gravemente compromessi. Ciò ammette una sola eccezione, qualora*

Per quanto riguarda specificamente il contratto di cooperazione, occorre notare che l'armonizzazione è stata completa, essendo stato introdotta una fattispecie autonoma rispetto al diritto nazionale, dotata di presupposti propri, che richiederà di essere applicata distintamente rispetto alla nozione di contratto pubblico.

D'altra parte, vale la pena rammentare che "nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva", in forza del considerando (5), primo periodo, dir. 2014/24/UE e del considerando (7), primo periodo, dir. 2014/25/UE). E tale libertà è consolidata nell'affermazione del "diritto degli Stati membri e delle autorità pubbliche di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi. In particolare, la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi", come stabilito dal considerando (5), primo e secondo periodo, dir. 2014/23/UE).

Completa la cornice la più volte citata libertà di cooperare e di organizzare i servizi pubblici in forma aggregata, sancita dall'art. 2, par. 1, secondo periodo, dir. 2014/23/UE, consolidata anche dai considerando tanto

---

gravi motivi di interesse pubblico forniscano una giustificazione per affidare direttamente appalti ad un'organizzazione interna, anche se questi non rientrano nelle mansioni ad essa attribuite dalla legge o dallo statuto » (punto 118).

nelle concessioni, quanto negli appalti,[347] a mente del quale le "autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni".

Sulla base di tale inquadramento, la cooperazione contrattuale tra enti pubblici per lo scambio di prestazione accessorie e connesse all'erogazione del servizio pubblico entra nel diritto europeo dei contratti pubblici ritagliando la propria efficacia direttamente dall'ambito di applicazione delle regole del mercato interno. In altri termini, non è possibile darsi libertà di cooperazione nel settore pubblico senza darsi le libertà fondamentali nel settore privato.

Sembra, dunque, porsi un conflitto tra valori; in realtà, la fattispecie ha una propria struttura normativa, che è pienamente armonizzata, il che frena ogni ingerenza applicativa delle libertà fondamentali, rendendo altrimenti vana non tanto la codificazione, quanto soprattutto la portata dell'esenzione.

In buona sostanza, come il contratto sulla base di un diritto esclusivo, così anche il contratto di cooperazione, oltre ad essere esplicitamente escluso dal diritto dei contratti pubblici, è altresì escluso dalle regole del mercato interno.

Passando dal piano formale al piano sostanziale dell'esame della portata dell'esenzione, sarebbe utile valutare il ruolo del contratto di cooperazione nell'ambito del diritto dei contratti pubblici per stabilire, di conseguenza, in che

---

[347] Cfr. considerando (45), penultimo periodo, dir. 2014/23/UE, considerando (31), secondo capoverso, ultimo periodo, dir. 2014/24/UE, affermano che « *l'applicazione delle norme stabilite nella presente direttiva non dovrebbe interferire con la libertà delle autorità pubbliche di svolgere i compiti di servizio pubblico affidati loro utilizzando le loro stesse risorse, compresa la possibilità di cooperare con altre autorità pubbliche* ».

termini l'esenzione di tale contratto è conforme con le libertà fondamentali oppure se deve essere limitata, trattandosi di un tipo di contratto che può alterare gli scambi interni e falsare la concorrenza.
In proposito, s'è visto in precedenza come le pubbliche Amministrazioni possano sottrarre al gioco della concorrenza determinate attività economiche attraverso la creazione di diritti esclusivi; inoltre, s'è registrato come sia possibile configurare aiuto di stato anche in caso di internalizzazione di attività economiche.
Entrambe le ipotesi sono necessarie per integrare distorsione della concorrenza, mentre alla luce del caso *Chronopost* emerge come sia possibile assicurare l'assolvimento di un servizio di interesse economico generale in forma aggregata senza incorrere in aiuto di Stato.
Detto in altre parole, sembra profilarsi uno scenario peculiare per descrivere la posizione del contratto di cooperazione nell'ambito delle libertà fondamentali.
La tesi che si intende sostenere è che il contratto di cooperazione si caratterizza come strumento di autoproduzione in senso lato efficace nel settore pubblico, che non ha niente a che fare con l'internalizzazione e la riorganizzazione interna al corpo pubblico, ma sembra avvicinarsi alla concezione di autoproduzione già presente nel diritto *antitrust*.[348]

---

[348] Francesco MACARIO, *Art. 9. Autoproduzione*, in Aldo FRIGNANI, Roberto PARDOLESI, Antonio PATRONI GRIFFI, Luigi Carlo UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano: commento alla Legge 10 ottobre 1990, n. 287*, Zanichelli, Bologna, 1993, vol. II, pp. 791-811; Francesco MACARIO, *Autoproduzione di servizi e tramonto dei monopoli fra normativa comunitaria e disciplina « antitrust »: la vicenda delle compagnie portuali*, in *Foro It.*, 1992, a. CXV, pt. IV, pp. 229-237. [nota a C.G.C.E., 10 dicembre 1991,

A questo riguardo, giova rammentare la differenza tra *provider* (fornitore) e *producer* (produttore) di servizi pubblici, svolta dalla dottrina italiana sulla scorta delle riflessioni degli economisti, per sottolineare che la produzione esternalizzata di un servizio pubblico non elimina la qualità di fornitore del soggetto pubblico.[349] Di conseguenza, il fatto che l'attività interessata dalla cooperazione sia offerta sul mercato e contemporaneamente sia collegata al servizio pubblico non sembra svilire l'interesse pubblico all'attuazione della cooperazione, essendo già ammesso dalla legge, a dispetto di certe remore della medesima dottrina.[350]

C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova S.p.A. v Siderurgica Gabrielli S.p.A.*]; Fabio MACRÌ, *Diritto di autoproduzione e servizi tecnico-nautici ancillari alla navigazione: alcune riflessioni ricostruttive*, in *Dir. Comm. Intern.*, 2002, a. XVI, n. 3, pp. 641-670; Sergio M. CARBONE, Francesco MUNARI, *La legge italiana di riforma dei porti ed il diritto comunitario*, in *Foro It.*, 1994, a. CXVII, pt. IV, pp. 367-392.

[349] Domenico SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 1997, a. VII, n. 1, pp. 51-83, § 5, *Distinzione tra i compiti di fornitore (*provider*) e produttore (*producer*) dei servizi pubblici*, osserva che « [*p*]*er assicurare la fornitura di un servizio è necessario svolgere un'attività amministrativa, per la sua produzione si richiede un'attività di impresa. D'altra parte, per fornire un servizio non è necessario produrlo, dal momento che è sufficiente «acquistarlo» (in senso del tutto atecnico) da chi lo produce e metterlo a disposizione di chi deve utilizzarlo* » (p. 58). La posizione originaria risale a Guido CORSO, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in PLURES, *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione. Atti del XLI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 21-23 settembre 1995*, Giuffrè Milano, 1997, pp. 21-48.

[350] Domenico SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. It. Dir. Pubb.*

A questo proposito, confortano le parole di Rangone, a mente della quale « [*p*]*ur mancando una previsione esplicita nel Trattato, la base giuridica del diritto di autoproduzione è costituita dal principio della libera circolazione dei servizi di cui all'articolo 49 del Trattato Ce (come modificato dal Trattato di Amsterdam), salvi i limiti connessi a motivi di interesse pubblico di natura non economica* ».[351]

Da quanto precede risulta chiaro che l'esenzione del contratto di cooperazione può dirsi conforme con le regole del mercato interno, in quanto strumento di autoproduzione valido per e nel settore pubblico, diverso dall'internalizzazione (intesa come *in house providing*, non avendo nulla a che fare con il modello normativo costruito a livello europero per regolare i rapporti intra-organizzativi, come vedremo nel capitolo successivo).

Dunque, la presente esenzione dalle regole del mercato interno dovrà trovare applicazione senza che le libertà fondamentali possano integrare la fattispecie imponendo

---

Com., 1997, a. VII, n. 1, pp. 51-83, § 4, *I servizi pubblici in senso giuridico come servizi in relazione ai quali i pubblici poteri assumono il compito di fornitore (*provider*)*, sottolinea che « *se, invece, i servizi di cui si ritiene che la comunità abbia bisogno fossero reperibili nel mercato, l'intervento dell'ente, almeno sotto il profilo che qui interessa, risulterebbe, prima d'ogn'altra cosa, inutile e quindi (nella terminologia tradizionale) non giustificato dall'interesse pubblico* » (p. 57).

[351] Nicoletta RANGONE, *I servizi pubblici*, il Mulino, Bologna, 1999, cit. p. 258, sottolinea che « [*c*]*on il riconoscimento del* diritto di autoproduzione*, l'erosione della riserva avviene nell'ambito di un gruppo industriale. La limitazione delle esclusive è, infatti, operata anche riconoscendo a tutti gli operatori il diritto di produrre beni o servizi ad uso proprio, delle società controllanti o controllate* ». (ivi cit., enfasi in originale).

l'obbligo di gara, onde azzerare il rischio di distorsione della concorrenza.
Questo modo di intendere il contratto di cooperazione si deve confrontare con la differenza tra decisioni allocative e decisioni gestionali, messa in evidenza da Trimarchi Banfi.
Per cogliere il significato di questa contrapposizione bisogna porsi "dal punto di vista ordinante", come insegna Ramajoli.[352]
Il punto di vista ordinante è anche il punto focale, che, per definizione, è anche punto cieco, il che ci obbliga a ricostruire il sistema delle esenzioni al diritto dei contratti pubblici a partire dal sistema dei contratti pubblici e dalla sua *ratio*.
Chiarito ciò in via preliminare, è sufficiente rilevare che le decisioni allocative riguardano "la destinazione da dare alle

---

[352] Margherita RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 2010, a. LX, n. 2, pp. 347-388, sostiene che « [*s*]*e il compito di assicurare la sistematicità del diritto amministrativo spetta alla scienza giuridica, il problema fondamentale da affrontare è proprio quello del punto di vista ordinante, che funge da criterio di coerenza complessiva del sistema* » (p. 352), rileva che « *la scienza attuale mostra un'indubbia propensione per il pensiero problematico, che promuove nell'interprete la coscienza della storicità della propria situazione e un senso più avvertito della relatività delle categorie concettuali utilizzate* » (p. 380), auspica che « [*è*] *possibile lasciare ancora uno spiraglio alla formazione di un sistema aperto, che racchiuda anche quei punti di vista e quei problemi la cui soluzione non è raggiungibile in forma logico-deduttiva* » (p. 383) e rammenta che « *il diritto amministrativo non appare riducibile ad un unico ed univoco punto di vista ordinante. Il diritto amministrativo trova la propria ragion d'essere nell'esigenza di governare una relazione tra soggetti – l'amministrazione pubblica e il singolo – che non sono semplicemente antagonisti, ma che sono titolari di interessi che l'ordinamento colloca su piani differenti* » (p. 387).

risorse", le decisioni gestionali determinano "il modo di attuare le decisioni del primo tipo". [353]

Orbene, occorre verificare se il Legislatore europeo, con l'esclusione del contratto di cooperazione dal diritto dei contratti pubblici, ha voluto effettuare una scelta di tipo allocativo, ridefinendo il piano della divisione tra settore pubblico e mercato interno, oppure se l'istituto si configura come una misura di tipo gestionale, consistente nell'introduzione negli ordinamenti nazionali di una specifica modalità di gestione aggregata dei servizi pubblici.

In quest'ultimo caso, bisognerebbe poi ricostruire il sistema dei contratti pubblici tenendo conto dell'ingerenza europea nella materia -tutta nazionale- relativa alle forme di gestione dei servizi pubblici mediante l'uso strumentale della competenza -questa sì tutta europea- relativa alle modalità di affidamento dei contratti pubblici.

Sotto questo profilo, si deve ritenere che la decisione di autoprodurre in regime di cooperazione è sì una scelta di tipo gestionale, ma la decisione del Legislatore europeo di legittimare tale possibilità è una scelta di tipo allocativo, comportando il riconoscimento, dal punto di vista europeo, della libertà di iniziativa economica pubblica (ad integrazione dell'autonomia privata delle pubbliche Amministrazioni), ammesso che questa sia compatibile con gli scopi istituzionali del singolo ente pubblico o con lo statuto della specifica società pubblica.

Alla luce di queste considerazioni, non è condivisibile l'opinione di chi rinviene nella cooperazione contrattuale

---

[353] Francesca TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2016 (5° ed., 2007), Cap. I, *Forme e scopi dell'azione pubblica nell'economia*, § I, *Nozioni introduttive*, § 2, *Distinzioni: allocazione e gestione*, pp. 3-5.

uno strumento di organizzazione efficiente, con il preteso fine di scongiurare il rischio di distorsione della concorrenza.[354]

Invero, la cooperazione non si giustifica solo per motivi organizzativi, ma trova fondamento anche in esigenze di carattere gestionali; del resto « *occorre differenziare la* cooperazione *come* programmazione *dalla* cooperazione *come* gestione ».[355]

Di conseguenza, il contratto di cooperazione non può essere inteso come misura protezionistica, contraria alle regole del mercato interno, anzitutto per ragioni di gerarchia normativa, trovando diretto fondamento nel diritto europeo dei contratti pubblici, che intende limitare l'applicazione delle regole del mercato interno nell'ambito del settore pubblico.

---

[354] Grith Skovgaard ØLYKKE, Cecilie FANØE ANDERSEN, *A State Aid Perspective on Certain Element of Article 12 of the New Public Sector Directive on In-house Provision*, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 1, pp. 1-16, osserva che « *the same considerations of allowing for efficient organisation of public interest tasks without distorting competition between private undertakings or in markets where private undertakings operate, underlie these judgments.* [...] *Case law on the quasi-in-house rule and the public service task exemption developed in Commission v Germany shows that the CJEU will accept efficient organisation of the public sector as a legitimate ground for many types of agreements and arrangements between public entities* » (p. 4).

[355] Enzo Maria MARENGHI, *Il sistema amministrativo locale*, Cedam, Padova, 1994, cap. VI. *Il sottosistema dei servizi pubblici locali*, pp. 335-359, Cap. VI, *Il sottosistema dei servizi pubblici locali*, § 1, *Il sottosistema dei servizi nel sistema delle autonomie locali. La gestione dei servizi come cooperazione. I livelli di cooperazione. Il coordinamento tra sistema e settore. La ridefinizione del concetto giuridico di servizio pubblico. L'articolazione delle forme*, pp. 335-345, cit. p. 337, enfasi in originale.

In proposito, Arrowsmith ha ben evidenziato come la giurisprudenza europea abbia fatto salvo "solo a parole" ("*paying lip service*") il criterio di stretta interpretazione in presenza di accordi inter-amministrativi, essendo preferibile un "approccio bilanciato" delle esigenze di trasparenza rispetto agli altri interessi rilevanti che limitano le regole del mercato interno.[356] A rigore, infatti, le regole del mercato interno non dovrebbero essere invocate per fare valere l'effetto diretto delle direttive europee sui contratti pubblici, dal momento che le cause di esclusione dall'applicazione del diritto dei contratti pubblici troverebbe ragione proprio nell'esigenza di limitare le regole del mercato interno.
Di conseguenza, il principio di stretta interpretazione delle cause di esclusione dall'applicazione del diritto dei contratti pubblici, che la Corte di Giustizia ha affermato per assicurare l'effetto utile delle direttive europee, non

---

[356] Sue ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Volume 1*, Sweet and Maxwell, 2014 (3° ed., 1997), Cap. VI, *The Public Sector Rules; Which Contracs are Covered?*, § 8, *Excluded contracts*, § 1, *General principles and interpretation of the exclusions*, osserva che « [*w*]*hilst paying lip service to the doctrine of strict interpretation, in practice the CJ has recognised a fairly wide scope for public–public arrangements that are outside the scope of the directive* » (p. 477, § 6.131). Aggiunge Arrowsmith che « [*t*]*hese developments could indicate that the CJ may adopt a balanced approach to interpretation in some cases, that does not give particular preference to the transparency policy of the directives but weighs carefully all the relevant interests* » (p. 477, § 6.131, cit.). Ed, infine, ritiene che « [*t*]*his balanced approach, it is submitted, is a better approach for all cases: there is no reason to afford priority either to single market rules or approaches for implementing those rules above other interests which are reflected in limitation placed on those rules* » (ivi cit., § 6.132, *incipit*).

dovrà inibire la portata della fattispecie facendo generico riferimento alle libertà fondamentali, ben potendo tale causa di esclusione estendersi a tutte le ipotesi di esenzione dall'applicazioe del diritto della concorrenza, come esaminato nel capitolo precedente.

In realtà, il nodo problematico non tocca la costruzione del mercato interno, ma proprio l'effettività dell'economia di mercato in regime di concorrenza, o meglio l'effettività della concorrenza nei mercati liberalizzati, a patto di dovere necessariamente ritenere recessiva la presenza del settore pubblico nei mercati privati.

Quindi, il vero tema in gioco riguarda l'applicazione delle regole della concorrenza al contratto di cooperazione, come evidenziato nei considerando delle direttive ove si precorre il rischio di "distorsione della concorrenza".[357]

Come si vede si tratta di uno scenario che richiede di trattare il contratto di cooperazione in quanto atto rilevante per la disciplina *antitrust*.[358]

---

[357] Considerando (45), ultimo periodo, dir. 2014/23/UE, considerando (31), secondo capoverso, dir. 2014/24/UE. Nulla è specificato nella dir. 2014/25/UE, dichiarano che « [*s*]*i dovrebbe garantire che una qualsiasi cooperazione pubblico-pubblico esentata non dia luogo a una distorsione della concorrenza nei confronti di operatori economici privati nella misura in cui pone un fornitore privato di servizi in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti* ».

[358] Per uno studio delle aggregazioni dei servizi mediante società pubblica nella prospettiva *antitrust*: Francesca ANDREONI, *Strumenti giuridici per una gestione associata dei servizi e problematiche* antitrust, in Michela PASSALACQUA (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 353-372.

Tale punto di vista, in effetti, è stato solo sfiorato dalla Corte di Giustizia con riferimento alle concessioni di servizi[359] e al contratto *propter legem*.[360]
Ovviamente, non sono mancati studi che hanno preso in considerazione le ipotesi in cui un contratto pubblico o un contratto *in house*[361] può dare luogo ad un aiuto di Stato, tuttavia rimane ancora inesplorata la ricerca delle radici del

---

[359] C.G.C.E., Grande Sez., 21 luglio 2005, C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de' Botti e Padania Acque SpA*, ECLI:EU:C:2005:487, considera che « [*o*]*ccorre ricordare che l'art. 81 CE, che si applica, secondo la sua formulazione letterale, agli accordi «tra imprese», non si riferisce, in linea di principio, ai contratti di concessione conclusi da un comune, nella sua veste di pubblica autorità, con un concessionario incaricato dell'esecuzione di un pubblico servizio (v., in questo senso, sentenza 4 maggio 1988, causa 30/87, Bodson, Racc. pag. 2479, punto 18)* » (punto 12).

[360] C.G.C.E., Sez. II, 19 aprile 2007, C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) v Transformación Agraria SA (Tragsa)*, ECLI:EU:C:2007:227, ritiene che « [*d*]*alla chiara formulazione dell'art. 86, n. 1, CE risulta che detta disposizione non ha portata autonoma, nel senso che essa dev'essere letta in combinato con le previsioni rilevanti nel caso di specie del Trattato. Dalla decisione di rinvio discende che la disposizione pertinente considerata dal giudice del rinvio è l'art. 86, n. 1, CE, in combinato con l'art. 82 CE. A tale proposito va constatato che nella decisione di rinvio non vi sono indicazioni precise riguardo all'esistenza di una posizione dominante, al relativo sfruttamento abusivo di quest'ultima da parte della Tragsa e all'impatto di detta posizione sul commercio fra Stati membri* » (punti 40-42).

[361] Grith Skovgaard ØLYKKE, Cecilie FANØE ANDERSEN, *A State Aid Perspective on Certain Element of Article 12 of the New Public Sector Directive on In-house Provision*, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 1, pp. 1-16.

contratto di cooperazione direttamente nel diritto della concorrenza.

2. *La partecipazione all'esercizio di poteri pubblici*.

La prima causa di esenzione che si può realizzare attraverso il partenariato pubblico-pubblico si rintraccia nella partecipazione all'esercizio di poteri pubblici.
Al riguardo, giova rammentare che ai sensi dell'art. 51 T.F.U.E. sono escluse dall'applicazione delle disposizioni in materia di diritto di stabilimento « *le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri* ».[362] L'esenzione è estesa, attraverso il richiamo contenuto all'art. 62 T.F.U.E. anche alla libera prestazione di servizi e deve essere interpretata in senso restrittivo, costituendo un'eccezione alle libertà fondamentali,[363] onde evitare che "gli Stati possano servirsi

---

[362] Cfr. Simone TORRICELLI, *Les limites à l'activité conctractuelle de l'administration publique*, in Rozen NOGUELLOU, Ulrich STELKENS (a cura di), *Droit comparé des Contrats Publics*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 125-141; Amedeo ARENA, *La nozione di servizio pubblico nel diritto dell'integrazione economica. La specificità del modello sovranazionale europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, parte II, *La nozione di «servizio pubblico» ed il modello sovranazionale*, Cap. IV, *Principali clausole di esenzione e di regolamentazione nel diritto dell'Unione Europea*, § 1.1 *La deroga per le attività che partecipano «all'esercizio dei pubblici poteri»*, pp. 95-103.

[363] Da ultimo, C.G.U.E., Sez. IV, 22 ottobre 2009, C-438/08, *Commissione delle Comunità europee v Repubblica Portoghese*, ECLI:EU:C:2009:651: « [*d*]*el pari, è pacifico che la valutazione delle deroghe alla libertà di stabilimento previste all'art. 45 CE deve tener conto del carattere comunitario dei limiti imposti da tale articolo alle eccezioni a detta libertà (v., in tal senso, sentenze 21*

delle classificazioni giuridiche interne per espandere *ad libitum* la portata della deroga".[364]
Tale deroga richiede di essere giustificata da motivi di interesse generale, di essere idonea e necessaria allo scopo, in modo non discriminatorio.[365]
La Commissione ha avuto occasione di precisare la portata di tale deroga; per quanto qui rileva conviene rammentare che « [*l*]*e attività svolte in virtù di un obbligo o di un'esclusività stabiliti dalla legge o qualificate dalle autorità nazionali come attività di servizio pubblico non formano pertanto automaticamente oggetto di questa deroga. È vero che ogni attività delegata dai pubblici poteri ha, in linea di principio, una connotazione di pubblica utilità, ma ciò non significa che questa attività partecipi necessariamente all'esercizio dei pubblici poteri* ».[366]
Dunque, l'assolvimento di un compito di servizio pubblico non partecipa dell'esercizio di un pubblico potere.

---

giugno 1974, causa 2/74, Reyners, Racc. pag. 631, punto 50, e Commissione/Grecia, cit., punto 8) » (punto 35).

[364] Amedeo ARENA, *La nozione di servizio pubblico nel diritto dell'integrazione economica. La specificità del modello sovranazionale europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, cit. p. 97.

[365] C.G.C.E, 6 novembre 2003, C-243/01, *Piergiorgio Gambelli e altri*, ECLI:EU:C:2003:597, evidenzia che « [*a*]*i sensi di tale giurisprudenza, infatti, le dette restrizioni devono, in primo luogo, essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale; in secondo luogo, devono essere idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e, in terzo luogo, non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo. In ogni caso, devono essere applicate in modo non discriminatorio* » (punto 65).

[366] Comunicazione interpretativa della Commissione Europea sulle concessioni nel diritto comunitario, 2000C, 121/02, in data 29 aprile 2000, § 3.1.5, *Le deroghe previste dal trattato*, p. 8.

In particolare, la deroga è stata invocata nelle controversie vertenti sugli aiuti di Stato e in materia di contratti pubblici; solo nel primo caso questa ha trovato applicazione, come chiarito dalla Commissione.[367]
Di converso, la Corte di Giustizia ha escluso l'applicabilità delle direttive sui contratti pubblici a fronte dello svolgimento di attività connesse all'esercizio di poteri pubblici.[368] Senonché, è stato ritenuto che « *la mera tutela*

---

[367] Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 2016/C, 262/01, in data 19 luglio 2016, § 2.2, *Esercizio dei pubblici poteri*, riferisce che « [*l*]*'articolo 107, paragrafo 1, del trattato non si applica se lo Stato agisce «esercitando il potere d'imperio» o se gli enti pubblici agiscono «in veste di pubblica autorità». Si considera che un ente agisca esercitando il potere d'imperio qualora l'attività in questione rientri nelle funzioni essenziali dello Stato o sia ad esse connessa per la sua natura, per il suo oggetto e per le norme alle quali è soggetta. In generale, a meno che lo Stato membro interessato abbia deciso di introdurre meccanismi di mercato, le attività che fanno parte intrinsecamente delle prerogative dei pubblici poteri e che sono svolte dallo Stato non costituiscono attività economiche* » (p. 5). *Idem*, Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, 2012/C, 8/02, in data 11 gennaio 2012, § 2.1.2, *Esercizio dei pubblici poteri*, p. 6.

[368] C.G.U.E., Sez. III, 29 aprile 2010, C-160/08, *Commissione europea v Repubblica federale di Germania*, ECLI:EU:C:2010:230, con nota di Susie SMITH, *Application of EU Procurement Law to Public Ambulance Services:* European Commission v Germany *(C-160/08)*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, a. XIX, n. 5, pp. NA180-NA185, afferma che « [*a*]*i sensi dell'art. 45, primo comma, CE, letto in combinato disposto con l'art. 55 CE, le disposizioni relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi non si estendono alle attività che partecipano in uno Stato*

degli interessi generali non è sufficiente a far presupporre dei pubblici poteri. Piuttosto, di regola, deve trattarsi del potere di emanare definitivamente decisioni pubbliche che siano idonee ad incidere sulla libertà dei privati ».[369] Di conseguenza, « *sembra certamente possibile affermare che l'articolo 51 TFUE può fungere da clausola di esenzione parziale relativa ai servizi pubblici, ma occorre rilevare come il campo di applicazione* ratione materiae *di tale deroga appare molto ristretto, come confermato dal fatto che non risultano, ad oggi, pronunce in cui la Corte ha ritenuto che una determinata attività beneficiasse dell'esenzione in parola* ».[370]

In particolare, tale esenzione era stata sollevata dal Consiglio di Stato per assicurare alla società miste deputate alla gestione di servizi pubblici locali l'assoggettamento all'obbligo di gara per ragioni comunitarie, ritenendo che « *l'esercizio di poteri e di prerogative dovrebbe costituire un attributo normale dell'esercizio dei servizi pubblici, da affidare alle società miste* ».[371] Del pari, la dottrina aveva

---

membro, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri. [*74*] *Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 51 delle sue conclusioni, attività di questo tipo sfuggono anche all'applicazione delle direttive che, come nel caso delle direttive 92/50 e 2004/18, mirano a dare attuazione alle disposizioni del Trattato sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione dei servizi* » (punti 73-74).

[369] Concl. Avv. Gen., Siegbert Alber, 29 maggio 2001, C-439/99, *Commissione delle Comunità europee v Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:2001:295, punto 54.

[370] Amedeo ARENA, *La nozione di servizio pubblico nel diritto dell'integrazione economica. La specificità del modello sovranazionale europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, cit. p. 103.

[371] Cfr. Cons. Stato, Ad. Gen., 16 maggio 1996, n. 90, recante parere sullo "*schema di regolamento concernente la costituzione*

delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali", in *Cons. Stato*, 1996, a. XLVII, pt. I, pp.1640-1655, nonché in Marco CAMMELLI, Alberto ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Maggioli, Rimini, 1997, pp. 407-433. Vale la pena riportare il passo integrale: « *la scelta di modellare la procedura concorsuale sulla scorta delle disposizioni contenute nel D.P.R. n. 157 del 1995 costituisce una opzione, certamente opportuna, di diritto interno, ma non un adempimento di un obbligo comunitario. Si osserva peraltro che – come esattamente rileva il Dipartimento delle Politiche Comunitarie – la materia dello schema di regolamento va considerata in riferimento alla disciplina di cui all'art. 59 del Trattato sulla libera circolazione dei servizi. In proposito, si prende atto di quanto rilevato dal cennato Dipartimento per le politiche comunitarie, e cioè del fatto che il dubbio di infrazione comunitaria per violazione dell'art. 59 del Trattato può essere superato in virtù delle disposizioni di cui agli artt. 55 primo comma e 66 del Trattato C.E.E., alla stregua delle quali ssono escluse dall'applicazione delle norme concernenti la libera circolazione dei servizi le attività che partecipano, sia pure occasionalmente, dell'esercizio dei poteri pubblici. Come esattamente sottolinea il Dipartimento delle politiche comunitarie, le norme di cui agli artt. 55 primo comma e 66 del trattato non vanno intese nel senso che le stesse richiedono un conferimento formale di poteri pubblici, né nel senso di un riferimento all'esercizio di poteri autoritativi in senso proprio, ma richiedono il sostanziale conferimento, nel quadro della partecipazione a modelli organizzativi delle p.a., di una funzione di oggettivo interesse pubblico. È in tal senso che il Dipartimento delle politiche comunitarie assume che l'esercizio di poteri e di prerogative dovrebbe costituire un attributo normale dell'esercizio dei servizi pubblici, da affidare alle società miste. Queste costituiscono, infatti, uno dei moduli di organizzazione dei servizi pubblici locali, previsti espressamente dalla legge (si veda, tra l'altro, l'art. 12 quinto comma della legge n. 498 del 1992, che fa espresso riferimento ad una gestione dei servizi pubblici « per effetto del modello organizzativo di società di cui al primo comma »): moduli, questi, che, pur se alternativi fra di loro, e pur caratterizzati dal ricorso, ai fini dell'attività, a strumenti diversi (di tipo pubblicistico e di tipo*

ritenuto che il fondamento giuridico dell'*in house providing* dovesse trovarsi in tale esenzione.[372]

A tal riguardo, occorre rammentare, anzitutto, il caso *ReData Processing*,[373] il quale rappresenta la chiave di volta nella costruzione delle esenzioni alle direttive sui contratti pubblici, avendo in radice escluso la possibilità per uno Stato membro di avvalersi delle deroghe alla libertà di stabilimento e alla libertà di prestazione di servizi in caso di esercizio di poteri pubblici (art. 51, par. 1, T.F.U.E., ex art. 45 T.C.E.) e per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica (art. 52, par. 1, T.F.U.E., ex art. 46 T.C.E.),[374] in conseguenza

---

privatistico), sono obiettivamente sullo stesso piano, costituendo tutte forme organizzative poste per lo svolgimento di un servizio pubblico » (punto 8, p. 1650).

[372] Domenico IELO, *Gli affidamenti interni negli enti locali: il caso della Provincia di Siena*, in *Amministrare*, 2006, a. XXXVI, n. 3, pp. 379-422, ritiene che « [*v*]*eniamo al fondamento normativo. Base giuridica di questa impostazione è l'articolo 45 del Trattato Ce* [...] *Quale sostanziale delegatario dell'ente pubblico, quindi, l'*in house provider *è un (occasionale) esercente di pubblici poteri* » (p. 386).

[373] C.G.C.E., 5 dicembre 1989, C-3/88, *Commissione delle Comunità europee v Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:1989:606, caso c.d. *ReData Processing*, pubblicata in Enrico CATERINI, Alessandro MAZZITELLI (a cura di), *Appalto e opere pubbliche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996, pp. 638-642, in lingua francese (nonostante la lingua processuale fosse l'italiano, essendo coinvolta la Repubblica Italiana), nonché in Christopher BRIGHT (a cura di), *Public Procurement Handbook*, Chancery Law Publishing, Chichester, 1994, pp. 667-668, in lingua inglese.

[374] L'art. 51, par. 1, T.F.U.E. (ex art. 45 T.C.E.) recita: « [*s*]*ono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro interessato, le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri* ». La norma è inserita nel capo relativo al diritto di

dell'affidamento diretto di servizi da un'amministrazione statale ad una società statale, che era stata costituita ed istituita *ad hoc* sulla base di una legge domestica, dal momento che le attività « *sono di natura tecnica e pertanto estranee all'esercizio di pubblici poteri* » (punto 13), « *senza costituire esse stesse un servizio pubblico* » (punto 26).

Tale sentenza aveva addirittura avuto ulteriori strascichi processuali per l'Italia, avendo dato luogo al caso *Lottomatica*,[375] nel quale veniva contestata l'elusione del primo giudicato, dato l'affidamento di servizi informatici mediante procedura negoziata, limitata ad un ente pubblico, per supposti motivi di natura tecnica, situazione che si è riproposta successivamente, anche per la Germania, in termini analoghi nel caso *Datenzentrale*.[376] Certamente

---

stabilimento, ma è applicabile, per richiamo diretto (operato dall'art. 62, T.F.U.E., ex art. 55, T.C.E.), anche alla libertà di prestazione di servizi. L'art. 52, par. 1, T.F.U.E., ex art. 46 T.C.E. dispone che « [*l*]*e 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* ».

[375] C.G.C.E., 26 aprile 1994, C-272/91, *Commissione delle Comunità europee v Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:1994:167, caso c.d. *Lottomatica*.

[376] C.G.C.E., Sez. IV, 15 ottobre 2009, C-275/08, *Commission des Communautés européennes v République fédérale d'Allemagne*, ECLI:EU:C:2009:632, caso c.d. *Datenzentrale Baden-Württemberg*, disponibile solo in lingua francese, oltre alla lingua originale (tedesco), con nota di Olaf OTTING, Laura SORMANI-BASTIAN, *A Review Procedure before the National Courts is not Relevant for Declaring a Failure to Fulfil an Obligation under the Treaty: A Note on Commission v Germany (C-275/08)*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, a. XIX, n. 2, pp. NA59-NA63.

interessante notare come, sul finire degli anni ’80, mentre a livello europeo si discuteva della legittimità dell’affidamento diretto per via legale, a livello locale si dubitava della legittimità della costituzione di una società di servizi informatici a fini demografici.[377]
Inoltre, merita segnalazione il caso *Selex*,[378] che aveva ad oggetto il riconoscimento della qualità di impresa e il conseguente accertamento dell’abuso di posizione dominante da parte di Eurocontrol, organizzazione europea di rango internazionale, istituita per la sicurezza e la navigazione aerea. In particolare, veniva contestata

---

[377] Cfr. Erminio FERRARI, *I servizi demografici del Comune e l’informatica tra (strutture di) diritto pubblico e (società di) diritto privato*, in *Le Regioni*, 1987, a. XV, n. 5, pp. 1263-1275, osservava come la controversia fosse incentrata sulla legittimità del ricorso a strumenti privatistici nel silenzio della legge in un ambito in cui vige « *una certa diffidenza verso un fenomeno che la legislazione positiva non offre argomenti per interdire e che tuttavia sembra apparire potenzialmente pericoloso e sospetto* » (p. 1266). Dunque, lo strumento privatistico sarebbe opzionale quando la legge non impone lo strumento pubblicistico. All’epoca, era pressante l’esigenza di « *acquisire consapevolezza del fatto che l’attività di diritto privato della pubblica amministrazione non un tipo di attività alternativo a quello di diritto pubblico, caratterizzato da maggior libertà di forme e di contenuti e quindi da utilizzare con maggior cautela, come spesso pare ritenere la giurisprudenza, ma uno dei diversi strumenti che sono a disposizione dell’amministrazione per il conseguimento degli interessi pubblici affidati alla sua cura* » (p. 1267).
[378] C.G.U.E., Sez. II, 26 marzo 2009, C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati SpA v Commissione delle Comunità europee, Organizzazione europea per la sicurezza della navigazione aerea (Eurocontrol)*, ECLI:EU:C:2009:191, con nota di Alexandr SVETLICINII, *Back to the Basics: Concepts of Undertaking and Economic Activity in the SELEX Judgement*, in *Eur. Law Rep.*, 2009, n. 12, pp. 422-427.

l'attività di assistenza svolta in favore delle amministrazioni nazionali, dal momento che « *si sarebbe in presenza di un'offerta di servizi sul mercato delle consulenze, sul quale potrebbero parimenti operare imprese private specializzate nel settore, disconoscerebbe il nesso fra questa attività e le altre attività svolte al servizio dell'interesse generale, nonché la particolare natura delle consulenze fornite da Eurocontrol* » (punto 57 delle conclusioni), come chiaramente esposto dall'Avvocato Generale Trstenjak.[379] Interessante il ragionamento implicito che può essere così esplicitato: un ente pubblico non può fornire ad altro ente pubblico alcuna attività per motivi di interesse generale quando esiste un mercato privato del medesimo servizio.
La tesi dell'Avvocato Generale nel caso *Selex* sembra riproporre le medesime argomentazioni svolte dalla Corte di Giustizia nel caso *Correos*, che vedremo più avanti, per ostacolare il diritto (esclusivo) a contrarre tra enti pubblici nell'ambito di attività liberalizzate. Purtroppo, la Corte di Giustizia non affrontava direttamente la questione, ma risolveva il dubbio con un argomento d'ordine superiore, sostenendo che « *le attività che si ricollegano all'esercizio delle prerogative dei pubblici poteri non presentano carattere economico che giustifichi l'applicazione delle norme sulla concorrenza previste dal Trattato* » (punto 70 della sentenza). In altre parole, la Corte utilizzava l'esenzione relativa alla partecipazione all'esercizio di pubblici poteri per inibire ogni accertamento sull'ipotesi dello svolgimento di attività d'impresa, al contrario di

[379] Conclusioni Avv. Gen., Verica Trstenjak, 3 luglio 2008, C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati SpA v Commissione delle Comunità europee, Organizzazione europea per la sicurezza della navigazione aerea (Eurocontrol)*, ECLI:EU:C:2008:382.

quanto deciso nel caso *ReData Processing*. In altri termini, la giurisprudenza polarizzava la dicotomia tra attività economica e attività amministrativa, per elevare la soglia del controllo giurisdizionale.
Ne emerge un quadro frastagliato in cui sono stati definiti semplicemente i limiti esterni della negoziazione tra enti pubblici, dato che la conclusione di un accordo inter-amministrativo non soddisfa le condizioni per l'applicazione dell'esenzione, ma occorre verificare il contenuto dell'attività che sarebbe connessa con l'esercizio di poteri pubblici.
Dal quadro appena delineato si ricava che, in ciascuno dei casi trattati dalla Corte di Giustizia, la legislazione dei singoli Stati membri autorizzava gli enti pubblici a concludere un accordo *inter se* per l'affidamento diretto di attività di lavori o servizi e, dunque, non era il modulo convenzionale in sé e per sé a formare l'oggetto della controversia, bensì la stessa iniziativa legislativa, come è capitato anche nel nostro ordinamento.[380] Di conseguenza,

---

[380] Cfr. deliberazione ANAC (ex AVCP, 8 febbraio 2012, n. 14, avente ad oggetto « *convenzione per la stampa e la diffusione del Bollettino Ufficiale della Regione Lazio tra Regione Lazio e Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.* », rigurda un'ipotesi in cui l'affidamento diretto è autorizzato *ex lege* regionale, rileva che « *gli affidamenti diretti all'IPZS non siano in linea con le disposizioni del Codice dei Contratti Pubblici, avendo sottratto i servizi affidati al libero gioco della concorrenza* », sostiene che « [*p*]*ur a fronte di una specifica disposizione regionale, ed inbase ai noti e consolidati principi che governano la gerarchia delle fonti normative, l'Amministrazione avrebbe dovuto, a stretto rigore, disapplicare una norma di dubbia costituzionalità, in quanto contrastante col diritto comunitario e con i principi, comunitari e nazionali, in materia di pubblici affidamenti* » e, di conseguenza, « *ritiene che la previsione contenuta nell'art. 8, comma 1, della L.R. n. 4 del 1996*

tali pronunce risulteranno ancora utili nella misura in cui le amministrazioni aggiudicatrici stipuleranno un accordo inter-amministrativo sulla base di presupposti diversi da quelli previsti dal codice dei contrati pubblici, ma in applicazione di una disposizione legislativa *ad hoc*.
Dunque, sembra possibile scorgere da tali pronunce solo i limiti esterni (dipendenti dall'attività in concreto svolta) all'efficacia di un accordo inter-amministrativo previsto dal diritto interno, in quanto compatibile con l'esenzione prevista dal Trattato, m non v'è traccia per configurare un'autonoma figura di accordo inter-amministrativo esente in ogni caso dall'applicazione delle direttive europee sui contratti pubblici.
Detto in altre parole, esistono due concezioni sulla collocazione dell'accordo inter-amministrativo rispetto all'ordinamento europeo: da un lato, si può assumere un'idea di separazione tra gli ordinamenti, tale per cui l'accordo inter-amministrativo sembra essere esente rispetto al diritto dei contratti pubblici per ragioni proprie (basti pensare a tutte le volte in cui è stata sollevata la questione in merito ad una convenzione urbanistica, a regime amministrativo, ma a contenuto negoziale), dall'altro lato, si contrappone la visione "integrazionista" tra i due ordinamenti secondo cui si dovrebbe ammettere che particolari rapporti inter-amministrativi regolati tramite accordo inter-amministrativo giustificano e rendono necessaria la costruzione di un'autonoma causa di esenzione.
Di fronte a tali concezioni formalmente disomogenee, ma sostanzialmente omologhe, il diritto interno e il diritto europeo rispondono con discipline incoerenti: infatti,

---

non sia in linea con i principi del diritto comunitario e nazionale in tema di pubblici affidamenti e libera concorrenza ».

laddove le condizioni per la conclusione di un accordo inter-amministrativo dovessero essere disponibili solo da parte degli ordinamenti nazionali, allora tale accordo non dovrà essere esentato in virtù dell'art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016, che costituisce l'unica esenzione prevista nel codice dei contratti pubblici relativa ad accordi amministrativi esenti, ma dovrà comunque essere conforme all'esenzione del Trattato per rispettare le libertà fondamentali (libertà di stabilimento e libertà di prestazione di servizio, in caso di deroga dovuta all'esercizio congiunto di poteri o alla comunanza di ragioni imperative). Tornando, dunque, al bisogno di certezza del diritto, quanto fino registrato dimostra come la codificazione dell'istituto sia stata insufficiente e, inevitabilmente, inidonea per permettere l'integrazione del sistema nazionale degli accordi inter-amministrativi (che rimarrà senz'altro efficace) con quello europeo e, dunque, viene meno la *coherence* del nuovo istituto con quelli precedenti, sia di diritto interno (anzitutto l'accordo di collaborazione *ex* art. 15, L. n. 241/1990), che di diritto europeo (le sopraddette deroghe ed esenzioni).

3. *Il trasferimento di competenze tra enti pubblici*.

Esistono ulteriori cause di esenzioni di accordi inter-amministrativi oltre a quanto previsto dal Trattato. Viene ora in rilievo la causa di esenzione in tema di trasferimento di competenze per via negoziale, prevista per la prima volta, all'art. 1, par. 4, dir. 2014/23/UE e all'art. 1, par. 6, dir. 2014/24/UE, nei seguenti termini: « [*g*]*li accordi, le decisioni o altri strumenti giuridici che disciplinano i trasferimenti di competenze e responsabilità per la realizzazione di compiti pubblici tra amministrazioni*

aggiudicatrici o associazioni di amministrazioni aggiudicatrici e non prevedono una remunerazione in cambio di una prestazione contrattuale sono considerati questioni di organizzazione interna dello Stato membro interessato e, in quanto tali, esulano del tutto dalla presente direttiva », che in occasione del recepimento delle direttive, non è stata trasporta all'interno del codice dei contratti pubblici.

Tale fattispecie risale al caso *Commissione delle Comunità europee v Repubblica Francese*,[381] che verteva sulla compatibilità con il diritto europeo di una disposizione interna che autorizzava l'affidamento diretto ad ente pubblico di un servizio mediante la conclusione di un "contratto di mandato di committenza delegata" (punto 25), avente ad oggetto compiti di assistenza amministrativa o tecnica, che come tali configura(va)no prestazioni di servizi ai sensi dell'art. 8 e dell'allegato I A della direttiva 92/50 (punto 51).

La Corte di Giustizia, da una parte, osservava che « *dalla stessa norma risulta che il committente delegato percepisce una remunerazione. Tale convenzione può quindi essere considerata come contratto a titolo oneroso concluso per iscritto* » (punto 38), dall'altra parte, riteneva che « *non è insolito, nell'ambito degli appalti pubblici, che l'amministrazione aggiudicatrice affidi ad un terzo una missione economica volta alla soddisfazione di un bisogno di interesse generale* ». Dunque, l'elemento della remunerazione risultava decisivo ai fini dell'individuazione di un contratto pubblico, mentre la destinazione del servizio alla collettività era assolutamente indifferente.

---

[381] C.G.C.E., Sez. III, 20 ottobre 2005, C-264/03, *Commissione delle Comunità europee v Repubblica francese*, ECLI:EU:C:2005:620.

Di seguito, il Giudice disconosceva la ricorrenza del controllo analogo e dell'attività prevalente tra committente e mandatario (punto 50), poi affermava che il mandatario « *non possiede un'autonomia sufficiente per essere considerato beneficiario di un trasferimento di pubblici poteri* » (punto 54), ed infine, utilizzava la tecnica del *distinguishing* rispetto al caso *Ordine degli Architetti*,[382]

[382] C.G.C.E., 12 luglio 2001, C-399/98, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, Piero De Amicis, Consiglio Nazionale degli Architetti, Leopoldo Freyrie v Comune di Milano*, ECLI:EU:C:2001:401, con nota di Simona GIRIMONTE, *La Corte di giustizia si pronuncia in materia di appalti e opere di urbanizzazione: nuove riflessioni anche alla luce delle recenti modifiche alla legge Merloni*, in *Giur. It.*, 2002, a. CLIV, pt. III, n. 11, pp. 2025-228; Mario Alberto QUAGLIA, *Le opere di urbanizzazione tra convenzioni urbanistiche e procedure di evidenza pubblica*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2001, a. XI, n. 5, pp. 842-852; Giannangelo. MARCHEGIANI, *La normativa italiana in materia urbanistica alla luce di una recente sentenza del giudice comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2001, 2001, a. XI, n. 5, pp. 852-866; Tomás-Ramón FERNANDEZ, *La sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2001 («progetto Scala 2001») ed il suo impatto nell'ordinamento urbanistico spagnolo*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2001, a. XI, n. 6, pp. 1194-1208; Giovanni CUGURRA, *Normativa comunitaria e opere di urbanizzazione*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2002, a. XVIII, n. 1, p. 199 ss; Stefano CIVITARESE MATTEUCCI, *L'esecuzione delle opere di urbanizzazione tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2002, a. I, n. 5, pp. 1361-1376. In tema di opere di urbanizzazione, Enzo ROBALDO, *La realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo nel nuovo codice*, in *Urb. e App.*, 2016, a. XX, n. 7, pp. 749-757; Valentina GASTALDO, *La realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo tra concorrenza e governo del territorio*, ETS, Pisa, 2016; Duccio M. TRAINA, *La realizzazione delle opere di urbanizzazione: le principali problematiche applicative dopo il terzo correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Giust. Amm.*, 2009, a. VI, n. 4, pubblicato on line sul sito www.giustamm.it in

per affermare che il contratto di mandato non obbliga il mandatario a seguire le procedure competitive, al contrario di quanto avviene per « *il lottizzante titolare della concessione a realizzare le opere pattuite ricorrendo alle dette procedure* » (punto 56), che si obbliga nella convenzione urbanistica a realizzare opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione.

Inoltre, v'era disomogeneità di regime tra convenzione di lottizzazione e contratto di mandato di committenza: infatti, nella convenzione urbanistica l'ente committente « *non aveva il potere di scegliere il soggetto incaricato di eseguire le opere di urbanizzazione, essendo questi individuato dalla legge in virtù della sua qualità di proprietario dei terreni oggetto della lottizzazione* » (punto 57), mentre nel contratto di mandato di committenza la legge domestica « *lascia al committente la scelta del mandatario e non prevede obblighi preventivi, per i quali la remunerazione di quest'ultimo costituirebbe un corrispettivo* » (*ibidem*).

Alla luce delle differenze di effetti (quanto all'imposizione a valle dell'obbligo di gara in capo al mandatario) e di regime (quanto alla possibilità di corrispondere una remunerazione al mandatario), il contratto di mandato di committenza delegato doveva essere assoggettato al diritto dei contratti pubblici.

---

data 15 aprile 2009; Alberto BORELLA, *L'esecuzione delle opere di urbanizzazione ed il Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. Trim. App.*, 2011, a. XXVI, n. 1, pp. 15-36; Valentina GASTALDO, *Opere integrative previste nella convenzione urbanistica e necessità di una procedura ad evidenza pubblica per la loro realizzazione*, in *Urb. e App.*, 2013, a. XVII, n. 5, pp. 503-508; Andrea MALTONI, Stefano DI LENA, *Pianificazione urbanistica e meccanismi competitivi*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2014, a. LVII, n. 2, pt. II, pp. 233-270. Cfr. Corte cost. sentt. n. 129 del 2006 e n. 269 del 2007.

Il caso *Repubblica Francese* merita attenzione per avere messo in luce le ragioni che rendono applicabile l'obbligo di gara, nonostante la legge avesse vincolato l'amministrazione aggiudicatrice ad una scelta obbligata del contraente mediante il ricorso al "contratto di mandato di committenza" (che è istituto vigente solo a partire dalle direttive del 2004). In realtà, occorre precisare che l'impossibilità di scegliere la controparte contrattuale sarà considerata come esimente solo nel caso *Asemfo*, che di seguito verrà esaminata. Per queste ragioni, la pronuncia si attaglia ai soli in casi in cui la legge non delega ad un terzo il compito di provvedere all'acquisto di commesse pubbliche, ma dispone il completo ed effettivo trasferimento di competenze giuridiche (che suppongono, per il loro concreto ed effettivo esercizio, l'approntamento di certe commesse pubbliche).

Tanto è vero che la sentenza sul caso francese è stata valorizzata dalla Commissione europea,[383] nell'ambito del documento di lavoro riguardante gli accordi inter-amministrativi, per riconoscere la libertà di riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni, definendo i limiti in cui il trasferimento di competenza maschera, in realtà, l'affidamento di un incarico di assistenza amministrativa o tecnica. A questo proposito, la Commissione europea ha riconosciuto che « [*i*]*l trasferimento di competenze per un determinato compito di interesse pubblico da un'amministrazione aggiudicatrice*

[383] Commissione europea, DG Mercato interno e servizi, Documento di lavoro dello Staff, concernente « *l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico")* », traduzione italiana non ufficiale, SEC(2011) 1169 def., in data 4 ottobre 2011, § 4.1., *Ridistribuzione delle competenze tra enti pubblici*.

ad un'altra non è retto dalle norme in materia di appalti pubblici, che si basano, in parte, sull'articolo 56 del TFUE (ex articolo 49 del TCE), ossia sulla libera prestazione dei servizi »; cionondimeno, dopo avere postulato il principio generale, veniva richiamato il caso *Repubblica Francese* per restringere il significato del trasferimento di competenze al solo caso in cui si trova il « *cessionario in piena indipendenza e sotto la propria responsabilità* », senza "controllo sul servizio".

La sentenza ha così assunto il valore di precedente giurisprudenziale che ha fondato una specifica causa di esenzione al diritto dei contratti pubblici, al ricorrere del trasferimento di competenza, così come individuato dalla motivazione e precisato dalla Commissione europea.

Da ultimo, occorre segnalare il caso *Remondis*,[384] passato in decisione a fine 2016.

La sentenza riguada un "accordo concluso tra due enti territoriali" per l'istituzione di un "consorzio intercomunale" (punto 35).

In realtà, come affermato dalla Corte di Giustizia, veniva in rilievo l'operazione "nel suo complesso e tenendo conto dell'obiettivo" (punto 37), e dunque non tanto il semplice accordo di diritto pubblico, quanto semmai il "nuovo ente di diritto pubblico" (punto 38), in quanto soggetto dotato di autonomia giuridica.[385]

Inoltre, il punto di riferimento nella controversia non stava nella verifica della conformità dell'accordo con l'esenzione posta dal caso francese, bensì della conformità con la

---

[384] C.G.U.E., Sez. III, 21 dicembre 2016, *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord v Region Hannover*, ECLI:EU:C:2016:985.

[385] Interessante notare che l'idea del consorzio veniva da Mario E. COMBA, *L'affidamento ad organismo* in house *in caso di pluralità di soci: i vantaggi dell'ipotesi consortile per il controllo analogo*, in *Urb. e App.*, 2008, a. XII, n. 5, pp. 549-554.

nozione di contratto pubblico – caratteristica questa che ha condizionato la costruzione delle esenzioni giurisprudenziali, ma che, come vedremo, dovrà essere abbandonata, stante la loro armonizzazione.
Ciò detto, il caso *Remondis* si appunta per avere dato conferma al caso *Repubblica Francese*.
Anzitutto, il ragionamento della Corte di Giustizia muove dall'adesione ad una premessa di fondo, ossia che l'operazione messa in piedi dalle amministrazioni dia luogo ad una "riorganizzazione di competenze", una "riattribuzione", ossia un "trasferimento di competenza" (punti 41 e 43), anche se il giudice del rinvio aveva in effetti contestato tale qualificazione.
A ben vedere, proprio sulla ricostruzione del fatto si gioca il giudizio di sussunzione rispetto alla nozione di contratto.
In particolare, nel dare per scontato la bontà dell'operazione controversa, le conseguenze risultavano più agevoli: infatti, un conto è verificare, dal punto di vista categoriale, la conformità di una riorganizzazione al diritto dei contratti pubblici, altro conto è riqualificare, da punto di vista concreto, un'operazione complessa per verificare la conformità al diritto dei contratti pubblici.
Su questo occorre muovere brevi considerazioni metodologiche: infatti, se è ben chiara l'intenzione di ogni giudice del rinvio di sottoporre alla Corte di Giustizia i casi dubbi, tuttavia è metodologicamente inappropriato definire elusiva un'operazione solo perché inerente al diritto dei contratti pubblici, tanto è vero che il Giudice ha avvertito che "il fatto che un'attività rientrante nella competenza di un'autorità pubblica costituisca un servizio previto dalla suddetta direttiva non è sufficiente, di per sé, a rendere la stessa applicabile" (punto 39).
In ogni caso, merita chiarire che con l'armonizzazione dell'esenzione tale metodo ricostruttivo della fattispecie

dovrà cadere nell'oblio, dato che il giudice del rinvio dovrà confrontarsi non con la nozione di appalto pubblico, ma con le condizioni dell'esenzione, cosa che renderà più semplice il quadro dell'esenzione e della conseguente elusione dell'obbligo di gara.

A questo proposito, merita segnalare le conclusioni dell'Avvocato Generale,[386] che anticipava l'impostazione della Corte, suggerendo di esaminare la fattispecie con il cannocchiale rovesciato, ossia di esaminare la legittimità dell'operazione a partire dalla nozione di appalto pubblico, secondo la *communis opinio* sull'applicazione (non importa qui se restrittiva) delle cause di esenzione al diritto dei contratti pubblici, ritenendo che « *le operazioni dirette, in sostanza, all'acquisizione a titolo oneroso, da parte di una o più amministrazioni aggiudicatrici, di beni o servizi rientrano nell'ambito di applicazione della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici qualora le condizioni di applicazione di tale normativa siano soddisfatte, e ciò nonostante il fatto che esse sino state eventualmente qualificate formalmente come atti di riorganizzazione interna* » (punto 47).

Secondo questa prospettiva, il *thema decidendum* insiste non sull'applicazione dell'esenzione, ma sulla preventiva inapplicabilità *ex post* del diritto dei contratti pubblici, a cui ogni esenzione sarebbe subordinata.

A bene vedere, si tratta di un'interpretazione dei rapporti tra disciplina generale e sistema delle esenzioni che non è pienamente coerente con la riserva di sovranità e l'autonomia legislativa degli Stati membri (posto che la nozione di contratto pubblico compete all'Unione, la

---

[386] Concl. Avv. Gen., Paolo Mengozzi, 30 giugno 2016, C-51/15, *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord v Region Hannover*, ECLI:EU:C:2016:504.

nozione di trasferimento di competenze spetta agli Stati membri).
Risolto in premessa l'accertamento della questione di fatto, la questione di diritto trovava soluzione appagante nella sentenza della Corte di Giustizia.
Anzitutto, la Corte di Giustizia riconosceva all'operazione la "tutela conferita dall'articolo 4, paragrafo 2, TUE", ascrivendo la riorganizzazione delle competenze nel novero delle questioni di identità nazionale (punto 40).
Poi, sviluppava due filoni argomentativi, verificando se la riorganizzazione in concreto prevista "soddisfa l'insieme delle condizioni poste dalla definizione della nozione di appalto pubblico" (punto 42) e se "soddisfa talune condizioni" per fruire della tutela fondata sull'identità nazionale (punto 47).
Sotto il primo profilo, la Corte notava il difetto di interesse economico, connaturato ad ogni appalto pubblico, e l'impegno a saldare "eventuali eccedenze di costi" per trarre la conseguenza che il consorzio si configura come autorità pubblica, che come tale "*non può essere assoggettata a procedura di insolvenza*" (punto 46). Il che desta interesse anche per l'ordinamento italiano, vista la fallibilità delle società pubbliche, di recente riconosciuta in via giurisprudenziale.
Sotto il secondo profilo, da una parte l'Avvocato Generale Mengozzi si soffermava sull'"irreversibilità del trasferimento" (punto 54), sulla "piena autonomia" da interferenze (punto 55), sulla "autonomia finanziaria" (punto 57), e dall'altra parte la Corte di Giustizia dava seguito a questo tipo di analisi (punti 47-51), negando l'esenzione quando "la nuova autorità competente non esercita tale competenza in maniera autonoma e sotto la propria responsabilità" (punto 51).

Infine, la Corte affermava che "il fatto che enti pubblici interessati da un trasferimento di competenza possano o meno svolgere talune attività sul mercato rientra parimenti nell'ambito dell'organizzazione interna degli Stati membri e non ha del resto rilievo alcuno quanto alla natura di un tale trasferimento" (punto 54), il che senz'altro riflette il medesimo atteggiamento della Corte in merito al riconoscimento della capacità negoziale degli enti pubblici ai fini della partecipazione alle gare, la cui attribuzione rimane di competenza statale, come emerso nel caso *CoNISMa*, già citato in precedenza.
In realtà, l'affermazione di condizioni positive per applicare l'esenzione e per configurare una riorganizzazione come tale segna il passo rispetto all'utilizzo della nozione di appalto pubblico come *passe-partout* ai fini dell'applicazione delle esenzioni.
Risulta, pertanto, necessario verificare se il medesimo cambio di passo potrà rigurdare anche il contratto di cooperazione, che dovrebbe potersi applicare imprescindibilmente una volta soddisfatti i presupposti di legge, come richiesto nei considerando delle direttive, esaminati nel primo capitolo.

4. *L'affidamento diretto sulla base di diritto esclusivo*.

Le tre direttive di ultima generazione contengono congiuntamente un'identica causa di esenzione secondo cui « [*l*]*a presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice a un'altra amministrazione aggiudicatrice o a un'associazione di amministrazioni aggiudicatrici in base a un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative o regolamentari o di disposizioni*

amministrative pubblicate che siano compatibili con il TFUE ». Come si vede si tratta dell'ipotesi dell'affidamento diretto di un contratto pubblico, avente ad oggetto lavori, servizi o forniture, che trova fondamento all'art. 10, par. 1, dir. 2014/23/UE, all'art. 11, dir. 2014/24/UE e dall'art. 22, dir. 2014/25/UE, già prevista, nel campo dei servizi, sin dalla direttiva del 1992, *sub* art. 6, dir. 92/50/CEE.[387]

A tal riguardo, è stato osservato « [*s*]*i tratta di appalto e non di un'interposizione soggettiva che colloca la nuova amministrazione nella medesima posizione di committente della prima. Quindi, allorché tale amministrazione appaltatrice affida "a valle" i contratti, non è tenuta alle regole dell'evidenza pubblica, in quanto si tratta di subappalto o comunque di rapporti necessari per eseguire l'appalto. In altri termini, l'amministrazione appaltatrice non si distingue da un qualsivoglia appaltatore. Ovviamente, non si tratta di un fenomeno riconducibile all'*in house*, e ciò per il fatto che questo avviene a favore di società e per di più di società costituita dalla stessa pubblica amministrazione procedente. Soprattuto, l'*in house *non è un fenomeno inquadrabile come appalto; tutt'al più, ricadrebbe nelle prestazioni in economia se l'importo non fosse superiore ai valori di cui agli articoli 125 o 238, comma 6. Il caso disciplinato nella norma non è nemmeno collocabile nei servizi pubblici, altrimenti il termine adoperato sarebbe stato concessione e non appalto. La norma è in fondo quella stessa che la Corte di giustizia comunitaria avrebbe applicato nel caso Teckal se*

---

[387] Giuseppe CUSUMANO, Ferdinando GATTUCCIO, *Gli appalti pubblici nelle norme internazionali e comunitarie: affidamenti diretti ex articolo 6 della direttiva 92/50*, in *Amministrare*, 2006, a. XXXVI, n. 3, pp. 299-330.

nella fattispecie non si fosse trattato di un appalto misto con prevalenza delle forniture per le quali non è contemplata una possibilità come quella prevista per i servizi ».[388]

Le differenze tra affidamento *in house* e affidamento in base ad un diritto esclusivo sono: dal punto di vista soggettivo, nel primo le parti non devono essere entrambe amministrazioni aggiudicatrici (cfr. punto 51, sentenza *Teckal*), mentre lo sono nel secondo; dal punto di vista oggettivo, nel secondo non ricorre alcuna "relazione organizzativa",[389] cosa che invece si trova nel primo. Dal punto di vista dogmatico, è stato ritenuto « *di escludere che tra le stesse potesse ritenersi sussistente un rapporto di* genus ad speciem ».[390] Ciò non toglie la possibilità che un

---

[388] Federico TITOMANLIO, *I contratti esclusi*, in Claudio FRANCHINI, Federico TEDESCHINI (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2009, Cap. XXX, pp. 367-371, cit. p. 369.

[389] Dario CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione* in house, Jovene, Napoli, 2003, p. 295.

[390] Antonio D. MAZZILLI, Giuseppina MARI, Roberto CHIEPPA, *I contratti esclusi dall'applicazione del codice dei contratti pubblici*, in Maria Alessandra SANDULLI, Rosanna DE NICTOLIS, Roberto GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, *I principi generali, i contratti pubblici, i soggetti*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 396-498, § 7.4.1. *Gli appalti di servizi affidati in base ad un diritto esclusivo ad altra amministrazione aggiudicatrice*, cit. p. 450. *Idem*, Giuseppina MARI, *Gli appalti di servizi affidati in base ad un diritto esclusivo ad altra amministrazione aggiudicatrice*, in Roberto GAROFOLI, Maria Alessandra SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/17/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 115-128. *Contra*, Eugenio PICOZZA, *Gli appalti pubblici di servizi*, Maggioli, Rimini, 1995, p. 75, che distingueva contratto d'appalto e affidamento in base ad un diritto esclusivo in virtù del fondamento

servizio *in house* sia corredato da un'esclusiva; tale situazione, davvero ibrida, è qualificabile come misura contraria alle norme dei trattati ai sensi dell'art. 106, comma 1, T.F.U.E., come esaminato dalla Commissione.[391] Merita, infine, di essere segnalata la opinione di Bovis secondo cui i contratti fondati su un diritto esclusivo sono contratti *in house*;[392] a partire da tale impostazione si muovono le ragioni per ricomprendere la cooperazione pubblico-pubblico sotto la categoria dell'*in house*

---

legale: il primo era disciplinato dal diritto europeo, il secondo dal diritto nazionale, per cui l'affidamento in base ad un diritto esclusivo sarebbe stato assimilabile all'affidamento *in house*, trovando anche questo la propria legittimazione nel diritto nazionale e, comunque, nella *ratio* secondo cui l'*in house providing* costituisce un'operazione interna alla pubblica amministrazione (come ritenuto dalla difesa in giudizio della Germania al punto 13 della sentenza *Hamburg*).

[391] Libro Verde della Commissione europeadel 21 maggio 2003, COM(2003) 270, sui "*servizi di interesse generale*", § 4.1, *Definizione degli obblighi e scelta del modello organizzativo*, osserva che « [*i*] *fornitori di servizi di interesse economico generale, compresi i fornitori di servizi in-house, sono in ogni caso imprese e quindi soggette alle norme sulla concorrenza del trattato. Le decisioni di concedere diritti speciali ed esclusivi ai fornitori di servizi in-house o di favorirli in altri modi possono costituire una violazione del trattato, nonostante la parziale tutela offerta dall'articolo 86. La giurisprudenza ne conferma la correttezza, in particolare: nel caso in cui i requisiti di servizio pubblico che il fornitore del servizio deve soddisfare non siano correttamente specificati; nel caso in cui il fornitore del servizio sia manifestamente incapace di soddisfare la richiesta; nei casi in cui esista un modo alternativo di soddisfare i requisiti con un effetto meno negativo sulla concorrenza* » (punto 80).

[392] Christopher BOVIS, *The Liberalisation of Public Procurement and Its Effects on the Common Market*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot, 1998, p. 109.

providing, dato che le tre figure esprimono con graduazioni di intensità diversa il modo in cui una pubblica Amministrazione gestisce un servizio pubblico, attraverso il ricorso di diritti esclusivi, ovvero di organizzazioni interne, ovvero mediante aggregazione.

In particolare, la giurisprudenza ha avuto occasione di definire le condizioni per le quali un contratto pubblico può essere affidato in base ad un diritto esclusivo.

Nel caso *Correos*,[393] in materia di servizi postali, l'oggetto della controversia è un "accordo di collaborazione", stipulato tra un'amministrazione statale e la società statale prestatrice del servizio postale, avente ad oggetto l'affidamento di servizi non riservati dalla direttiva di settore.

Anzitutto, veniva riconosciuto che « *è indubbio che tale rapporto debba essere qualificato come contrattuale* » (punto 54) e che non ricorre la condizione per la quale « *l'accordo di collaborazione fosse, in realtà, un atto amministrativo unilaterale che stabilisca obblighi unicamente a carico della Correos, e tale atto si discostasse sensibilmente dalle condizioni normali dell'offerta commerciale di tale società* » (punto 85), che avrebbe reso possibile l'applicazione della esenzione prevista nel caso *Asemfo*, che si esaminerà di seguito.

Poi, la sentenza osservava che secondo la legge spagnola l'impresa pubblica prestatrice del servizio universale era

---

[393] C.G.C.E., Sez. I, 18 dicembre 2007, C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v Administración General del Estado*, ECLI:EU:C:2007:815, caso c.d. *Correos*, con nota di David McGowan, *A Contract or not? A Note on Asociacion Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v Administracion General del Estado (Case C-220/06)*, in *Public Procurement Law Review*, 2008, a. XVII, n. 5, pp. NA204-NA206.

titolare il diritto esclusivo di fornire i propri servizi in favore di enti pubblici, obbligati *ex lege* a contrarre solo tale impresa pubblica, ma, nel vagliare l'ipotesi della ricorrenza dell'esenzione *Teckal*, non riconosceva il verificarsi del criterio dell'attività prevalente, che l'impresa postale avrebbe potuto in tesi svolgere nei confronti degli enti pubblici.

Con riferimento al diritto esclusivo, posto *ex lege*, la Corte di Giustizia riteneva che i servizi non riservati dalla direttiva europea non potevano formare oggetto di diritto di esclusiva per via legale, dal momento che « *gli Stati membri non hanno la facoltà di ampliare a loro piacimento i servizi riservati* » (punto 67).

In particolare, il Giudice sviluppava il suo ragionamento interpretando congiuntamente il primo e il secondo paragrafo dell'art. 106, T.F.U.E., di modo che il diritto di esclusiva era contrario all'art. 106, comma 1, T.F.U.E. (ex art. 86, par. 2, T.C.E.), essendo eccedente rispetto alla "specifica missione", tutelata dall'art. 106, par. 2, T.F.U.E. (ex art. 86, par. 2, T.C.E.), svolta dalle imprese pubbliche incaricate di un servizio di interesse economico generale. Una volta ribadito che « *gli Stati membri non hanno la facoltà di ampliare a loro piacimento i servizi riservati* » (punto 81), tale misura era ritenuta contraria al diritto europeo di fonte primaria, dato che i servizi riservati sono necessari « *affinché il servizio postale universale possa essere espletato in condizioni economicamente accettabili* » (punto 82).

I due argomenti appena svolti erano stati già utilizzati dalla Corte in due precedenti sempre relativi alla *Correos*. Con riferimento alla impossibilità di "ampliare a piacimento i servizi riservati", ritorna in mente la controversia in merito

di “autoprestazione” di servizi postali.[394] Nell’ambito di tale giudizio emergeva come il Legislatore spagnolo, nel recepire la direttiva in materia di servizi postali, prima di tentare la via del diritto di esclusiva (abortita dalla Corte), avesse provato a giustificare per via legale il ricorso all’accordo inter-amministrativo tramite l’estensione della possibilità di autoproduzione. Questo doveva avvenire attraverso la previsione della possibilità che la spedizione, estranea all’obbligo di servizio universale, fosse non solo quella compiuta dal mittente verso sé stesso, ma anche quella realizzata “avvalendosi di un soggetto che operi, in esclusiva per conto” del mittente (punto 10).

Ovviamente, questo si traduceva nella possibilità per la pubblica Amministrazione non tanto di scambiarsi documenti tramite consegne interne (senza essere obbligata a ricorrere ai servizi postali), ma principalmente nella facoltà di avvalersi di diritto della società postale di diritto pubblico (la *Correos*) per i servizi postali veri e propri. Nell’ambito di tale scenario, l’autoprestazione, così estesa, veniva respinta in quanto gli Stati membri non hanno la “facoltà di ampliare a loro piacimento i servizi riservati” (punto 24).

Dunque, l’impossibilità di riservare servizi liberalizzati (ampliando la classe dei servizi riservati) costituisce un argomento *tranchant* che ha la forza di inibire l’affidamento diretto, per via legale, ad altro ente pubblico di ogni attività liberalizzata. In altre parole, sarebbe illegittima ogni legge che autorizzasse un ente pubblico a

---

[394] C.G.C.E., Sez. V, 11 marzo 2004, C-240/02, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (Asempre), Asociación Nacional de Empresas de Externalización y Gestión de Envíos y Pequeña Paquetería v Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos, Administración General del Estado*, ECLI:EU:C:2004:140.

contrarre con altro ente pubblico quando il servizio "aggiuntivo" non risultasse necessario per la sostenibilità economica del servizio nel suo complesso.
Con riguardo alle "condizioni economicamente accettabili", tali da giustificare la deroga al regime concorrenziale, il ragionamento della Corte si poggiava su un particolare approccio economico, specificato dalla coeva e sorella sentenza sempre riguardante la *Correos*.[395]

---

[395] C.G.C.E., Sez. I, 15 novembre 2007, C-162/06, *International Mail Spain SL v Administración del Estado e Correos*, ECLI:EU:C:2007:681, sviluppa il seguente ragionamento: « *34 Secondo tale giurisprudenza, gli Stati membri possono conferire ad un prestatore del servizio postale universale, in quanto impresa cui è attribuita la gestione di un servizio di interesse economico generale, diritti esclusivi che possono restringere, o addirittura impedire, la concorrenza nella misura in cui ciò è necessario per consentirgli l'adempimento della sua funzione di interesse generale e, in particolare, di beneficiare di condizioni economicamente accettabili (v. sentenza 19 maggio 1993, causa C-320/91, Corbeau, Racc. pag. I-2533, punti 14-16). 35 A questo proposito, emerge dalla medesima giurisprudenza che non è necessario che risulti minacciato l'equilibrio finanziario o la redditività economica dell'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale. È sufficiente che, in mancanza dei diritti controversi, possa risultare compromesso l'adempimento delle specifiche funzioni assegnate all'impresa, o che il mantenimento di tali diritti sia necessario per consentire al loro titolare di adempiere le funzioni di interesse economico generale affidategli in condizioni economicamente accettabili (sentenza 17 maggio 2001, causa C-340/99, TNT Traco, Racc. pag. I-4109, punto 54). 36 In tale contesto, la Corte ha precisato che l'obbligo del titolare di questa funzione di garantire i suoi servizi in condizioni di equilibrio economico presuppone la possibilità di una compensazione tra i settori di attività redditizi e quelli meno redditizi, e giustifica quindi una limitazione della concorrenza da parte di imprenditori privati nei settori economicamente redditizi (sentenza Corbeau, cit., punto 17*) ». Sembra chiarito il fatto che un servizio di interesse

Per quanto tale ragionamento sia favorevole al mantenimento dei monopoli pubblici rispetto ad altri approcci seguiti in precedenza dalla Corte,[396] occorre osservare che il criterio dell'accettabilità delle condizioni economiche per giustificare la deroga comporta che il settore pubblico potrebbe incaricarsi nell'ambito della sua missione di interesse economico generale anche di singole attività che rendono economicamente sostenibile l'esercizio di un servizio economico.

Tale posizione sopravanza quella che tutt'oggi pervade il dibattito domestico, secondo cui un ente pubblico non può assumere come servizio pubblico (ossia come servizio di interesse economico generale), per poi esternalizzarlo, « *una nuova attività pubblica in concorrenza con quella già espletata con soddisfazione dai privati* », dal momento che « *l'intervento pubblico nella prestazione di servizi*

---

economico generale può essere conferito ad un'impresa pubblica anche quando sia già offerto sul mercato, ben potendo essere assegnata un'esclusiva proprio per consentire l'adempimento dei servizi antieconomici, che formano oggetto della "funzione" (la missione) di interesse generale, in condizioni economicamente accettabili. Dal ragionamento della Corte, sembra che i diritti di esclusiva siano separabili dai servizi di interesse economico generale, essendo quest'ultimi i soli che rispondono alla funzione di interesse generale.

[396] Per i vari orientamenti della Corte di Giustizia, Daniele GALLO, *L'art. 106 § 2 quale deroga* antitrust *atipica*, Lorenzo F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2013, pp. 118-128. Cfr. Giuseppe TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, a. I, n. 3, pp. 719-749, rammenta l'originaria interpretazione giurisprudenziale secondo cui « *spetta dunque all'impresa ovvero allo Stato dimostrare che l'applicazione delle regole di concorrenza è tale da rendere impossibile lo svolgimento dei compiti ad essa affidati* » (p. 733).

pubblici si giustificherebbe solamente quando la gestione concorrenziale di un'attività non assicuri un'adeguata tutela dei fini di interesse generale che il servizio è diretto a soddisfare »,[397] facendo leva sul principio di proporzionalità per aprire il varco al principio di concorrenza,[398] restringendo l'area del servizio pubblico a quella del fallimento del mercato, sulla base della "presunzione di libertà dei privati",[399] come confermato

---

[397] Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2016, n. 1415, *Comune di Milano v Yellow Taxi Multiservice S.r.l.*, punto 8.3, che ha riformato la sentenza di primo grado, respingendo il ricorso introduttivo. Cfr. nt. 66 in tema di principio di proporzionalità.

[398] T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 15 ottobre 2015, n. 2176, *Yellow Taxi Multiservice S.r.l. v Comune di Milano*, riformata da Cons. Stato, Sez. V, 1415/2016, citata nella nt. prec., ritiene che « *il principio di concorrenza può essere derogato se la sua applicazione rischia di compromettere la "missione di interesse generale" affidata ai soggetti pubblici, di modo che, in tal caso, lo Stato membro è legittimato a riconoscere diritti speciali ed esclusivi ad un'impresa pubblica, in deroga all'ordinaria regola della concorrenza (si veda al riguardo l'art. 106 TFUE). Ne deriva che il Trattato legittima l'intervento pubblico laddove le energie concorrenziali non assicurino un'adeguata tutela dei fini di interesse generale che il servizio è diretto a soddisfare, consentendo agli Stati membri di istituire enti pubblici o imprese pubbliche nazionali, cui sono attribuiti diritti speciali ed esclusivi, purché ciò avvenga nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza* » (punto 4.2).

[399] Marcello CLARICH, Bernardo Giorgio MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico*, in *Anal. Giur. Econ.*, 2013, a. XII, n. 2, pp. 363-381, osservano la necessità di « *mantenere le restrizioni alla concorrenza funzionali all'interesse generale e non a quelli delle categorie professionali. Tutto ciò in base al principio di proporzionalità di derivazione europea, secondo il quale la libertà dei privati si presume e i regimi di controllo amministrativo che incidono su di essa devono trovare una giustificazione in ragioni stringenti di interesse pubblico* » (p.

dalla dottrina in tema di regolazione delle attività economiche.[400]

Non è, infatti, mancata la tesi secondo la quale i diritti esclusivi[401] sono soggetti al principio di proporzionalità;[402]

---

365). Sulla proporzionalità dell'istituzione di un servizio di interesse economico generale: Leonor MORAL SORIANO, *How Proportionate Should Anti-competitive State Intervention Be*, in *European Law Review*, 2003, a. XXVIII, n. 1, pp. 112-123. Sulla proporzionalità delle modifiche dei contratti pubblici: Piotr BOGDANOWICZ, *The Application of the Principle of Proportionality to Modification of Public Contracts*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2016, a. XI, n. 3, pp. 194-204.

[400] Marcello CLARICH, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato*, in *Dir. Econ.*, 2015, a. XXVIII, n. 1, pp. 9-21, osserva che « [*i*]*l criterio guida della scelta tra controllo* ex ante *ed* ex post *è il principio di proporzionalità: alla luce dell'obiettivo d'interesse pubblico da perseguire, occorre valutare se la misura* ex post *è sufficiente a garantire quell'interesse oppure no. Solo in caso di prognosi di segno negativo, si conclude in favore della necessità di introdurre un controllo preventivo* » (p. 17). Cfr. concl. dell'Avv. Gen., M. Campos Sánchez-Bordona, 30 giugno 2016, C-171/15, *Connexxion Taxi Services BV v Staat der Nederlanden, Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV e Zorgvervoercentrale Nederland BV*, ECLI:EU:C:2016:506, in tema di applicazione del principio di proporzionalità in sede di esclusione dalla gara d'appalto con riferimento ad una causa introdotta facoltativamente da uno Stato membro: in particolare: « [*s*]*e è importante mantenere l'uguaglianza tra gli offerenti, è altrettanto importante che questi, e la stessa amministrazione aggiudicatrice, non siano esenti dall'applicazione delle regole e dei criteri generali che, in ciascuno Stato membro, disciplinano tale materia. Una di tali regole è, appunto, il criterio della proporzionalità applicabile alla causa di esclusione oggetto della presente controversia* ».

[401] Franco GHELARDUCCI, *I diritti esclusivi nell'ordinamento comunitari: problemi definitori e tendenze evolutive*, in *Riv. It. Dir.*

tale ragionamento, pur condivisibile, non si attaglia, nel suo rigore logico, alla flessibilità che richiede la materia per rendere coerenti i casi perplessi, ossia i casi che rimangono in penombra rispetto all'*hard core*, usando le parole di Hart.[403]

Pubb. Com., 2000, a. X, n. 3-4, pp. 815-838, Angelo CRISAFULLI, *I diritti speciali o esclusivi nei settori speciali*, in *Urb. e App.*, 2005, a. IX, n. 1, pp. 5-9.

[402] Roberto CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. Amm.*, 2000, a. VIII, n. 1, pp. 41-79, ritiene che « *l'amministrazione che pretenda di limitare ad un solo soggetto l'erogazione del servizio pubblico manifesta una volontà che può essere in contrasto con il principio di proporzionalità dell'azione dei pubblici poteri, ogni qualvolta l'esclusiva si affermi come limite non necessario né adeguato allo scopo pubblico di erogazione del servizio agli utenti, perché mancano ragioni tecniche o d'organizzazione (ridefinizione dei bacini di utenza, ecc.) tali da impedire la presenza di una pluralità di imprese* » (p. 73).

[403] H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, 1958, a. LXXI, n. 4, pp. 593-629: « [*t*]*here must be a core of settled meaning, but there will be, as well, a penumbra of debatable cases in which words are neither obviously applicable nor obviously ruled out. These cases will each have some features in common with the standard case; they will lack others or be accompanied by features not present in the standard case. Human invention and natural process continually throw up such variants on the familiar, and if we are to say that these ranges of facts do or not fall under existing rules, then the classifier must make a decision which is not dictated to him, for the facts and phenomena to which we fit our words and apply our rules are as it were dumb.* [...] *We may call the problems which arise outside the hard core of standard instances or settled meaning "problems of the penumbra"; they are always with us whether in relation to such trivial things as the regulation of the use of the public park or in relation to the multidimensional generalities of a constitution. If a penumbra of uncertainty must surround all legal rules, then their*

Di conseguenza, l'approccio interpretativo contrario all'intervento pubblico in attività che rendono economicamente accettabile l'incarico del servizio di interesse economico generale deve essere rivisto alla luce degli sviluppi giurisprudenziali in tema di servizi di interesse economico generale.
Occorre dunque soffermarsi a riflettere sul punto (tenendo a mente la primissima posizione favorevole, tenuta nel nostro ordinamento, all'affidamento diretto per via legale relativo al caso *Lombardia Informatica*, società regionale affidataria diretta di commesse pubbliche per via legale).[404]
Quanto al fallimento del mercato occorre rammentare che « *non può stabilirsi una relazione biunivoca tra tale fenomeno e la nozione di servizio pubblico, posto che sussistono casi di fallimento del mercato in cui i pubblici poteri non intervengono e servizi pubblici che sarebbero*

---

application to specific cases in the penumbra are cannot be a matter of logical deduction, and so deductive reasoning, which for generations has been cherished as the very perfection of human reasoning, cannot serve as a model for what judges, or indeed anyone, should do in bringing particular cases under general rules » (p. 607).

[404] Dal punto di vista storiografico, tra le vicende di affidamento diretto per via legale di appalti pubblici ad altro ente pubblico val la pena rammentare il caso *Lombardia Informatica*: cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 11 gennaio 1995, n. 54, *Commissione controllo sull'Amministrazione regionale della Lombardia v Lombardia Informatica S.p.A. e Regione Lombardia*, in *Foro Amm.*, 1995, a. LXXI, n. 4-5, pp. 1037-1041, confermata da Cons. Stato, Sez. IV, 13 febbraio 1996, n. 147, in *Giur. It.*, 1996, a. CXLVII, pt. III, sez. I, pp. 347-350. Con tali sentenze veniva tenuta ferma la legittimità dell'affidamento di servizi da Regione Lombardia a Lombardia Informatica S.p.A., disposto sulla base di una legge regionale. Nella motivazione delle sentenze il diritto europeo rimaneva sullo sfondo sulla base di argomentazione generalissima.

gestiti con maggiore efficienza in condizioni di libero mercato ».[405] D'altra parte, il Consiglio di Stato aveva riconosciuto che « *non vi è una norma che riservi al mercato e pertanto alle imprese private l'esercizio di servizi pubblici* ».[406]

Come si vede, l'argomento svolto dalla Corte si fonda sull'assunto normativo per il quale il secondo paragrafo dell'art. 106, T.F.U.E. costituisce la norma di riferimento per accertare se un diritto speciale o esclusivo costituisce "misura contraria" ai sensi del primo paragrafo. Fin qui *nulla quaestio*, a patto che un diritto speciale o esclusivo sia attribuito insieme all'assegnazione di un'attività economica (ovviamente i monopoli legali non sono per definizione monopoli pubblici).

Cionondimeno, ci sarebbe un'implicazione di tipo logico nel ragionamento della Corte di Giustizia: infatti, sembrerebbe che un diritto di esclusiva economica non possa essere conferito ad un'impresa pubblica al di là delle attività riservate a quest'ultima in quanto prestatore del servizio universale.

Seguendo questa impostazione non è mancata l'ipotesi, per ora, di scuola secondo cui l'affidamento diretto di un contratto in base ad un diritto esclusivo è escluso « *al di fuori delle ipotesi di diritti esclusivi in capo all'affidata* », con l'implicito « *divieto di stipulare* » sulla base di un diritto esclusivo « *contratti per attività che sono fornite liberamente sul mercato* ».[407]

---

[405] Amedeo ARENA, *La nozione di servizio pubblico nel diritto dell'integrazione economica. La specificità del modello sovranazionale europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 31.

[406] Cons. Stato, Sez. V, 30 agosto 2004, n. 5643.

[407] Roberto CARANTA, *Contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2012 (2° ed., 2004), p. 37.

Il ragionamento sembra inappuntabile nella misura in cui si poggia sull'equivalenza tra prestatore del servizio universale ed erogatore del servizio di interesse economico generale, ma risulterebbe viziato sul piano logico, dal momento che non è vero che le deroghe dovute all'erogazione di un servizio di interesse economico generale si realizzano attraverso il riconoscimento di diritti esclusivi: infatti, non esiste corrispondenza biunivoca tra deroga e diritti esclusivi; le ragioni per cui un'impresa pubblica gode di un trattamento differenziato non sono le medesime ragioni per cui può essere attribuito un diritto esclusivo o speciale. Queste considerazioni si ricavano da un'importante pronuncia della Corte, che ha richiamato grande eco,[408] che si riferiva al caso *BUPA*. Era stato, infatti, affermato che « *il riconoscimento di una missione SIEG non presuppone necessariamente che all'operatore preposto a tale missione venga concesso un diritto esclusivo o speciale per assolverla* ».[409]

---

[408] Andreas BARTOSCH, *The Ruling in BUPA – Clarification or Modification of Altmark*, in *Eur. State Aid Law Quart.*, 2008, a. VII, n. 2, p. 211 (editoriale), Andrea BIONDI, nota su *BUPA v Commission*, in *Eur. State Aid Law Quart.*, 2008, a. VII, n. 2, pp. 401-407, Pieralberto MENGOZZI, *La tendenza del diritto comunitario a evolversi in senso sempre più personalistico e la disciplina generale dei servizi di interesse economico generale*, in *Contr. e Impr. Eur.*, 2009, a. XIV, n. 1, p. 304-327, Wolf SAUTER, *Case T-289/03, British United Provident Association (BUPA), BUPA Insurance Ltd, BUPA Ireland Ltd v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance of 12 February 2008, nyr.*, in *Eur. Mark. Law Rev.*, 2009, a. XLVI, n. 1, pp. 269-286.

[409] Trib. C.E., Sez. III ampliata, 12 febbraio 2008, T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd, BUPA Ireland Ltd v Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:2008:29, punto 179.

Da ciò si desume, pertanto, che la *ratio* della deroga prevista dal secondo comma dell'art. 106, par. 2, T.F.U.E. non è legata al conferimento di un diritto esclusivo, ma letteralmente all'affidamento della specifica missione svolta dall'impresa pubblica.[410] Di conseguenza, non sembra utile affermare che i diritti esclusivi « *sostanzialmente* [...], *nel settore dei servizi, coincidono con le deroghe consentite dall'art. 106, c. 2, TFUE alla disciplina sulla concorrenza* »,[411] di modo da restringere le deroghe all'area dei diritti di esclusiva. Di conseguenza, non sarebbe corretto interpretare il ragionamento della Corte di Giustizia in modo tale da circoscrivere ai soli

---

[410] L'art. 106 T.F.U.E. (ex art. 86 del T.C.E.) recita quanto segue: « *1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi.*
2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale 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. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione.
3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni ».

[411] Vincenzo FERRARO, *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2014, a. XXIV, n. 3-4, pp. 835-866, cit. p. 854. Da ultimo, cfr. Vincenzo FERRARO, *La concessione e il diritto europeo: il complesso equilibrio tra la tutela della concorrenza e la "specialità" del regime dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2016, a. XXVI, n. 1, pp. 259-311.

diritti di esclusiva la deroga stabilita dalle direttive sui contratti pubblici all'obbligo di gara.
È la logica stessa delle concessioni, in realtà, che conferma la presenza di monopoli pubblici in mercati liberalizzati.[412]
Limitare il ricorso a diritti speciali o esclusivi all'ambito delle attività riservate significa vanificare l'idea stessa di diritti speciali o esclusivi, che è configurabile in quanto esistono mercati liberalizzati.
Per questa ragione, il monopsonio legale tra enti pubblici non dovrebbe contravvenire alla logica del mercato liberalizzato, e non sembra metodologicamente corretto trasferire la teoria economica avversa ai monopoli pubblici alla logica dell'affidamento diretto tra enti pubblici di commesse pubbliche, perché non fa altro che accrescere il sospetto che l'affidamento diretto sia guidato da ragioni

---

[412] Fabrizio FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, *Annali*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2007, *ad vocem*, pp. 250-277, osserva che « *alla concessione preesiste una posizione di vantaggio, quale la libertà di iniziativa economica, coinvolta nella vicenda concessoria* » (p. 257) e ritiene che « [*i*]*l tentativo, cui si faceva testé cenno, percorso da una parte della nostra scienza amministrativistica, è stato allora quello di limitare la concessione ai casi di "riserva" dell'amministrazione. In queste ipotesi (si pensi ai beni demaniali), infatti, non vi è dubbio che ciò che il privato può fare dopo la concessione gli era precluso prima, proprio perché l'attività è strettamente intrecciata ad una "situazione" riservata all'amministrazione. Un effetto accrescitivo, dunque, è indubbiamente ravvisabile, risultando dischiuso un "ambito" prima impedito. La tesi può essere arricchita o estesa con riferimento ai casi in cui al concessionario vengano attribuiti diritti speciali o esclusivi, ovvero alle ipotesi in cui la concessione è utilizzata per mantenere attività in capo a soggetti interessati dal processo di privatizzazione. Invero oggi tale impostazione può anche essere riletta come il tentativo di limitare fortemente le ipotesi di applicazione di un istituto che può avere effetti distorsivi sulla concorrenza* » (*ibidem*).

antieconomiche, per dirla con gli economisti, o da “ragioni non economiche” (espressione iconica utile a evocare ragioni extra-economiche e, significativamente, politiche o clientelari), con la terminologia usata dalla giurisprudenza della Corte in merito agli organismi di diritto pubblico, quando l’affidamento diretto dovrebbe essere giustificato proprio da ragioni di efficienza economica che rendono meno costoso la realizzazione di tale attività nell’ambito del settore pubblico rispetto al ricorso al mercato liberalizzato.
Come si vede, l’affidamento diretto in base ad un diritto esclusivo costituisce un’esenzione a metà strada tra concorrenza per il mercato e concorrenza nel mercato: infatti, l’obiettivo reale di tale esenzione non sta nel garantire gli enti pubblici titolari di mercati in esclusiva nell’affidamento diretto di commesse pubbliche (con la conseguenza che le ragioni degli operatori economici non devono essere necessariamente tutelate per via del fatto che l’attività è aperta al mercato concorrenziale), ma la questione si pone ad un livello più profondo, e dunque, la concorrenza nel mercato non suscita l’obbligo di concorrenza per il mercato, se il monopsonio pubblico fissato per via legale è giustificato da ragioni di sostenibilità economica del servizio affidato in esclusiva.

5. *Il contratto pubblico* propter legem.

Un ulteriore esenzione consiste nella possibilità di concludere un contratto pubblico *propter legem*; essa si trova al considerando (48), dir. 2014/23/UE e al considerando (34), dir. 2014/24/UE, nell’affermare che « [*i*]*n taluni casi un soggetto giuridico agisce, a norma delle pertinenti disposizioni del diritto nazionale, quale*

strumento o servizio tecnico di determinate amministrazioni aggiudicatrici, è obbligato a eseguire le istruzioni ricevute da tali amministrazioni aggiudicatrici e non ha alcuna influenza sulla remunerazione della sua prestazione. Tale rapporto puramente amministrativo, in considerazione della sua natura extracontrattuale, non dovrebbe rientrare nell'ambito di applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ». L'esenzione non ha fondamento in una disposizione normativa, ma risale alla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

In particolare, il caso *Asemfo*[413] faceva riferimento all'affidamento di lavori e si concentrava sui rapporti tra una società statale e gli enti pubblici locali che detenevano l'1% del capitale. In particolare, la Corte non riconosceva l'esenzione *Teckal*, sebbene avesse ritenuto che la società « *non possa essere considerata come un terzo rispetto alla comunità autonome che detengono una parte del suo capitale sociale* » (punto 61). In realtà, veniva posta l'attenzione sul fatto che i rapporti inter-amministrativi hanno « *formalmente carattere unilaterale* » (punto 52) e così veniva introdotta un'esenzione *ad hoc* in favore degli enti pubblici soci nella misura in cui poteva « *evincersi da tale normativa nazionale che, come per ciò che concerne lo Stato spagnolo, nell'ambito delle sue attività con queste ultime in quanto strumento esecutivo interno e servizio*

---

[413] C.G.C.E., Sez. II, 19 aprile 2007, C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) v Transformación Agraria SA (Tragsa)*, ECLI:EU:C:2007:227, con nota di Martin DISCHENDORFER, *The Compatibility of Contracts Awarded Directly to "Joint Executive Services" with the Community Rules on Public Procurement and Fair Competition: A note on Case C-295/05, ASEMFO v Tragsa*, in *Public Procurement Law Review*, 2007, a. XVI, n. 5, pp. NA123-NA130.

tecnico, la Tragsa non ha la possibilità di stabilire liberamente il costo dei suoi interventi e che i suoi rapporti con le dette comunità non sono di natura contrattuale » (punto 60). Dunque, tale esenzione *ad hoc* valeva a patto che l'ente pubblico affidatario agisse come "strumento esecutivo interno e tecnico".

Interessante notare come il Giudice europeo abbia assorbito nel giudizio un'ulteriore questione formulata, in merito alla prospettazione che l'affidamento di tali lavori possa determinare « *una distorsione significativa del mercato rilevante* » (punto 24, terza questione). L'assorbimento di tale questione portava con sé l'implicito significato che l'affidamento di lavori mediante uno strumento esecutivo interno di carattere tecnico esclude ogni distorsione della concorrenza.

Occorre, altresì, avvertire che il vigente quadro normativo europeo non risolve la questione della compatibilità con il diritto europeo primario e derivato delle disposizioni di diritto nazionale che autorizzano l'affidamento diretto di commesse pubbliche *propter legem*, quando l'ente affidatario è sì uno strumento tecnico, ma non è partecipato dall'ente affidante.

Tuttavia, la dottrina ha ritenuto che « [*d*]*all'esame della causa Asemfo, l'unica nella quale la Corte ragiona in maniera esplicita sull'articolo 106, par. 2 nell'ambito della concessione di pubblici servizi, la portata di detta norma ne esce ridimensionata solo apparentemente* [...] [la sentenza] *implicitamente lascia aperta la possibilità per gli Stati membri di servirsi della norma* [art. 106, par. 2,

T.F.U.E.] *nei confronti di settori riservati, quindi non ancora armonizzati* ».[414]
Tale questione emerge alla luce dell'art. 106, comma 1, T.F.U.E., che si oppone alle misure nazionali contrarie al diritto europeo; a tal stregua, dovrebbe essere verificata la *ratio* dell'esenzione *Asemfo*, non essendo chiaro se tale esenzione ricorre in virtù dell'affidamento previsto in forza della legge ovvero se dipende dall'assoggettamento al controllo dell'ente affidante. Il caso che segue offre degli spunti di riflessione con riferimento alla compatibilità dell'affidamento diretto fondato su un diritto di esclusiva.
Cionondimeno, con la sentenza *Asemfo*, pertanto, si è delineata una vera e propria esenzione al diritto dei contratti pubblici, fondata sul concetto di obbligazione *propter legem*, e strutturalmente diversa dall'esenzione *Teckal*, come confermato dalle disposizioni vigenti.

6. *Accordi inter-amministrativi esenti in base al diritto nazionale*.

Nei precedenti paragrafi abbiamo esaminato le esenzioni fondate su disposizioni nazioni e riconosciute dal diritto europeo. Nel presente paragrafo occorre esaminare la variegata giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha avuto ad oggetto accordi inter-amministrativi fondati su disposizioni di diritto interno, che non potevano essere ricondotte a nessuna delle predette formali cause di esenzione.

---

[414] Daniele GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e* welfare *nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 585.

Dall'esame della giurisprudenza emerge, pertanto, che le cause di esenzione formano un *numerus clausus*, che il diritto nazionale non può derogare attraverso la creazione di fattispecie atipiche.
In particolare, viene all'attenzione il caso *Jean Auroux*,[415] avente ad oggetto l'affidamento di un appalto di lavori mascherato da convenzione tra due amministrazioni aggiudicatrici, autorizzate *ex lege* alla stipula di un accordo in materia urbanistica.
Con tale sentenza è stato affermato l'obbligo di seguire le procedure competitive nella scelta del contraente, essendo irrilevante che « *in conformità al diritto nazionale, tale convenzione può essere conclusa soltanto con determinate persone giuridiche* » (punto 68).
Alcuna esimente veniva, poi, riconosciuta al fatto che la seconda amministrazione aggiudicatrice si sarebbe occupata principalmente della progettazione e sarebbe intervenuta di fatto come centrale di committenza, non essendo ammessa tale riqualificazione, dal momento che

---

[415] C.G.C.E., Sez. I, 18 gennaio 2007, C-220/05, *Jean Auroux e altri v Commune de Roanne e Société d'équipement du département de la Loire (SEDL)*, ECLI:EU:C:2007:31, con nota di Enrica ADOBATI, *La Corte di Giustizia interpreta nuovamente la direttiva sugli appalti pubblici di lavori con riferimento ad un'aggiudicazione senza gara in un caso di affidamento* in house, in *Dir. Com. Scambi Intern.*, 2007, XLVI, n. 2, pp. 324-326; Leonardo BARONI, *La sentenza* Auroux-Commune De Roanne*: una nuova pronuncia del giudice comunitario in materia di affidamento di un appalto senza procedura ad evidenza pubblica*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2007, a. XVII, n. 1, pp. 350-371; Luca GENINATTI SATÉ, *Forme e limiti di appalti di lavori tra amministrazione aggiudicatrici*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2007, a. VI, n. 3, pp. 740-747; Gabriella RONDONI, *Convenzione tra amministrazioni aggiudicatrici come appalto di lavori*, in *Urb. e App.*, 2007, a. XI, n. 5, pp. 555-561.

« *tale disposizione non è applicabile* ratione temporis » (punto 61). Allo stesso modo, era stato disconosciuto il rispetto dell'effetto utile delle direttive, discendente dal fatto che l'esecuzione dei lavori, visto il ruolo marginale della seconda amministrazione aggiudicatrice, sarebbe stata affidata a terzi secondo « *procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva per ogni appalto susseguente* » (punto 65).
La Corte di Giustizia, pertanto, rinforzava l'applicazione dell'esenzione *Teckal*, definendo *ab externo* l'oggetto dell'accordo inter-amministrativo esente, sottolineando che « *la direttiva non contiene disposizioni che consentono di escludere la sua applicazione in caso di appalti di lavori affidati tra due amministrazioni aggiudicatrici* » (punto 66). Questa osservazione veniva accompagnata dalla "postilla" dell'Avvocato Generale Kokott,[416] secondo cui non poteva trovare applicazione analogica l'esenzione valida per l'affidamento di appalti di *servizi* in base a diritti esclusivi, prevista dall'art. 6, dir. 92/50/CEE (poi art. 18, dir. 2004/18/CE, esenzione tutt'oggi vigente all'art. 11, dir. 2014/24/UE, ed estesa alle concessioni ai sensi dell'art. 10, par. 1, dir. 2014/23/UE, e ai settori speciali a mente dell'art. 22, dir. 2014/25/UE).
Solo un cenno, in realtà, va al caso *Irlanda*, dato il sostanziale *non liquet* della Grande Sezione della Corte di Giustizia, nonostante il corretto inquadramento della questione dell'affidamento diretto del servizio di ambulanza ad un ente pubblico affidato per via legale, quale misura « *contraria alle norme fondamentali del*

[416] Concl. Avv. Gen., Juliane Kokott, 15 giugno 2006, C-220/05, *Jean Auroux e altri v Commune de Roanne e Société d'équipement du département de la Loire (SEDL)*, ECLI:EU:C:2006:410, punto 80.

Trattato e, più in particolare, alla libertà di stabilimento nonché alla libera prestazione di servizi, sancite, rispettivamente, agli artt. 43 CE e 49 CE » (punto 28). Cionondimeno, la procedura di infrazione veniva respinta per difetto di prova, senza prendere posizione sulla compatibilità dell'affidamento.

Anche tale fattispecie si fondava su una normativa nazionale con la quale veniva affidata in via diretta un servizio aperto alla concorrenza.

Tale sentenza rappresenta un'occasione mancata, soprattutto se si pensa agli sviluppi che avrà la questione dell'affidamento diretto del servizio di ambulanza, sia per motivi d'urgenza che per motivi di trasporto di pazienti in ambito intraospedaliero e a domicilio, come di seguito si esporrà.

Probabilmente i tempi non erano ancora maturi, essendo mancata a quel tempo la costruzione delle ulteriori cause di esenzioni rispetto all'esenzione *Teckal*.

Un ultimo cenno merita il caso *Centro Studi Antonio Manieri*,[417] relativo ad una controversia interna alle

---

[417] Cfr. T.C.E., Sez. II, 28 gennaio 2009, T-125/06, *Centro Studi Antonio Manieri Srl v Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:T:2009:19, con nota di Zsófia PETERSEN, *Inter-istitutional Co-operation between Community Institutions: An Exception to the Public Procurement Rules:* Centro Studi Antonio Manieri Srl v Council *(T-125/06)*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, a. XVIII, n. 6, pp. NA226-NA230. Una gara, indetta dal Segretariato generale del Consiglio dell'Unione, per la gestione di un asilo destinato ai figli dei funzionari è stata revocata a fronte dell'affidamento del servizio all'OIB – Office of Infrastructure and Logistics, che è un servizio delle istituzioni europee sulla base di un accordo amministrativo. Il giudizio del Tribunale è che un « *la conclusione fra il Consiglio e l'OIB di un accordo relativo alla gestione completa di un asilo nido costituisce la conclusione di un accordo amministrativo fra due servizi delle istituzioni comunitarie*

medesime istituzioni europee, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di asilo per i funzionari del Consiglio dell'Unione Europea, in cui stranamente veniva esentato dall'applicazione delle direttive europee l'affidamento diretto ad un ente pubblico di un vero e proprio appalto di servizi, sulla base di una disposizione di diritto secondario, a dispetto della posizione restrittiva usata con analoghe disposizioni domestiche.

Anche in questo caso il cuore della controversia non era l'"accordo amministrativo", ma la disposizione di riferimento, che autorizzava la conclusione di un simile accordo esplicitamente « *la prestazione di servizi, la fornitura di prodotti o l'esecuzione di lavori* », ai sensi del regolamento d'esecuzione del regolamento finanziario delle istituzioni europee, *sub* art. 116, n. 7, in relazione alla cui legittimità la Corte non ha mosso nessuna obiezione, nonostante potesse dare luogo ad una misura contraria alla concorrenza attribuendo il diritto di esclusiva ad un soggetto pubblico mediante il ricorso all'affidamento diretto senza ricorrere alla gara tra gli operatori economici.

---

avente ad oggetto la prestazione di servizi, cui le norme in materia di appalti pubblici non sono applicabili » (punto 53). Desta preoccupazione osservare come possa essere stato giudicato compatibile con il diritto europeo dei contratti pubblici [« *la prestazione di servizi da parte dell'OIB al Consiglio non rientra nell'ambito di applicazione delle norme in materia di appalti pubblici, cosicché è esclusa una violazione delle citate disposizioni* » (punto 72)], non già l'accordo, ma il suo presupposto giuridico, ossia il regolamento d'esecuzione del regolamento finanziario delle istituzioni europee, laddove prevede, ai sensi dell'art. 116, n. 7 «[*s*]*ono considerati amministrazioni aggiudicatrici i servizi delle istituzioni comunitarie, salvo quando concludano fra loro accordi amministrativi intesi ad ottenere la prestazione di servizi, la fornitura di prodotti o l'esecuzione di lavori*».

7. *L'autonomia nell'organizzazione interna come limite all'armonizzazione del partenariato pubblico-pubblico*.

Alla luce di quanto è stato possibile osservare, in un primo momento la giurisprudenza si è occupata di accordi inter-amministrativi che erano stati previsti da fattispecie *ad hoc*, contenute nelle discipline nazionali che erano state qualificate in relazione a fattispecie esenti, ovvero sono state considerate come esenti per conto proprio.
All'esito di tale percorso, sono state individuate quattro esenzioni, tuttora vigenti nel diritto europeo, che attengono all'ipotesi in cui l'accordo inter-amministrativo si configura come atto di trasferimento di competenze, come atto di partecipazione all'esercizio di poteri, come atto di esercizio di un diritto esclusivo e come contratto obbligatorio *propter legem*.
Intorno a questa cornice si sviluppavano tre ulteriori precisazioni in merito all'accordo inter-amministrativo concluso sulla base di una disposizione nazionale e, pertanto, è stato possibile riscontrare che:
(*i*) l'accordo inter-amministrativo può essere esente solo se è esclusa *ipso jure* la scelta del soggetto affidatario di commesse pubbliche (caso *Ordine Architetti*), come avviene nel caso di convenzioni urbanistiche, in cui il lottizzante si impegna alla realizzazione di opere, a scomputo di oneri di urbanizzazione, considerato che sarà quest'ultimo, anche se soggetto privato, a dovere svolgere la gara, avendo come mandatario dell'amministrazione aggiudicatrice;

(*ii*) l'accordo inter-amministrativo non suppone la ricorrenza dei presupposti previsti per ricorrere a procedura negoziata (caso *Datenzentrale Baden-Württemberg*);
(*iii*) l'accordo inter-amministrativo non deve dare luogo necessariamente ad un'associazione di amministrazioni aggiudicatrici per l'acquisto congiunto di commesse pubbliche, in quanto « *esse applicano le norme in materia di appalti pubblici insieme, ma la loro cooperazione non è soggetta a queste regole* »,[418] trattandosi di fattispecie disciplinata dall'art. 2, par. 1, n. 1, dir. 2014/24/UE, ex art. 1, par. 9, dir. 2004/18/CE).
L'individuazione di tali esenzioni è utile in chiave ricostruttiva, dal momento che saranno comunque applicabili in via residuale laddove un accordo inter-amministrativo non fosse esente in forza dell'art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016, non potendo essere soddisfatte le condizioni per concludere un contratto di cooperazione.
D'altra parte, l'interposizione di accordi inter-amministrativi disciplinati dal diritto nazionale dimostra l'impossibilità di imbrigliare le forme di negoziazione tra enti pubblici, che potranno comunque essere soggetti al diritto dei contratti pubblici.
Di conseguenza, il contratto di cooperazione e le altre quattro esenzioni costituiscono una barriera mobile di fronte ai reflussi nazionali e, dunque, non possono assicurare *ex ante* l'effetto utile del diritto dei contratti pubblici.

---

[418] Commissione europea, DG Mercato interno e servizi, Documento di lavoro dello Staff, 4 ottobre 2011, concernente « *l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico")* », § 4.4. *Rapporto tra amministrazioni aggiudicatrici nel contesto di accordi di committenza congiunti o centrali*, pp. 24-25.

In considerazione di ciò, le fattispecie nazionali appaiono come un limite all'armonizzazione del diritto dei contratti pubblici, il che suggerirebbe di trovare una soluzione diversa rispetto all'infinito riposizionamento *ex post* della linea di sbarramento per risolvere gli *hard cases*, ripensando semmai alla costruzione delle fattispecie esenti a partire dall'individuazione delle funzioni che possono essere perseguite in modo da rendere il diritto dei contratti pubblici più coerente, piuttosto che cercare di specificare il significato formale di ciascuno dei concetti contenuti nelle singole cause di esenzione.

Muovendo da questo punto, sarà possibile rintracciare la seconda fase della ricostruzione dell'ambito degli accordi inter-amministrativi esenti dall'applicazione del diritto europeo dei contratti pubblici, ove si è incontrata la formazione di un'autonoma causa di esenzione, con presupposti propri rispetto alle altre fattispecie.

Come icasticamente affermato da Burgi, studioso che ha prefigurato il binomio cooperazione verticale/cooperazione orizzontale, « *as long as the public sector does not seek to involve the private sector at all and the (private) market is not affected, cooperation between purely public entities is a question of the member states' organisational sovereignty only, in which* EU *lacks competence to interfere. Reorganising a member state's administrative structure has never been and will never be a question of* EU *procurement law* ».[419] Il tema del contendere, dunque, ha cambiato oggetto e prospettiva: infatti, è scemata la

[419] Martin BURGI, *"In-House" Providing in Germany*, in Mario COMBA, Steen TREUMER (a cura di), *The In-House Providing in European Law*, DJØF Publishing, Copehangen, 2010, pp. 71-93, cit. p. 79-80.

preoccupazione che il diritto dei contratti potesse privatizzare il mercato dei servizi pubblici.[420]

Invero, la giurisprudenza europea (con le sentenze *Stadt Halle*, *Coditel* e *Hamburg*, che saranno esaminate nel prossimo capitolo) ha salvaguardato le barriere all'accesso del mercato dei servizi pubblici, riconoscendo alle pubbliche Amministrazioni la possibilità di adempiere a compiti di servizio pubblico mediante strumenti propri, oltre che in cooperazione, senza avvalersi di alcuna forma giuridica in particolare, e ciò, con le parole di Burgi, fintantoché il settore privato non è coinvolto e il mercato non è negativamente influenzato. Sotto questo ultimo profilo, il mercato è influenzato negativamente dalla cooperazione inter-amministrativa quando, in linea generale, l'organizzazione del servizio pubblico invade l'ambito di applicazione delle regole di concorrenza previste dal T.F.U.E., non delle libertà di stabilimento e di prestazione di servizi. In particolare, manca ancora un'analisi degli accordi inter-amministrativi alla stregua delle regole di concorrenza che disciplinano gli accordi tra imprese.

Cionondimeno, è opportuno distinguere due tipi di effetti negativi sul mercato che possono derivare dalla collaborazione tra enti pubblici: infatti, un conto è rinvenire la distorsione della concorrenza derivante dalla rendita di

---

[420] Andrea PERICU, *Il diritto comunitario favorisce davvero le privatizzazioni dei servizi pubblici?*, in *Dir. Comm. Intern.*, 2001, a. XV, n. 2, pp. 327-359, nonché in Vincenzo BUONOCORE, Gabriele RACUGNO (a cura di), *Privatizzazioni e Regioni. Atti del Convegno di Studio. Cagliari, 1-2 dicembre 2000*, Giuffrè, Milano, 2003, pp.149-190; Angelo QUIETI, Alberto ZUCCHETTI, *Normativa CE: concorrenza e gare in materia di servizi pubblici locali. Le gare per i servizi pubblici locali sono proprio imposte dalla vigente normativa CE?*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2003, a. II, n. 2, pp. 789-805.

posizione assunta attraverso l'affidamento di contratti in esclusiva -cosa che si verifica anche in caso di affidamento ad imprese private-[421], altro conto è riscontrare un effetto negativo per la concorrenza in conseguenza dell'ingresso nel mercato dei servizi pubblici in forma di cooperazione degli enti pubblici che godono di finanziamenti pubblici, come ha sottolineato la giurisprudenza della Corte.[422] A tali questioni si cercherà di dare una risposta nell'ultimo capitolo della presente ricerca.

---

[421] Phedon NICOLAIDES, Ioana Eleonora RUSU, *Competitive Selection of Undertakings and State Aid: Why and When Does It not Eliminate Advantage?*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2012, a. VII, n. 1, pp. 5-29.

[422] C.G.U.E., Sez. V, 18 dicembre 2014, C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze v Data Medical Service Srl, Regione Lombardia, Bio-Development Srl*, ECLI:EU:C:2014:2466, evidenzia che « *le disposizioni della direttiva 92/50 e la giurisprudenza della Corte non consentono di escludere un offerente, a priori e senza esami ulteriori, dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il solo motivo che, grazie a sovvenzioni pubbliche di cui beneficia, esso è in grado di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli offerenti non sovvenzionati (v., in tal senso, sentenze ARGE, EU:C:2000:677, punti da 25 a 27, nonché CoNISMa, EU:C:2009:807, punti 34 e 40)* » (punto 43).

CAPITOLO III

LA COOPERAZIONE PUBBLICO-PUBBLICO E IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. La cooperazione inter-organica: la sentenza *Teckal* e l'organizzazione *in house*. – 2. La cooperazione inter-soggettiva: cooperazione verticale e cooperazione orizzontale. – 3. La cooperazione verticale: la sentenza *Coditel* e la società pluri-partecipata. – 4. La cooperazione orizzontale: la sentenza *Hamburg* e la gestione congiunta di servizi pubblici. – 5. I requisiti del contratto di cooperazione: sviluppi giurisprudenziali e legislativi. – 6. La collocazione sistematica del contratto di cooperazione: la distinzione dei requisiti di validità della fattispecie dai presupposti per l'applicazione dell'esenzione. – 7. La compatibilità del contratto di cooperazione con la nozione di contratto pubblico e disciplina applicabile.

1. *La cooperazione inter-organica: la sentenza* Teckal *e l'organizzazione* in house.

Nel capitolo precedente sono state messe in luce somiglianze e differenze concettuali tra le fattispecie di accordi inter-amministrativi previsti dal diritto nazionale e presi in considerazione dal diritto dei contratti pubblici come esenzioni rispetto all'obbligo di gara.
Il risultato è un quadro caratterizzato dalla necessità di applicare tali esenzioni in via residuale, nell'ipotesi in cui l'accordo inter-amministrativo effettivamente concluso non sia riconducibile alla fattispecie del contratto di cooperazione prevista dall'art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016.
In questo modo, si potrebbe ammettere la possibilità di riqualificare secondo il diritto nazionale, secondo le regole dell'organizzazione pubblicistica, un accordo inter-amministrativo concluso, nell'ambito del mercato dei contratti pubblici, come contratto di cooperazione.
Di conseguenza, potrebbe risultare restituita al diritto nazionale la potestà legislativa quantomeno nella definizione *ab extra* del campo di applicazione del diritto dei contratti pubblici.
Il contratto di cooperazione non si differenzia solo dagli accordi inter-amministrativi, ma anche dal contratto *in house*, nonostante la Corte di Giustizia abbia desunto l'esenzione della cooperazione inter-amministrativa (tra enti indipendenti) dall'esenzione della cooperazione inter-organica (tra enti legati da rapporto organico).
A questo proposito, conviene rammentare un'idea alquanto diffusa in merito alla natura della cooperazione inter-amministrativa: infatti, leggendo le sentenze della Corte di Giustizia, emerge l'opinione, espressa da parte pubblica, che la cooperazione tra enti indipendenti sia "il risultato di

un'operazione interna all'amministrazione" (punto 13 della sentenza sul caso *Hamburg*, che di seguito sarà esaminata) e, pertanto, la cooperazione tra enti pubblici indipendenti sarebbe esente dall'obbligo di gara dando luogo ad un affidamento equivalente alla versione orizzontale, secondo le parole della Commissione europea, del contratto *in house*.

In particolare, il legame tra partenariato pubblico-pubblico e relazioni in house è stato sottolineato in maniera netta dalla dottrina, in virtù dello svolgimento di servizi di interesse generale.[423]

Secondo tale approccio, la cooperazione tra enti pubblici troverebbe giustificazione nell'ambito delle regole relative all'esenzione dei rapporti tra enti pubblici che costituiscono un'organizzazione *in house*, dal momento che sarebbero

---

[423] Christopher BOVIS, *The Law of EU Public Procurement*, Oxford University Press, Oxford, 2015 (2° ed., 2006), sottolinea che « *public-public partnership and in-house contractual relations between contracting authorities or undertakings upon which the former exercise control similar to that exercised over their own department and controlled entities are operationally dependent on them linking conceptually very well with service contracts relating to service of general interest or contracts having the character of a revenue-producing monopoly, and as such reflect on the positive dimension of inherent flexibility in the public procurement Directives* » (p. 679). La traduzione di chi scrive sarebbe: "il partenariato pubblico-pubblico e le relazioni in house tra amministrazioni aggiudicatrici o imprese, in base a cui le prime esercitano controllo analogo a quello esercitato sui loro uffici e sugli enti controllati, sono concretamente dipendenti tra di loro, essendo concettualmente collegati molto bene con i contratti di servizio correlati ad un servizio di interesse generale o con contratti avente la caratteristica di una remunerazione su base monopolistica, e come tali riflettono la dimensione positiva di una flessibilità intrinseca alle direttive in tema di public procurement.

entrambe forme di auto-organizzazione, quantomeno in senso lato, in virtù del suo intrinseco carattere adattativo.[424] Di conseguenza, dovrebbero assumere rilevanza nell'interpretazione del contratto di cooperazione i medesimi principi valevoli per l'*in house providing*, tra cui senz'altro il principio di eccezione, affermato dalla Corte di Giustizia nel caso ANAV, per giustificare l'interpretazione restrittiva delle esenzioni all'obbligo di gara,[425] che ha

---

[424] Marco BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. Pubb.*, 2015, a. XXI, n. 3, pp. 985-1063, § 5.3.3., osserva che l'auto-organizzazione si realizza attraverso « *schemi di comportamento adattivo che consentono al sistema di evolvere in modo ordinato ma flessibile verso il perseguimento dei suoi obiettivi* », e che « [*l*]*'auto-organizzazione consente di evitare questa rincorsa perché permette di disciplinare giuridicamente i fenomeni sociali più specifici senza aumentare il grado di dettaglio delle norme, ma affidando invece ai soggetti coinvolti nella loro applicazione la possibilità di trovare da sé – attraverso interazioni locali orientate da norme, a seconda dei casi nel senso della cooperazione o in quello della competizione – degli schemi di comportamento e degli assetti non fissi ma sufficientemente stabili attraverso cui regolare i loro rapporti* » (p. 533).

[425] C.G.C.E., Sez. I, 6 aprile 2006, C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) v Comune di Bari, AMTAB Servizio SpA*, ECLI:EU:C:2006:237, precisa che « [*v*]*a precisato che, trattandosi di un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le due condizioni enunciate al punto 24 della presente sentenza devono essere interpretate restrittivamente, e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene (v. sentenze 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I-1, punto 46, e Parking Brixen, cit., punto 63)* » (punto 26). La sentenza si concentrava su una disposizione nazionale che "non pone alcun limite alla libertà, per un ente pubblico, di scegliere tra le diverse forme di affidamento di un servizio pubblico" (punto 15) e

spinto la giurisprudenza nazionale addirittura a considerare l'*in house providing* come istituto eccezionale,[426] anche se

---

affermava che « [*u*]*na normativa nazionale che riprenda testualmente il contenuto delle condizioni indicate al punto precedente, come fa l'art. 113, quinto comma, del D.Lgs. n. 267/2000, come modificato dall'art. 14 del D.L. n. 269/2003, è in linea di principio conforme al diritto comunitario, fermo restando che l'interpretazione di tale disciplina deve a sua volta essere conforme alle esigenze del diritto comunitario* » (punto 25). Cfr. C.G.U.E., Sez. III, 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea Srl v Comune di Ponte Nossa, Servizi Tecnologici Comuni – Se.T.Co. SpA*, ECLI:EU:C:2009:532, si ritiene che « [*l*]*a circostanza che l'ente aggiudicatario si costituisca sotto forma di società di capitali non esclude in alcun modo l'applicazione dell'eccezione ammessa dalla giurisprudenza richiamata al punto precedente. Nella sentenza ANAV, la Corte ha riconosciuto l'applicabilità di tale giurisprudenza nel caso di una società per azioni* » (punto 41). Dunque, la sentenza ANAV riconosceva nell'organizzazione quasi *in house* una legittima forma di affidamento del servizio pubblico, piuttosto che una modalità di vera e propria gestione diretta del servizio pubblico.

[426] Cfr. Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, *A.S.L. n. 19 Asti v Medicasa Italia S.p.A.*, ritiene che « [*i*] *requisiti dell'*in house providing, *costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, vanno interpretati restrittivamente (C. giust. CE, 6 aprile 2006, C-410/04 e Cons. Stato, sez. II, n. 456/2007)* » (p. 20 della sentenza in formato originale, pubblicato *on line*) e che « [*l*]*'*in house, *così come costruito dalla giurisprudenza comunitaria, sembra rappresentare, più che un modello di organizzazione dell'amministrazione, un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono la previa gara* » (p. 23) ed, infine, che « [*d*]*a ciò consegue che il sistema dell'affidamento diretto, in primo luogo, costituisce eccezione di stretta interpretazione al sistema ordinario delle gare; e, in secondo luogo, deve rispondere a ben precisi presupposti (insussistenti nella controversia per cui è causa), in assenza dei quali l'affidamento è idoneo a turbare la par condicio e quindi a violare il Trattato (e le direttive)* » (p. 38).

tale orientamento iniziale sembra essere allo stato superato,[427] con il sostegno della dottrina, anche recente.[428]

Idem, Cons. Stato, Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514 (Est. Chieppa), *Ara Snc di Claudia Camiz e Francesca Farachi, Tecnicon Srl, Ditta Carlo Usai, R.o.m.a. Consorzio, Cooperativa C.b.c. Srl, Ditta Antonio Forcellino, Studio C.r.c. di Claudio Pastorello, Arkè Consorzio, Erre Consorzio, Consorzio Cb Art, Ditta Sergio Salvati, Ditta Anna De Riso Paparo, Carla Tomasi & c. Srl v Com. Roma e nei confronti di Zetema Progetto Cultura Srl*, osserva che « [*s*]*i deve tenere presente che la Corte di Giustizia ha affermato che: i requisiti dell'*in house providing*, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, devono essere interpretati restrittivamente (Corte di Giustizia, 6 aprile 2006, C-410/04). Ciò significa che l'*in house *non costituisce un principio generale, prevalente sulla normativa interna, ma è un principio derogatorio di carattere eccezionale che consente, e non obbliga, i legislatori nazionali a prevedere tale forma di affidamento* ».

[427] Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257, sostiene che « *l'affidamento diretto* in house *– lungi dal configurarsi pertanto come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locali – costituisce invece una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse, con la conseguenza che la decisione di un ente in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento diretto,* in house *(sempre che ricorrano tutti i requisiti così come sopra ricordati e delineatisi per effetto della normativa comunitaria e della relativa giurisprudenza), costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente indificiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti* ».

[428] Giova ricordare Carlo Emanuele GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. Amm.*, 2005, a. XI, n. 2, pp. 327-351, il quale sostiene che: « *l'affidamento* in house *è un*

La conseguenza principale dell'uso di tale approccio nell'interpretazione del contratto di cooperazione consiste nel ritenere che l'istituto risponde alla medesima logica del contratto *in house*, e pertanto non può assumere alcuna valenza d'ordine generale.

---

affidamento che l'ordinamento comunitario ammette, sia pure come ipotesi circondata da particolare garanzia; non ha senso, a questo punto, imporre alla legge di qualificare questa ipotesi come residuale, trattandosi, invece, di una modalità che l'ente pubblico può scegliere liberamente, in quanto è null'altro se non una particolare articolazione dell'esercizio in proprio del servizio, che è assolutamente possibile » (p. 347). Da ultimo, Claudio CONTESSA, *Le nuove regole dell'affidamento delle concessioni*, in *Urb. e App.*, 2016, a. XX, n. 8-9, pp. 933-938, sostiene che « *per il diritto UE le forme dell'autoproduzione e dell'internalizzazione (quali l'affidamento in regime di delegazione interorganica) non rappresentano eccezioni - di fatto mal tollerate - al principio liberoconcorrenziale della messa a gara, bensì forme paradigmatiche ed equiordinate di attribuzione degli appalti e delle concessioni* » (p. 935). Inoltre, Michela PASSALACQUA, *La regolazione amministrativa degli ambiti territoriali per la gestione dei servizi pubblici a rete*, in Michela PASSALACQUA (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 35-81, ritiene che « *i requisiti dell'*in house, *nato come eccezione alle regole della liberalizzazione degli acquisti, devono essere oggetto di interpretazione restrittiva perché in tale contesto e secondo tale* ratio *sono stati elaborati, ma non anche che debba essere inteso quale ipotesi eccezionale il ricorso all'affidamento* in house *di comparti non completamente liberalizzati perché prioritariamente finalizzati al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, come appunto i servizi essenziali* » (p. 49). Rosaria RUSSO, *L'immediata applicabilità dell'*in house*?*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2016, a. XXVI, n. 1, pp. 115-145, § 2, *L'*in house*: modello generale alternativo alla gara o modello eccezionale?*, pp. 124-129.

Ad avviso di chi scrive tale approccio è oramai superato, come riconosciuto dalla giurisprudenza nazionale,[429] a seguito dell'armonizzazione del contratto *in house* e del contratto di cooperazione, e pertanto tali istituti dovranno essere considerati come esenzioni proprie del diritto europeo nei cui confronti i principi dei Trattati non possono essere applicati in via prioritaria.[430] Di conseguenza, il contratto di cooperazione può anche venire giustificato da esigenze (estrenee alla logica del mercato) di autoproduzione, almeno in senso lato, ma presenta funzioni

---

[429] Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257 osserva che « [*l*]*'affidamento diretto,* in house - *lungi dal configurarsi pertanto come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locale - costituisce invece una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse, con la conseguenza che la decisione di un ente in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento diretto,* in house *(sempre che ne ricorrano tutti i requisiti così come sopra ricordati e delineatisi per effetto della normativa comunitaria e della relativa giurisprudenza), costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti (Cons. St., sez. V, 30 settembre 2013, n. 4832; sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762)* » (punto 8.2.1.2).

[430] Concl. Avv. Gen., Verica Trstenjak, C-160/08, *Commissione europea v Repubblica federale di Germania*, ECLI:EU:C:2010:67, osserva che « [*è*] *assodato che il primato applicativo del diritto derivato impedisce di invocare cause di giustificazione sancite dal diritto primario per legittimare lesioni delle libertà fondamentali, qualora il pregiudizio riguardi un settore in cui le cause di giustificazione sono soggette ad un'armonizzazione integrale* » (punto 105).

proprie rispetto al contratto *in house*, che saranno oggetto di indagine nel presente capitolo.
Detto questo, occorre esaminare da dove è nata l'idea di autoproduzione (*in house providing*) nel diritto europeo; viene anzitutto in rilievo la comunicazione della Commissione europea dell'11 marzo 1998, aderente all'opinione della dottrina,[431] che così descriveva « *gli appalti «in-house», ossia quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio, tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata* ».[432]
Come si vede, originariamente la Commissione inquadrava sotto la medesima cornice sia la relazione tra ente pubblico e società controllata (che costituisce la versione odierna di *in house providing*), sia la relazione tra enti pubblici collocati in ordini diversi all'interno dell'ordinamento (che darebbe vita a cooperazione inter-amministrativa).
A livello normativo, l'Avvocato Generale presso la Corte di Giustizia iniziava a lanciare primi segnali della necessità di riconoscere l'autonomia concettuale dell'*in house providing*, richiedendo l'affidamento a terzi ai fini della nozione di appalto pubblico (caso *RI.SAN*),[433] individuando

---

[431] Sue ARROWSMITH, *Some Problems in Delimiting the Scope of the Public Procurement Directives: Privatisations, Purchasing Consortia and In-House Tenders*, in *Public Procurement Law Review*, 1997, a. VI, n. 5, pp. 198-204. Per la ricostruzione storica, Andrea CALLEA, *Gli affidamenti "in house"*, in *Amministrare*, 2006, a. XXXVI, n. 3, pp. 331-378.
[432] Comunicazione della Commissione europea dell'11 marzo 1998, COM(98)143, avente ad oggetto "[*g*]*li appalti pubblici nell'Unione Europea*", nt 10, p. 11.
[433] Concl. Avv. Gen., Siegbert Alber, 18 marzo 1999, C-108/98, RI.SAN. v Comune di Ischia, ECLI:EU:C:1999:161, ritengono che

l'obbligo di gara solo in caso di affidamento a enti diversi (caso *ARGE*),[434] legittimando la possibilità di ricorrere a fonti proprie (caso *Teckal*),[435] qualificando il rapporto in termini di delegazione inter-organica (caso *BFI*).[436]

« [*a*]*nche un servizio «in-house», in cui la prestazione è fornita da una parte della pubblica amministrazione, sfugge alla direttiva 92/50, già per il fatto che in tal caso non sussiste alcun appalto, cioè non si affida ad un terzo lo svolgimento di una prestazione di servizio* » (punto 49). Il punto verrà ribadito nelle concl. Avv. Gen., Georges Cosmas, 1 luglio 1999, C-107/98, *Teckal v Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, ECLI:EU:C:1999:344, sottolineando la necessità « *che la controparte contrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice, il fornitore, abbia di fatto la qualità di terzo rispetto a tale amministrazione, e cioè che si tratti di una persona diversa rispetto all'amministrazione aggiudicatrice* » (punto 53).

[434] Concl. Avv. Gen., Philippe Léger, 15 giugno 2000, C-94/99, *ARGE Gewässerschutz v Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, ECLI:EU:C:2000:330, affermano che « *la direttiva è applicabile quando tale ente svolge essenzialmente la propria attività con operatori o enti territoriali diversi da quelli che compongono tale amministrazione aggiudicatrice* » (punto 93).

[435] Concl. Avv. Gen., Georges Cosmas, 1 luglio 1999, *Teckal S.r.l. v Comune di Viano (RE) e A.G.A.C. - Azienda Gas-Acqua Consorziale - di Reggio Emilia*, ECLI:EU:C:1999:344, riferiscono che « [*d*]*a quanto sopra risulta che la direttiva non si applica a casi in cui l'amministrazione aggiudicatrice ricorre a fonti proprie per la fornitura dei beni che desidera. Il diritto comunitario non impone che le amministrazioni aggiudicatrici osservino la procedura che garantisce l'effettiva concorrenza tra gli interessati nel caso in cui le autorità di cui trattasi procedano esse stesse alla fornitura di beni di cui esse abbiano necessità* » (punto 54).

[436] Concl. Avv. Gen., Antonio La Pergola, 19 febbraio 1998, C-360/96, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden v BFI Holding BV*, ECLI:EU:C:1998:71, osservano che « *non sussiste la "terzietà" e cioè la sostanziale distinzione dell'organismo ARA rispetto ai due comuni. Siamo di fronte ad una forma di delegazione interorganica*

In tale contesto, i contratti tra enti pubblici indipendenti venivano nettamente tenuti distinti dai contratti *in house* e comunque tenuti esenti rispetto all'obbligo gara, essendo qualificati come "veri e propri contratti tra amministrazioni aggiudicatrici" (caso *BFI*).[437]
Cionondimeno, l'accordo inter-amministrativo tra enti pubblici, pur potendo configurarsi come contratto esente per la prestazione di lavori, servizi o la fornitura di prodotti, veniva ricondotto dalla giurisprudenza della Corte nell'ambito dell'*in house providing*. Al riguardo, sarebbe interessante notare che la sentenza madre dell'*in house providing* avesse ad oggetto, in realtà, un caso di vera e

---

che non fuoriesce dalla sfera amministrativa dei comuni, i quali nel conferire ad ARA le attività in questione non hanno inteso in alcun modo privatizzare le funzioni precedentemente da essi svolte in quel settore » (punto 38).

[437] Concl. Avv. Gen., Antonio La Pergola, 19 febbraio 1998, C-360/96, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden v BFI Holding BV*, ECLI:EU:C:1998:71, affermano che il legislatore europeo « *si è spinto ancora più avanti esonerando dall'obbligazione di ricorrere alle procedure prescritte dalla direttiva anche i contratti veri e propri di appalto, intercorsi però tra due amministrazioni aggiudicatrici* » (punto 37, *desinit*). Interessante la versione inglese in cui il contratto "vero e proprio" viene chiamato "*genuine*". L'aggettivo "*genuine*" si trova anche nella versione inglese della proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione del 20 dicembre 2011, COM(2011) 897 def., là dove si parla di "*genuine co-operation*" (p. 36), al par. 4 dell'art. 15, in tema di "relazioni tra amministrazioni pubbliche" (molto significativa la terminologia: relazioni, invece di "appalti" o "concessioni", amministrazioni pubbliche, invece di "enti", nella versione definitiva degli articoli 17, dir. 2014/23/UE, 12, dir. 2014/24/UE e 28, dir. 2014/25/UE). Il passaggio dall'idea di "genuine contract" a quella di "genuine co-operation" suggerisce un cambiamento culturale nei confronti degli accordi inter-amministrativi e dei rapporti inter-amministrativi.

propria cooperazione inter-comunale istituzionalizzata, dato che l'affidamento del contratto in questione era intercorso tra due enti pubblici legati da un consorzio inter-comunale.

Conviene, dunque, esaminare la fattispecie dell'*in house providing*, introdotta in via giurisprudenziale attraverso l'esenzione *Teckal*,[438] consolidata dalle direttive europee del 2014 e recepita nel codice dei contratti pubblici, all'art. 5, comma 1, D.L.gs. n. 50/2016, nei seguenti termini: « [*u*]*na concessione o un appalto pubblico, nei settori*

---

[438] C.G.C.E., Sez. V, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal v Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, ECLI:EU:C:1999:562, con nota di Adrian BROWN, *Case C-107/98: Application of Directive 93/36 where a Contracting Authority Entrusts Supply of Products to a Consortium in which it has a Holding: Inapplicability of the Directive where One Contracting Authority is Supplied by Another which it Controls and which Carries Out an Essential Part of the Awarding Authority's Activities*, in *Public Procurement Law Review*, 2000, a. IX, n. 2, pp. CS41-CS44. La sentenza affermava quanto segue: « [*a*] *questo proposito, conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36, basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale 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 con gli enti locali che la controllano. Occorre pertanto 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* » (punti 50 e 51).

ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:
a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi;
c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata ».
Come si vede, l'affidamento esente all'obbligo di gara riguarda "una concessione o un appalto pubblico", secondo la fedele trascrizione delle direttive europee del 2014; tale impostazione è innovativa rispetto all'originario inquadramento dell'istituto: infatti, allo stato, organizzazione *in house* e contratto *in house* sono distinti, in precedenza si assumeva che l'*in house providing* fosse incompatibile con la nozione di contratto, ma fosse unicamente ascrivibile ad un fatto organizzativo,[439]

[439] C.G.C.E., Sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, ECLI:EU:C:2005:5, evidenzia come « *non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente*

distinta dall'amministrazione aggiudicatrice » (punto 48), in caso di ricorso all'*in house providing*. Cfr. Roberto CAVALLO PERIN, *Il modulo "derogatorio" in autoproduzione o* in house providing, in Harald BONURA, Massimo CASSANO (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Percorsi e disciplina generale*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 119-135, ritiene che « [*l*]*'organizzazione* in house *invece è un rapporto tutto interno all'amministrazione pubblica committente, dunque non può dirsi contrattuale per l'ordinamento comunitario* » (p. 122), anche se « [*u*]*na piena autonomia organizzativa, dunque la sua qualificazione sostanziale di soggetto terzo, impone di considerare il produttore come un operatore economico soggetto alla disciplina europea sulla concorrenza* » (p. 122), osserva che l'*in house providing* « *è definizione di ciò che appartiene all'organizzazione pubblica e che si pone come limite esterno alle regole sulla concorrenza dell'Unione europea che iniziano ad operare ove l'organizzazione stessa, lungi dal trattenere su di sé la produzione di beni o servizi, si rivolge a terzi* » (p. 119), sostiene che « [*n*]*on si tratta di deroga alla disciplina europea delle libertà economiche tutelate nel mercato comune, poiché il limite del potere d'organizzazione s'afferma come definizione di ciò che non è mercato* » (p. 119) ed, infine, afferma che « *la libera decisione dell'amministrazione di rivolgersi ad esso* [il mercato] *non può essere coartata per realizzare l'apertura al mercato di taluni settori di attività in cui l'amministrazione pubblica vorrebbe invece ricorrere all'autoproduzione* » (p. 120). *Idem*, Roberto CAVALLO PERIN, Dario CASALINI, *L'*in house providing*: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*, 2006, a. XIV, n. 1, pp. 51-97, spec. § 2, *L'*in house providing *come esercizio del potere di auto-organizzazione della pubblica amministrazione non soggetto alle regole di concorrenza*, pp. 59-67, ritiene che il potere di organizzazione « *non rappresenta una deroga alla disciplina europea delle libertà economiche tutelate nel mercato comune, ma è definizione di ciò che non è mercato. Infatti la disciplina della concorrenza per l'aggiudicazione degli appalti pubblici e delle concessioni presuppone un rapporto con il mercato, ma la libera decisione dell'amministrazione di rivolgersi ad esso non può essere coartata per realizzare l'apertura al mercato di taluni settori di*

seguendo l'interpretazione che era stata anticipata da Arrowsmith.[440]

La conseguenza della rilevanza dell'*in house* in termini contrattuali e della separazione concettuale rispetto all'organizzazione *in house* potrebbe trovarsi nell'estensione dell'esenzione anche ai contratti che non sono direttamente connessi con l'atto di incarico dell'affidamento, pur nel rispetto del fine istituzionale dell'organizzazione *in house*, cosa che invece veniva esclusa dalla dottrina.[441]

Inoltre, tali contratti, per essere esenti rispetto all'obbligo di gara, devono essere conclusi con un'organizzazione *in house*, che si trova alla presenza di due requisiti, ossia il controllo analogo (*sub* lett. a), art. 5, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016) e l'attività prevalente (*sub* lett. b), cit.).

---

attività in cui l'amministrazione vorrebbe invece ricorrere all'autoproduzione » (p. 59).

[440] Sue ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet and Maxwell, London, 1996, evidenzia che « [*w*]*here work is awarded to an in-house service provider which is legally parte of the purchasing authority, there is in law no contract, and the work may thus be awarded to the in-house unit without following the regulations* » (p. 118).

[441] Roberto CAVALLO PERIN, *Il modulo "derogatorio" in autoproduzione o* in house providing, in Harald BONURA, Massimo CASSANO (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Percorsi e disciplina generale*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 119-135, ritiene che « [*l*]*e convenzioni, i contratti, gli accordi aventi ad oggetto l'affidamento delle prestazioni che siano ulteriori e non meramente esecutivi rispetto a quelli costitutivi dell'organizzazione* in house *possono risultare incompatibili con l'ordinamento giuridico comunitario ove la contrattazione delle condizioni della prestazione dia prova delle autonome determinazioni del produttore (terzo)* » (p. 122).

Ovviamente, entrambi i requisiti non sono ad applicazione automatica, ma si riferiscono ad una varietà di situazioni: in particolare il controllo analogo è stato riscontrato là dove l'ente affidante è in grado di influenzare le decisioni strategiche dell'ente affidatario,[442] mentre l'attività prevalente è stata fatta coincidere con l'esercizio dell'attività nell'ambito territoriale, sul presupposto che l'estensione extraterritoriale sarebbe sintomo di vocazione commerciale,[443] come sottolineato anche dalla

---

[442] C.G.C.E., Sez. I, 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo SpA and Consorzio Alisei v Comune di Busto Arsizio and AGESP SpA*, ECLI:EU:C:2006:308, spiega che « [*p*]*er valutare se l'amministrazione aggiudicatrice eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi è necessario tenere conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest'esame deve risultare che la società aggiudicataria è soggetta ad un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società* » (punto 36).

[443] C.G.U.E., Sez. III, 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea Srl v Comune di Ponte Nossa, Servizi Tecnologici Comuni – Se.T.Co. SpA*, ECLI:EU:C:2009:532, con nota di Miriam GIORGIO, *L'*in house *pluripartecipato e il caso SEA*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, a. XVI, n. 2, pp. 129-134; Carmine VOLPE, *La Corte CE continua la rifinitura dell'*in house, *ma il diritto interno va in controtendenza*, in *Urb. e App.*, 2010, a. XIV, n. 1, pp. 43-54; Remo MORZENTI PELLEGRINI, *Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e controllo "analogo" esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali "extra-codicistiche"*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2009 a. VIII, n. 10, pp. 2246-2255; Giuseppe FIENGO, *Un utile riassunto sul tema degli "appalti in house"*, in *Rass. Avv. Stato*, 2009, a. LXI, n. 3, p. 151 (editoriale). Ivi si osserva che « [*p*]*er quanto concerne la questione se la società di cui trattasi abbia una vocazione commerciale che rende precario il controllo di enti che ne sono gli azionisti, occorre esaminare la*

Commissione nel documento di lavoro del 4 ottobre 2011.[444]

---

portata geografica e materiale delle attività di tale società » (punto 73). La sentenza SEA chiama come controllo analogo quella è che a tutti gli effetti una questione di attività, ossia di destinazione dell'attività, e dunque, di vocazione commerciale. Cfr. Mario LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'articolo 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148*, in *Federalismi*, 2011, n. 22, pubblicato *on line* sul sito www.federalismi.it in data 16 novembre 2011, nonché in *Riv. Dir. Soc.*, 2012, a. VI, n. 2, pt. 1, pp. 199-230.

[444] Commissione europea, DG Mercato interno e servizi, Documento di lavoro dello Staff, 4 ottobre 2011, concernente « *l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico")* », § 3.2.2., *Primo criterio Teckal: Il controllo necessario sull'entità in-house (dipendenza organizzativa)*, sub *Potenziale autonomia/vocazione commerciale dell'entità in-house*, rileva che « [*n*]*elle cause* Coditel *e* Sea, *la Corte ha ritenuto che se l'entità controllata assumesse una vocazione commerciale e godesse un grado di autonomia che renderebbero precario il controllo esercitato dalle autorità pubbliche che le sono associate, il primo criterio* Teckal *non sarebbe più rispettato. A questo proposito, ad esempio, occorre esaminare la portata geografica e materiale delle attività dell'entità controllata e la possibilità per quest'ultima d'instaurare relazioni con imprese private. L'assenza di vocazione commerciale da parte dell'entità controllata potrebbe essere desunta nei casi in cui la portata geografica delle attività dell'entità controllata è limitata al territorio delle amministrazioni aggiudicatrici che la detengono e la gamma delle sue attività (in altre parole il suo scopo statutario) è limitata all'esecuzione di compiti per quelle amministrazioni aggiudicatrici. Questa verifica ha portato a concludere che il controllo in-house fosse presente nelle cause* Coditel *e* Sea, *e non nella causa* Parking Brixen » (p. 11).

In realtà, questo secondo aspetto oggi è stato ridimensionato, dato che le società *in house* possono essere affidatarie anche se agiscono sul mercato nella soglia del 20% del fatturato, ai sensi dell'art. 5, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016).[445]

Entrambi i requisiti si addicono ad ogni tipo di veste organizzativa: infatti, l'organizzazione *in house*, considerata come esente, si rinviene nella "persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato" (*sic*, art. 5, comma 1, capoverso, D.Lgs. n. 50/206). Si tratta di un'opzione non nuova, che si traduce nella possibilità, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, di ricorrere come persona di diritto pubblico all'istituzione di un'azienda speciale (che è una forma di gestione di servizi pubblici tornata ad essere praticabile grazie al recente intervento della Corte dei Conti, a superamento del blocco posto dalla

---

[445] Con riferimento all'ordinamento italiano anteriore al riconoscimento della vocazione commerciale delle società *in house* per effetto del nuovo codice dei contratti pubblici, la giurisprudenza, pur richiamando il nuovo regime, ha comunque riconosciuto l'originaria facoltà delle società *in house* di estendere il proprio ambito territoriale e, dunque, di agire nel mercato dei servizi pubblici locali, partecipando a gara, senza che ciò comporti alcuna integrazione dei servizi a livello inter-comunale, dal momento che « *è assente nella legislazione italiana un obbligo di esclusiva in capo alle società* in house »; d'altra parte, la normativa italiana che vieta la partecipazione a gara di società *in house* (art. 13, D.L. n. 223/2006, conv. in L. n. 248/2006) si applica solo alle società "per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività" ed « *esclude espressamente quelle destinate allo svolgimento di servizi pubblici locali* » (*ibidem*, T.A.R. Liguria, Genova, 10 giugno 2016, n. 606, già Cons. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2362). Cfr. Micol ROVERSI MONACO, *I limiti operativi delle società partecipate per i servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2013, a. III, n. 3, pp. 89-116.

legge finanziaria per il 2002)[446] o, come persona di diritto privato, alla costituzione di una società di capitali, c.d. società *in house*,[447] che la dottrina ha definito come organizzazione "quasi *in house*".[448]
Agli effetti del diritto del diritto dei contratti pubblici (oltre che sul piano della responsabilità erariale) azienda speciale e società *in house* sono pertanto omologhe, posto che l'*in*

---

[446] Cfr. Corte Conti, Sez. Aut., deliberazione, 21 gennaio 2014, n. 2/SEZAUT/2014/QMIG concretava il proprio parere sull'art. 35, co. 8, l. n. 48/2001, che imponeva agli enti locali di trasformare le aziende speciali e i consorzi che gestiscono i servizi di rilevanza economica in società di capitali, affermando che « *va sottolineato il carattere transitorio della disposizione di cui all'art. 35, co. 8, l. n. 448/2001, la cui operatività è stata originariamente fissata al 31 dicembre 2002. Tale termine è stato prorogato al 30 giugno 2003 per effetto dell'art. 1, co. 7*-ter, *d.l. 8 luglio 2002, n. 138, convertito dalla l. 8 agosto 2002, n. 178. In mancanza di ulteriori proroghe, sembrerebbe confermata la tesi dell'abrogazione implicita, considerando le successive norme che, contemplando le aziende speciali, presuppongono la loro piena operatività* » (punto 8).
[447] Roberta OCCHILUPO, *Le società* in house, in *Giur. Comm.*, 2008, a. XXXV, n. 3, pt. II, pp. 525-560; Alberto MASSERA, *L''in house providing': una questione da definire*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, a. X, n. 8, pp. 849-854; Alberto MASSERA, *Le società pubbliche: principi di riordino del quadro giuridico. Alcune osservazioni in margine al rapporto Assonime*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, a. XV, n. 8, pp. 889-896.
[448] Concl. Avv. Gen., Christine Stix-Hackl, 23 settembre 2004, C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, § *VI – Sulle questioni pregiudiziali riguardanti gli affidamenti «quasi in house» (quarta e quinta questione pregiudiziale)*, distingue tra "affidamenti a servizi propri (cosiddetti affidamenti «in house») (gestione diretta)" e affidamenti "assegnati ad un organismo distinto dall'autorità aggiudicatrice e dotato di personalità giuridica", c.d. quasi *in house* (punto 49).

house providing in forma privatistica rappresenta una forma di esternalizzazione fittizia, come aveva già affermato la dottrina.[449]

Non può non destare attenzione, poi, il fatto che le direttive europee non abbia fatto alcun riferimento alla gestione diretta, che corrisponde all'organizzazione *in house* "pura".[450]

Ovviamente, tale forma di gestione è senz'altro esente dall'obbligo di gara, essendo pienamente riconducibile ad un fatto organizzatorio, in assenza di contratto pubblico. Dietro a tale omissione si cela una ragione normativa (e non una lacuna in senso giuridico): infatti, la tecnica legislativa usata lascia intendere che solo in caso di organizzazione "quasi *in house*" può ipotizzarsi il rischio di distorsione del mercato, in considerazione della dissociazione formale tra ente affidante ed ente affidatario (che non può ricorrere in caso di gestione diretta); di qui insorge la necessità di stabilire le regole che giustificano

---

[449] Franco Gaetano SCOCA, *Sugli affidamenti* in house*: una possibilità sempre più limitata*, in *Ragiusan*, 2008, a. XXV, n. 293/294, pp. 74-77, nonché in *Dir. e Prat. Amm.*, 2008, n. 4, p. 10 ss., osserva che « [*l*]*'affidamento* in house*, così come concepito dall'attuale giurisprudenza sia interna sia comunitaria, infatti, non sembra altro che una forma di fittizia esternalizzazione* » (p. 76).

[450] Sue ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: regulation in the EU and UK*, Sweet and Maxwell, London, 2014, Vol. 1 (3° ed., 1996), Chap. VI, *The Public Sector Rules: Which Contract are Covered?*, Sect. 9. *Exemptions and Limitation for In House Procurement and "Public-Public" Arrangements (Agreement to Acquire Supplies, Works or Service Using the Entity's Own Resources or from Another Public Body)*, § 6. *Contracts with entities subject to the control of the contracting authority–the "Teckal", or "quasi in-house", doctrine*, cit. p. 502, distingue nominalisticamente tra organizzazione "quasi *in house*" e quella "*in house* pura".

l'affidamento ad un soggetto formalmente terzo come organizzazione *in house*.

Stesso tipo di sforzo interpretativo è richiesto con riferimento al contratto di cooperazione: infatti, una volta armonizzato la fattispecie contrattuale, si deve ritenere che la necessità di disciplinare tali forme di cooperazione ricorre solo per scongiurare il rischio di distorsione della concorrenza (il che rende ragione dell'introduzione della condizione relativo allo svolgimento di attività sul mercato aperto). Di conseguenza, le forme di cooperazione disciplinate dal diritto nazionale che non hanno ad oggetto attività sul mercato aperto sono comunque esenti rispetto all'obbligo di gara (a patto di essere riconducibili ad una delle quattro esenzioni riconosciute dal diritto europeo dei contratti pubblici), al pari della gestione diretta, sebbene non espressamente considerata dalle direttive del 2014.

Soffermandosi sulla terza condizione dell'in house providing, giova anzitutto evidenziare che la partecipazione diretta di capitale privato è situazione applicabile unicamente alle organizzazioni *in house* in forma privata (essendo ontologicamente incompatibile con l'ente formalmente pubblico *in house*, come l'azienda speciale, la partecipazione privata). Il requisito sembra innovativo se si tiene conto che in origine la partecipazione pubblica avrebbe dovuto essere totalitaria, secondo quanto previsto dalla sentenza del caso *Stadt Halle*.[451]

---

[451] C.G.C.E., Sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, ECLI:EU:C:2005:5, con note di Angelo CLARIZIA, *Il privato inquina: gli affidamenti* in house *solo a società a totale partecipazione pubblica*, in *Giust. Amm.*, 2005, a. II, n. 1, pp. 196-198; Rosanna DE NICTOLIS, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti* in house *e a società*

In realtà, il riconoscimento dell'affidamento diretto a società miste era stato affermato dalla sentenza *Acoset*;[452] dunque, il risultato normativo sembra *prima facie* essere il medesimo rispetto al risultato raggiunto dalla giurisprudenza.

A ben vedere, la norma sembra raggiungere un risultato ulteriore: infatti, le direttive europee intendono qualificare anche la società mista come organizzazione *in house*, il che

---

mista, in *Urb. e App.*, 2005, a. IX, n. 3, pp. 295-310; Giuseppe Franco FERRARI, *Servizi pubblici locali ed interpretazione restrittiva delle deroghe alla disciplina dell'aggiudicazione concorrenziale*, in *Dir. Pubb. Comp. Eur.*, 2005, a. VIII, n. 2, pp. 829-833; Vincenzo FERRARO, *La nuova ricostruzione dell'*in house providing *proposta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2005, a. XV, n. 3-4, pp. 1004-1023; Elisa SCOTTI, *Le società miste tra* in house providing *e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2005, a. IV, n. 3, pp. 665-675; Riccardo URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è «casa» per le società a capitale misto*, in *Foro it.* 2005, a. CXXX, n. 3, pt. IV, pp. 136-140. La sentenza stabilisce che « *la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi* » (punto 49).

[452] La società mista pubblico-privata era stata già ritenuta compatibile con il diritto dei contratti pubblici e con i Trattati europei, in base alla sentenza della C.G.C.E., Sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, *Acoset SpA v Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa* et alii, ECLI:EU:C:2009:628, con la precisazione che « *una società a capitale misto, pubblico e privato, come quella di cui trattasi nella causa principale deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione e che qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe un obbligo di indire una gara* » (punto 62).

peraltro mette a tacere le controversie insorte in ordine alla legittimità degli affidamenti diretti a Cineca in quanto ente misto, da considerarsi come organizzazione *in house*.[453]

---

[453] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 25 maggio 2015, n. 2660 (riforma della sentenza del T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 4 aprile 2014, n. 559, *Be Smart S.r.l. v Università della Calabria e Consorzio Interuniversitario Cineca*;), con note di Luca ANNIBALI, *Ancora sulla partecipazione privata all'*in house, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2015, a. XXI, n. 6, pp. 787-795; Stefano Salvatore SCOCA, *L'*in house providing *frazionato e la natura "funzionale e cangiante" dell'ente pubblico*, in *Riv. Trim. App.*, 2015, a. XXX, n. 3, pp. 40-47. Vincenzo ZENO-ZENCOVICH, *Università e disciplina degli appalti. Concorrenza, servizi "*in house*" e prospettive evolutive*, in *Munus*, 2015, a. V, n. 2, pp. 455-465. Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 30 gennaio 2015, n. 298, avente ad oggetto "*affidamento in via diretta al CINECA, da parte del MIUR, di servizi nel campo dell'informatica, concernenti il sistema universitario, della ricerca e scolastico*", con note di Antonio BARTOLINI, *Prime pronunce giurisprudenziali sull'*in house *nella Dir. 2014/24/UE: il caso CINECA*, in *Giur. It.*, 2015, a. CLVII, n. 8-9, pp. 1977-1983; Gherardo CARULLO, *Luci ed ombre sulla legittimità dell'affidamento* in house *al CINECA*, in *Giust. Amm.*, 2015, a. XII, n. 2, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 11 febbraio 2015; Giulio VELTRI, In house *e anticipata efficacia della direttiva 2014/24/UE*, in *Urb. e App.*, 2015, a. XIX, n. 6, pp. 667-676. Sulle pronunce del Consiglio di Stato: Aurora DONATO, *Affidamenti* in house *e partecipazione pubblica totalitaria: lo strano caso del CINECA*, in *Foro Amm.*, 2016, seconda serie, a. III, n. 2, pp. 503-523; Antonella SAU, *Dubbi e certezze sulla natura* in house providing *del Cineca*, in *Munus*, 2015, a. V, n. 2, pp. 467-490; Gianluca ZARRO, *Il Consiglio di Stato e le "mobili frontiere" dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2015, a. V, n. 2, pp. 491-504. Per uno sguardo complessivo: Sergio FOÀ, Michele Ricciardo CALDERARO, *Il partenariato tra università ed enti locali: strumenti pattizi e modello fondazionale*, in *Federalismi*, 2016, n. 4, pubblicato *on line* sul sito www.federalismi.it in data 24 febbraio 2016 e Allegra CANEPA, *Università come operatore economico nell'appalto di*

Dunque, se una società mista può essere considerata come organizzazione *in house*, la volontà del Legislatore europeo non sembra diretta a confermare la gara a doppio oggetto (già ammessa),[454] ma a dare legittimazione, nell'alveo del diritto europeo, all'affidamento diretto di appalti e concessioni disposti sulla base della "legislazione nazionale" (*sic*, art. 5, comma 1, cit.).
Una volta riconosciuti gli affidamenti diretti autorizzati *ex lege*, si apre la questione intorno all'oggetto dell'affidamento; ad avviso di chi scrive, sembra che la norma non voglia riferirsi al medesimo oggetto contrattuale conferito mediante gara (altrimenti essendo del tutto pleonastica), ma voglia autorizzare contratti ulteriori, che sarebbero giustificati a livello europeo, benché legittimati solo dal diritto nazionale.

---

servizi, in Giovanna COLOMBINI (a cura di), *Finanziamento, competizione ed* accountability *nel governo dell'Università*, tomo II, *Il finanziamento della Università*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 445-460; Cesare AMICONI, *Le università come operatori economici affidatari di servizi sul mercato*, pubblicato *on line* sul sito www.altalex.it in data 7 gennaio 2015; A.V.C.P., audizione 7 luglio 2010, recante "*osservazioni sul documento di base "problematiche relative alla partecipazione alle gare di cui al D.lg. n. 163/2006 delle Università e degli istituti similari"*"; A.G.C.M., segnalazione 10 settembre 2010, AS755, recante "*gestione informatizzata degli atenei universitari*"; A.G.C.M., segnalazione 27 agosto 2013, AS1075, recante "*affidamento in via diretta a Cineca di servizi nel campo dell'informatica relativi al sistema universitario della ricerca e scolastico*".

[454] Cfr. comunicazione interpretativa Commissione Europea, sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI), C(2007)6661, in data 5 febbraio 2008. In dottrina, di recente, Roberta OCCHILUPO, Giacomo ROMA, *Le società miste affidatarie di servizi pubblici locali: un'analisi degli assetti di* governance, in *Anal. Giur. Econ.*, 2016, a. XIV, n. 2, pp. 495-514.

La copertura europea degli affidamenti diretti ulteriori alla gara si trova nella misura in cui possono risultare "in conformità ai Trattati": questo significa che la legislazione nazionale può eludere l'obbligo di gara il campo del diritto dei contratti pubblici, a patto che tale misura legislativa sia conforme all'art. 106 (ex 86), par. 1, T.F.U.E., che fa divieto agli Stati membri di emanare o mantenere alcuna misura, anche legislativa, contraria ai Trattati. In particolare, siccome la giurisprudenza ha escluso la legittimità di disposizioni nazionali che consente l'affidamento diretto di "concessioni di servizi pubblici" senza procedura concorrenziale,[455] sembra corretto

[455] Cfr. (*i*) C.G.C.E., Sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, ECLI:EU:C:2005:605: « [*n*]*e consegue che gli Stati membri non devono mantenere in vigore una normative nazionale che consente l'attribuzione di concessioni di pubblici servizi senza gara, giacché una simile attribuzione viola gli art. 43 CE o 49 CE o i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza* » (punto 52); (*ii*) C.G.C.E., Sez. I, 6 aprile 2006, C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) v Comune di Bari, AMTAB Servizio SpA*, ECLI:EU:C:2006:237: « [*r*]*isulta inoltre dall'art. 86, n. 1, CE che gli Stati membri non possono mantenere in vigore una normativa nazionale che consenta l'affidamento di concessioni di servizi pubblici senza procedura concorrenziale, poiché un simile affidamento viola gli artt. 43 CE o 49 CE o ancora i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza (sentenza Parking Brixen, cit., punto 52)* » (punto 23); (*iii*) C.G.U.E., Sez. III, 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea Srl v Comune di Ponte Nossa, Servizi Tecnologici Comuni – Se.T.Co. SpA*, ECLI:EU:C:2009:532, punto 68 e C.G.C.E., Sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/06, *Acoset SpA v Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa* et alii, ECLI:EU:C:2009:628: « [*r*]*isulta inoltre dall'art. 86, n. 1, CE che gli Stati membri non possono mantenere in vigore una normativa nazionale che consenta l'affidamento di concessioni di*

prefigurare l'ammissibilità dell'affidamento diretto in via legale non di un servizio pubblico, ma di contratti pubblici relativi ad attività accessorie, come peraltro era accaduto negli anni novanta ad opera del Legislatore italiano proprio in favore di società affidatarie di servizi pubblici locali,[456] che aveva aperto dibattito e contenzioso.[457]

Il fatto, poi, che la proprietà dell'organizzazione *in house* possa essere mista non comporta la sua automatica

---

servizi pubblici senza procedura concorrenziale, poiché un simile affidamento viola gli artt. 43 CE o 49 CE o ancora i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 23) » (punto 50).

[456] D.P.R. 16 settembre 1996, n. 533, Regolamento recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali, sin dall'art. 1, ove si prevedeva, al comma 1, che « [*p*]*er l'esercizio di servizi pubblici e per la realizzazione delle opere accessorie connesse, necessarie al loro corretto svolgimento, la costituzione delle società di cui all'art. 12, comma 1, della L. 23 dicembre 1992, n. 498, ed all'art. 4 del D.L. 31 gennaio 1995, n. 26, convertito, con modificazioni, dalla L. 29 marzo 1995, n. 95, è promossa da uno o più enti locali. Di tali società possono essere soci le regioni, altre amministrazioni pubbliche, anche statali, e società a partecipazione pubblica* ». Cfr. Cons. Stato, Ad. Gen., 16 maggio 1996, n. 90, recante parere sullo "schema di regolamento concernente la costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali", in *Cons. Stato*, 1996, a. XLVII, pt. I, pp. 1640-1655, nonché in Marco CAMMELLI, Alberto ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Maggioli, Rimini, 1997, pp. 407-433, sottolinea « *lo specifico vincolo di accessorietà, che deve legare la realizzazione delle opere allo svolgimento del servizio* ». *Idem*, Cons. Stato, Sez. II, 28 febbraio 1996, n. 366, richiesto dal Ministero Lavori Pubblici, in *Cons. Stato*, 1996, a. XLVII, pt. I, pp. 1428-1430.

[457] Sulla disciplina dell'affidamento diretto in via legale dei contratti accessori: Giuseppe MORBIDELLI, *Società miste, servizi pubblici e opere accessorie*, in *Riv. Trim. App.*, 1997, a. XII, n. 3-4, pp. 493-518.

vocazione commerciale, finché si ritiene esclusa tale qualità dalla presenza del controllo analogo, come sopra esaminato e confermato in dottrina,[458] essendo ininfluente l'assetto della proprietà rispetto agli obiettivi di gestione.[459]

---

[458] Carlo Emanuele GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. Amm.*, 2005, a. XIII, n. 2, pp. 327-351, sostiene che « [*n*]*on può ritenersi che la presenza di un socio privato sia, di per sé, un elemento che perturba a tal punto l'organizzazione societaria e vada ad impedire all'amministrazione di configurare correttamente le proprie determinazioni. È ovvio che la presenza del privato introduce un elemento di differenziazione, ma è tutto da dimostrare che quel privato, nel momento in cui entra nella società, si voglia comportare in modo da sovvertire quella che è la normale formazione della volontà sociale, in qualunque organismo nel quale vi sia una maggioranza ed una minoranza* » (p. 348).

[459] Roberto CAVALLO PERIN, *Il modulo "derogatorio" in autoproduzione o* in house providing, in Harald BONURA, Massimo CASSANO (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Percorsi e disciplina generale*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 119-135, segnala che « [*l*]*a classica distinzione tra proprietà e gestione offerta per le società commerciali a partire dagli anni trenta consente di riconoscere che il controllo analogo appartiene alla gestione, mentre la titolarità delle quote di capitale pubbliche o private, con la relativa possibile frammentazione o parcellizzazione, attiene alla proprietà* » (p. 124). e soggiunge che « *una parcellizzazione della partecipazione alle quote di capitale non impedisce di per sé un "controllo analogo"* » (p. 125). Come ivi cit., la distinzione tra proprietà e controllo risale a Adolf A. BERLE, Gardiner C. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, Harcourt Brace & Word, New York, 1968 (2° ed., 1932), riedito nel 2009 con l'introduzione di Murray Weidenbaum e Mark Jensen con la casa editrice Transaction Publishers, New Brunswick. Cfr. Marco DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. Trim. App.*, 2003, a. XVIII, n. 3, pp. 519-539; Ugo MATTEI,

Passando all'esame parallelo tra *in house providing* e contratto di cooperazione si può osservare che la esenzione *Teckal* opera « *indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno* »[460] e, dunque, l'ente controllato non deve necessariamente essere soggetto all'obbligo di gara per essere affidatario del servizio, al contrario il contratto di cooperazione presuppone che tutti gli enti partecipanti siano amministrazioni aggiudicatrici.
D'altra parte, se è pure vero che l'ente *in house* è soggetto al diritto dei contratti pubblici, in quanto amministrazione

---

Qualche riflessione su struttura proprietaria e mercato, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1997, a. XV, n. 1, pp. 19-38; Andrea BOITANI, *Considerazioni economiche in tema di proprietà pubblica e privata nelle* utilities, in *Munus*, 2011, a. I, n. 2, pp. 515-524, osserva che « [*g*]*li economisti guardano agli incentivi per i soggetti pubblici e privati che un certo assetto della proprietà e una certa forma societaria implicano. se, mantenendo il controllo pubblico della proprietà, il passaggio dalla forma dell'ente pubblico a quella società per azioni non modifica sostanzialmente la natura degli incentivi per i vari soggetti coinvolti, per un economista non si può parlare di privatizzazione* » (p. 516), e avverte che « [*q*]*uando si verifichino circostanze che non sono previste nel contratto incompleto è cruciale capire chi abbia i diritti residuali di controllo, perché il fatto che tali diritti siano in mano di un'impresa privata o di un'impresa pubblica modifica gli incentivi e quindi i comportamenti e il potere contrattuale dei soggetti nella fase di esecuzione del contratto* » (p. 517). Cfr. Eugene FAMA, Michael C. JENSEN, *La separazione della società dal controllo*, in Giorgio Brosio, *La teoria economica dell'organizzazione*, Il Mulino, Bologna, 1989, pp. 213-247, collana *Quaderno* di *Problemi di Amministrazione pubblica*, n. 13 Formez.

[460] C.G.C.E., Sez. V, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal v Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, ECLI:EU:C:1999:562, punto 51.

aggiudicatrice,[461] cionondimeno questo aspetto non è necessario ai fini dell'affidamento del contratto pubblico da parte dell'ente controllante.
L'assenza di tale qualità al momento dell'affidamento del contratto suggerisce l'idea che l'esenzione dell'accordo inter-amministrativo dipenda dalla partecipazione di amministrazioni aggiudicatrici in quanto tali (che comporta il normale assoggettamento alle direttive europee) e, quindi, che proprio la necessaria comunanza della natura di amministrazione aggiudicatrice tra gli enti pubblici partecipanti rende incompatibile l'affidamento di commesse pubbliche tra amministrazioni aggiudicatrici alla logica dell'autoproduzione e, dunque, l'esenzione sembra ascrivibile a ragioni d'opportunità legislativa diverse dalla logica dell'*in house providing*.
Se si osserva, poi, il criterio del controllo analogo, si può notare che l'accordo di cooperazione non richiede alcuna soggezione tra gli enti partecipanti, anzi si potrebbe dire che l'indipendenza è il presupposto logico della cooperazione; e questo assunto vale anche secondo una logica economica, infatti, gli operatori economici possono lamentare una violazione dell'obbligo di gara proprio per il fatto che è stato affidato un contratto ad un soggetto terzo che opera sul mercato.
A questo proposito, la Corte di Giustizia ha ritenuto che « *qualsiasi attività dell'ente affidatario che sia rivolta a persone diverse da quelle che lo controllano, ossia a persone che non hanno alcuna relazione di controllo con tale ente, quand'anche si trattasse di amministrazioni pubbliche, deve essere considerata come svolta a favore di*

[461] Per il regime delle gare della società *in house*, Micol ROVERSI MONACO, *Società* in house *e gare*, in *Riv. Trim. App.*, 2011, a. XXVI, n. 3, pp. 625-650.

terzi ».[462] Come visto, tale pronuncia desta interesse ai fini della nozione di "fornitore interno" rispetto alla definizione di distorsione della concorrenza elaborata dalla Commissione con comunicazione del 19 luglio 2016; e diventa senz'altro determinante, ai presenti fini, per smentire ogni possibile interferenza logica e giuridica tra organizzazione *in house* e contratto di cooperazione, proprio alla luce del criterio della terzietà, messo in luce già dall'Avvocato Generale nel caso *Teckal*.[463]

Di conseguenza, il contratto di cooperazione non è strutturalmente analogo al contratto *in house*, anche se funzionalmente rappresenta uno strumento di autoproduzione in senso lato, compatibile con le regole del mercato interno (ossia le libertà fondamentali), essendo giustificata da un *favor* per lo sviluppo dei servizi pubblici da parte del settore pubblico.

A questo proposito è interessante rammentare come il Consiglio avesse utilizzato il concetto di libertà di autoproduzione per legittimare l'attività *extra moenia* di un'azienda speciale, che sarebbe stata perseguita attraverso strumento della convenzione, che dunque risulta analoga,

---

[462] C.G.U.E., Sez. IV, 8 dicembre 2016, C-553/15, *Undis Servizi Srl v Comune di Sulmona, Cogesa SpA*, ECLI:EU:C:2016:935, punto 34 e dispositivo.

[463] Concl. Avv. Gen., Georges Cosmas, 1 luglio 1999, C-107/98, *Teckal v Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, ECLI:EU:C:1999:344, considera come « *la controparte contrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice, il fornitore, abbia di fatto la qualità di terzo rispetto a tale amministrazione, e cioè che si tratti di una persona diversa rispetto all'amministrazione aggiudicatrice* » (punto 53).

questa sì, al contratto di cooperazione,[464] sulla scia un precedente filone giurisprudenziale.[465]

---

[464] Cons. Stato, Sez. V, 23 aprile 1998, n. 477, *Com. Paullo e Azienda Energetica Municipale di Milano S.p.a. v. Basil Gas S.r.l.*, in *Giur. It.*, 1998, pp. 2184-2187, sostiene che « [*l*]*a tutela comunitaria del mercato non interferisce sino a disconoscere ai singoli apparati istituzionali ogni margine di autonomia organizzativa nell'approntare la produzione e l'offerta dei servizi e delle prestazioni di rispettiva competenza. Pertanto non si spinge sino a giustificare un sindacato sulle scelte legislative o amministrative che consentano ai pubblici poteri, nel produrre ed offrire servizi o beni, di optare per schemi di coordinamento e formule organizzatorie, teoricamente alternative rispetto all'acquisizione delle prestazioni destinate alla collettività per il tramite del mercato. In sostanza si tratta dell'estensione alla pubblica amministrazione della libertà di autoproduzione. In tale contesto, il perfezionamento di un'intesa tra due Comuni, funzionale alla razionalizzazione del servizio e all'ottimizzazione del bacino d'utenza servito da un organismo dedicato, come l'azienda speciale, rappresenta proprio un modulo organizzativo alternativo al ricorso a contratti di scambio conclusi con imprese in concorrenza tra loro* » (p. 2186).

[465] Cons. Stato, Sez. IV, 13 febbraio 1996, n. 147, *Lombardia Informatica S.p.A. e Regione Lombardia v Commissione controllo sull'Amministrazione regionale della Lombardia* (conferma T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 11 gennaio 1995, n. 54), in *Giur. It.*, 1996, a. CXLVIII, pt. III, sez. I, pp. 347-350, osserva che« [*l*]*'osservanza di queste regole non può condurre ad un'indebita limitazione dei poteri istituzionali degli enti pubblici nell'esercizio delle loro funzioni, specie per quanto riguarda lle modalità di organizzazione delle proprie strutture operative* » (p. 349). In particolare, secondo il Consiglio di Stato, tale autonomia organizzativa sarebbe corroborata dalla presenza di un'apposita causa di esenzione prevista dall'art. 6, dir. 92/50/CEE, poi art. 18, dir. 2004/18/CEE, oggi art. 10, par. 1, dir. 2014/23/UE, art. 11, dir. 2014/24/UE e art. 22, dir. 2014/25/UE e sarebbe giustificata dalla previa (legittima) istituzione di un diritto esclusivo. In altre parole,

Dunque, la *vera ratio* che spinge all'esenzione del contratto di cooperazione risiede in ragioni di opportunità che spingono a sottrarre dal gioco competitivo particolari commesse siccome accessorie e connesse con il servizio pubblico. Diventa, quindi, necessario stabilire l'ambito in cui la nuova fattispecie ha tolto al mercato degli operatori economici l'affidamento di contratti pubblici dotati di particolari caratteristiche.

2. *La cooperazione inter-soggettiva: cooperazione verticale e cooperazione orizzontale*.

Abbiamo visto che la cooperazione inter-amministrativa è stata associata, prima di formare oggetto di autonoma causa di esenzione, all'*in house providing*. La prima sentenza che ha ricondotto gli accordi inter-amministrativi all'*in house providing* risaliva al caso *Commissione delle Comunità europee v Spagna*.[466] Questa sentenza, pur succintamente

---

vi sarebbe autonomia organizzativa e sovranità nazionale nell'ambito dei servizi affidati in base a diritto esclusivo. Questa tesi sembra essere stata estesa per opera della creazione giurisprudenziale di ulteriori cause di esenzione dall'applicazione delle libertà fondamentali e dall'obbligo di gara.

[466] C.G.C.E., Sez. II, 13 gennaio 2005, C-84/03, *Commissione delle Comunità europee v Spagna*, ha ritenuto che non è configurabile alcuna esclusione "*a priori*" di "*convenzioni*" "*inter-amministrative*", "*indipendentemente dalla natura di tali rapporti*", solo perché "*stabiliti tra le amministrazioni pubbliche*" (punto 40). Con nota di Guido BARDELLI, *Nozione di organismo di diritto pubblico, accordi tra pp.aa. e fattispecie di procedura negoziata negli appalti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2005, a. IX, n. 11, pp. 1275-1283, Vincenzo DE FALCO, *Gli appalti pubblici in Spagna e le dissonanze con l'ordinamento comunitario alla luce del principio giurisprudenziale dell'effetto utile*, in *Dir. Pubb. Comp. Eur.*, 2005,

motivata, rappresenta la prima pietra miliare di un percorso giurisprudenziale lungo, che non si discosterà più da tale fondamentale inquadramento, articolato in quattro passaggi logici: (*i*) gli accordi inter-amministrativi possono rientrare nell'ambito di applicazione del diritto dei contratti pubblici (« *accordi interamministrativi rientranti nella direttiva 93/37* »), (*ii*) gli accordi inter-amministrativi sono soggetti all'esenzione introdotta dalla sentenza Teckal (« *occorre applicare la soluzione così adottata nella sentenza Teckal* »: cfr. punto 39, cit. in nt. 83, *ibidem*), (*iii*) gli accordi inter-amministrativi non sono esenti « *indipendentemente dalla natura di tali rapporti* » (punto 40), (*iv*) gli accordi inter-amministrativi esenti non hanno ad oggetto un appalto pubblico (« *escluso l'oggetto dell'appalto* »).

Dunque, la Corte di Giustizia ammetteva l'applicazione analogica dell'esenzione *Teckal*, senza alcuna specifica motivazione, tanto da cadere in contraddizione: infatti, per quanto con l'esenzione *Teckal* siano stati esentati gli appalti pubblici (ossia la realizzazione di un lavoro, la prestazione di un servizio, la fornitura di un prodotto), non è stato raggiunto lo stesso risultato interpretativo e, dunque, non sono stati esentati gli accordi inter-amministrativi avente ad oggetto appalti pubblici.

Invero, l'applicazione dell'esenzione *Teckal* agli accordi inter-amministrativi non è frutto di un'operazione interpretativa meccanica, ma richiede un processo che si compone di due fasi: nella prima fase occorre dissimulare l'appalto pubblico mascherato da accordo inter-amministrativo, nella seconda fase bisognerebbe applicare

---

a. VIII, n. 2, pp. 834-838, Mariano PROTTO, *Accordi tra pubbliche amministrazioni e disciplina degli appalti*, in *Urb. e App.*, 2005, a. IX, n. 7, pp. 780-781.

all'appalto pubblico smascherato l'esenzione *Teckal* e, dunque, verificare se l'accordo inter-amministrativo è giustificato da controllo analogo e attività prevalente. In effetti, tale secondo passaggio è stato sempre logicamente obliterato, nella convinzione che nessun appalto pubblico di tipo inter-amministrativo potesse configurarsi in assenza di ente *in house* (cosa che non si trova tra enti pubblici indipendenti).

Dal punto di vista generale, si può osservare che l'esenzione Teckal era sostanzialmente inapplicabile agli accordi inter-amministrativi, essendo esenti dalla regolazione dei contratti pubblici per contenuto proprio, avendo ad oggetti servizi pubblici (non contratti pubblici), almeno fino alla sentenza *Parking Brixen*.

Di converso, in caso di appalti pubblici, simili accordi era senz'altro illegittimi, mancando il controllo analogo, *per tabulas*, per cui l'estensione dell'esenzione *Teckal* sembrava propriamente diretta ad impedire l'affidamento di un appalto pubblico tra enti pubblici, non potendo mai ricorrere il controllo analogo tra loro.

Occorre, dunque, trovare una spiegazione plausibile alla sottomissione degli accordi inter-amministrativi al regime delle esenzioni dagli appalti pubblici. Considerato il carattere puntiforme della costruzione giurisprudenziale del diritto europeo, sarebbe ragionevole sostenere che l'assimilazione degli accordi inter-amministrativi all'esenzione *Teckal* nasca dal bisogno di assicurare logicità intrinseca e dare *consistency* alla classe delle esenzioni al diritto europeo dei contratti pubblici, che si era sviluppata sulla scia della sentenza *Teckal*, per lasciare esplicitamente intatti ed integri "gli otri di Eolo",[467]

[467] Concl. Avv. Gen., Georges Cosmas, 1 luglio 1999, C-107/98, *Teckal v Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale*

prevenendo il rischio dell'elusione dell'obbligo di procedure competitive.
Riconoscere la *consistency* delle esenzioni ai contratti pubblici non pare un'acquisizione inutile, dal momento che l'intero percorso giurisprudenziale di affermazione dell'esenzione di particolari accordi inter-amministrativi dall'obbligo di seguire le procedure competitive potrebbe essere riletto come un modo per dare *consistency* agli accordi inter-amministrativi come esenzione al diritto europeo dei contratti pubblici e per costruire una tassonomia dei rapporti inter-amministrativi che possono interferire con le libertà fondamentali dell'ordine di mercato e che possono distorcere la concorrenza, senza incorrere in contraddittorietà interne al sistema giuridico.
Il che permette di ridurre l'ambito dei casi non chiari, nella consapevolezza che per effetto della codificazione bisognerà rispondere ad esigenze di coerenza, considerato che le cause di esenzione all'obbligo di gara sono associate dal fatto che l'oggetto del contratto esente è un vero e proprio contratto pubblico.
Al riguardo, vale la pena tornare su quanto detto a proposito del binomio tra amministrazione a diritto amministrativo e amministrazione a diritto comune per avanzare l'ipotesi che l'innesto del nuovo modulo

---

(AGAC) di Reggio Emilia, ECLI:EU:C:1999:344, riconoscevano che « [*s*]*e ammettiamo la possibilità delle amministrazioni aggiudicatrici di potersi rivolgere a enti separati, al cui controllo procedere in modo assoluto o relativo, per la fornitura di beni in violazione della normativa comunitaria in materia, ciò aprirebbe gli otri di Eolo per elusioni contrastanti con l'obiettivo di assicurare una libera e leale concorrenza che il legislatore comunitario intende conseguire attraverso il coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture* » (punto 60).

convenzionale tra enti pubblici nei sistemi a diritto amministrativo non dovrebbe subire condizionamenti connessi alla specialità del regime degli accordi inter-amministrativi, aventi ad oggetto servizi pubblici (e non appalti pubblici), tenuto conto che « *quando si ammette che, da una parte, l'amministrazione è sottoposta al principio di legalità, per cui ha poteri speciali o derogatori nella misura in cui gli siano espressamente attribuiti e, dall'altra, che, fuori di tali casi, ha una capacità generale, ma di diritto comune, si deve riconoscere che il diritto amministrativo non ha principi di «chiusura» suoi propri. È un corpo di diritto lacunoso, mancandogli i principii necessari all'autocompletamento. Per cui rimane aperto all'applicazione di diritti diversi da quello proprio (diritto privato, diritto privato modificato, diritto privato misto, ecc.), o di principii tratti da questi diritti, quando il legislatore non disciplina espressamente una materia o un insieme di poteri* ».[468]

---

[468] Sabino CASSESE, *La ricezione di Dicey in Italia e in Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, cit., p. 111. Cfr. Marco D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in Marco D'ALBERTI (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 67-91, Giorgio PINO, *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Dir. Quest. Pubb.*, 2011, a. XI, pp. 75-110, pubblicato *on line* sul sito http://www.dirittoequestionipubbliche.org, Luigi MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *Dir. Lav.*, 1992, a. LVI, n. 1, pp. 3-12, nonché in PLURES, *Convegno sul tema: i principi generali del diritto. Roma, 27-29 maggio 1991*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1992, p. 318 ss., ora in Luigi MENGONI, *Scritti*, vol. I, *Metodo e teoria giuridica*, a cura di Carlo CASTRONOVO, Antonio ALBANESE, Andrea NICOLUSSI, Giuffrè, Milano, 2011, p. 239 ss.

Alla luce delle riflessioni appena svolte si ricava che un sistema a diritto amministrativo è un corpo di diritto incompleto e aperto e, dunque, i principi primari di diritto europeo potranno influire nell'applicazione dell'istituto per favorire la *coherence* dei casi perplessi all'interno del sistema, senza dovere espungere dall'istituto "frammenti" di norme, come effettivamente realizzato dal Legislatore nazionale in sede di recepimento.

Nell'intenzione di ricostruire la *consistency* delle esenzioni relative agli accordi inter-amministrativi, giova passare in rassegna la giurisprudenza successiva al caso spagnolo, segnalando i passaggi salienti e sottoponendo a critica serrata solo gli argomenti apodittici o incongruenti.

Successivamente al caso spagnolo, la Corte di Giustizia si è trovata a dirimere diverse controversie che avevano ad oggetto l'affidamento di un appalto pubblico tra due Amministrazioni aggiudicatrici in posizione paritaria o, con le parole della Commissione europea, "tra amministrazioni aggiudicatrici indipendenti"[469] o, come ribadito sibillinamente dalla direttiva 2014/24/UE, tra "autorità indipendenti".[470]

---

[469] Commissione europea, DG Mercato interno e servizi, Documento di lavoro dello Staff, 4 ottobre 2011, concernente « *l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico")* ».

[470] Cfr. dir. 2014/24/UE, art. 40, "*consultazioni preliminari di mercato*", par. 2, prevede che « [*a*] *tal fine, le amministrazioni aggiudicatrici possono ad esempio sollecitare o accettare consulenze da parte di esperti o autorità indipendenti o di partecipanti al mercato* ».

A fronte di quanto appena osservato, giova rammentare che la Commissione europea[471] adottava in due diversi momenti una posizione rigida nei confronti dell'esenzione introdotta dalla sentenza *Hamburg*, senza valorizzare la riforma del Trattato, che avrebbe, al contrario, dato il segnale favorevole alla cooperazione inter-amministrativa anche al di fuori della stretta aggregazione dei servizi di interesse economico generale (tanto è vero che l'art 4, par. 2, T.F.U.E. veniva citato in nota).
Anzitutto, con il Libro Verde del 27 gennaio 2011, distingueva le "moderne forme di organizzazione dell'adempimento (congiunto) delle funzioni pubbliche" dalle "operazioni puramente commerciali di vendita e di acquisto di beni e servizi nel mercato", e stabiliva che quest'ultime sono estromesse dall'ambito dell'esenzione operante per gli accordi inter-amministrativi.
Con il proprio documento di lavoro del 4 ottobre 2011, la Commissione europea ricostruiva l'intero sistema delle esenzioni legate agli accordi inter-amministrativi, occupandosi del trasferimento di competenze, dell'affidamento in base a diritti esclusivi, dell'associazione di amministrazioni aggiudicatrici.

---

[471] Libro Verde della Commissione europea del 27 gennaio 2011, per la "*modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*", sezione 2.3, in tema di "*Cooperazione pubblico-pubblico*" (pp. 24-26), spec. p. 24, e documento di lavoro dei Servizi della Commissione europea del 4 ottobre 2011, n. 1169 def., "*in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico")*", sezione 3.3, in tema di "*Cooperazione non istituzionalizzata/orizzontale per garantire congiuntamente l'esecuzione di compiti di interesse pubblico*" (pp. 14-19).

In particolare, la Commissione introduceva una distinzione nominalistica tra "cooperazione verticale" e "cooperazione orizzontale",[472] elaborata, con ulteriori sfaccettature, dalla dottrina tedesca (Martin Burgi) in tema di *in house providing*, ritenendo che « [*b*]*y way of simplified classification, cooperation in* Germany *can be systemisedas follows. First,* vertical *and* horizontal *cooperation must be distinguished.* Vertical *cooperation means that one or more municipalities own or run an undertaking with legal personality.* [...] Horizontal *cooperation, on the other hand, means that two or more municipalities enter into a contract in order to delegate or mandate the legal responsibility for a public task to the partner municipality (e.g.* Bochum *and* Dortmund *decide that* Bochum *will take care of the waste disposal in* Dortmund *which will reimburse the city of* Bochum *for taking over that task), or agree on an ordinary service contract* ».[473]

Dunque, la cooperazione verticale si realizza attraverso la costituzione di un'impresa pubblica partecipata singolarmente (*one*) o pluralmente (*or more*, nell'esempio si parla di *municipalities*, ma vale per ogni ente pubblico); al contrario, la cooperazione orizzontale si verifica in

---

[472] Cfr. documento di lavoro dei Servizi della Commissione europea del 4.10.2011, cit., osserva che: « [*t*]*ale cooperazione può assumere la forma di un controllo congiunto su una terza entità incaricata dell'esecuzione del compito ("cooperazione verticale/istituzionalizzata"). In alternativa, la cooperazione può essere intrapresa senza la creazione di un'entità nuova o ad hoc ("cooperazione orizzontale/non istituzionalizzata")* » (p. 6).

[473] Martin BURGI, *"In-House" Providing in Germany*, in Mario COMBA, Steen TREUMER (a cura di), *The In-House Providing in European Law*, DJØF Publishing, Copehangen, 2010, pp. 71-93, cit. p. 73.

presenza di un contratto avente ad oggetto la delega (*delegate*) di funzioni pubbliche o il rilascio del consenso (*agree*) alla stipula di un ordinario contratto di servizio. Rispetto alla definizione della Commissione europea, la cooperazione verticale è estesa anche all'ipotesi dell'istituzione di un'organizzazione *in house* unipersonale, mentre la cooperazione orizzontale è riferita anche all'ipotesi della formazione di un contratto "preliminare" alla stipula di un contratto di servizio. Pertanto, con cooperazione verticale ci si riferisce alla variante *Coditel* (organizzazione *in house* con affidamento congiunto), con cooperazione orizzontale si intende la esenzione *Hamburg* (accordo di cooperazione). Sul piano sostanziale, la prima veniva indicata come cooperazione istituzionalizzata, la seconda veniva definita, per contrasto, semplicemente come cooperazione non istituzionalizzata.

Questo rilievo terminologico deriva dall'uso successivo fattone dalla giurisprudenza che ha creato una fattispecie mista sotto il nome di "*in house* orizzontale" (caso *Datenlotsen*), che non corrisponde alla cooperazione orizzontale (sentenza *Hamburg*), né alla *in house* congiunto (sentenza *Coditel*), come si vedrà più avanti. Al momento si può solo precisare che la locuzione "cooperazione orizzontale" è stato usato con il significato qui descritto dal Legislatore europeo nei considerando alle direttive sui contratti pubblici.

Entrando nel merito, la Commissione europea sostanzialmente negava la cooperazione inter-amministrativa dotata di vocazione commerciale, in quattro postulati:[474]

[474] Cfr. documento di lavoro dei Servizi della Commissione europea del 4.10.2011, cit., pp. 14-16.

(*i*) « *la cooperazione ha carattere di una cooperazione reale, intesa all'esecuzione congiunta di un compito comune, contrariamente ad un normale appalto pubblico* » (p. 14);
(*ii*) « [*s*]*e un'amministrazione aggiudicatrice assegna unilateralmente un compito ad un'altra, ciò non può essere considerato una cooperazione* » (p. 15);
(*iii*) la cooperazione « *non sarebbe esente se fosse guidata - ossia determinata in via principale - da altre considerazioni, in particolare di tipo commerciale* » (p. 15);
(*iv*) « [*l*]*e parti cooperanti, pertanto, non dovrebbero, in linea di principio, svolgere attività di mercato nel quadro della cooperazione. In altre parole, il servizio che costituisce l'oggetto della cooperazione non dovrebbe essere offerto sul mercato* » (p. 16);
(*v*) « [*s*]*e le entità cooperanti hanno vocazione commerciale, esse sono in concorrenza diretta con gli operatori privati, con obiettivi e strumenti commerciali identici o analoghi. La cooperazione esente dalle norme in materia di appalti pubblici e intesa ad adempiere a compiti di interesse pubblico dovrebbe riguardare esclusivamente entità la cui attività principale non ha fini commerciali* » (p. 17).
Un'unica eccezione veniva riconosciuta al divieto di cooperare su attività offerte sul mercato, e si verifica quando « [*n*]*ei casi in cui, per ragioni pratiche, l'esclusione totale sarebbe contraria all'interesse pubblico generale che regge la cooperazione (ad esempio l'uso economicamente ragionevole delle risorse), un'attività strettamente accessoria e marginale con gli enti che non partecipano alla cooperazione (ad esempio l'uso ragionevole di una possibile capacità in eccesso) potrebbe risultare accettabile* » (p. 16, nt. 47). Dato che la

traduzione italiana del documento di studio della Commissione europea non è ufficiale, può essere utile riportare anche il testo in inglese da cui traspare con maggiore chiarezza il significato di "attività strettamente accessoria e marginale", che viene espresso nei termini "*a stricly ancillary and marginal activity*": « [*w*]*here, for practical reasons, such complete exclusion would go against the general public interest governing the cooperation (e.g. economically reasonable use of resources), a strictly ancillary and marginal activity with entities not participating in the cooperation might be acceptable (e.g. reasonable use of incidental spare capacities)* » (*sic*).

Orbene, il diritto vigente ha senz'altro ammesso la possibilità di prestare servizi accessori all'erogazione del servizio pubblico, essendo tale criterio interpretativo diventato regola con le direttive europee del 2014, dal momento che è stata riconosciuta la liceità della cooperazione che cade su attività esposta al mercato (entro la soglia del 20% del fatturato). La soluzione accolta nel diritto vigente, pertanto, vorrebbe significare il ribaltamento del divieto di dedurre in contratto attività offerte sul mercato aperto, come invece affermato dalla Commissione europea, su cui però manca ancora una casistica di riferimento.

Merita, infine, un cenno alla considerazione data dalla Commissione europea a tale istituto, che non ha voluto spingersi a definire in concreto le ipotesi ammesse, limitandosi a dare due esempi quasi risibili: "un'intesa generale tra comuni limitrofi secondo cui le loro rispettive bande musicali si esibiranno l'una alle feste cittadine

dell'altra";[475] "*an agreement between adjacent local authorities on clearing roads of snow in winter could benefit from this exemptions as long as the associated conditions are met*".[476]

3. *La cooperazione verticale: la sentenza* Coditel *e la società pluri-partecipata*.

A questo proposito, questa seconda fase giurisprudenziale aveva inizio con la sentenza *Coditel*,[477] che trovava seguito nella giurisprudenza nazionale[478] e francese.[479]

---

[475] Cfr. documento di lavoro dei Servizi della Commissione europea del 4.10.2011, cit., p. 6.

[476] Cfr. traduzione di chi scrive: "*un accordo tra amministrazioni locali confinanti sullo sgombro delle strade d'inverno potrebbe trarre beneficio da questa eccezioni finché le obbligazioni associative saranno adempiute*", in pubblicazione della Commissione europea, DG Internal Market and Services, *New Rules on Public Contracts and Concessions. Simpler and More Flexible*, 2014, p. 5.

[477] C.G.C.E., Sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant SA v Commune d'Uccle e Région de Bruxelles-Capitale*, ECLI:EU:C:2008:621, con nota di Totis KOTSONIS, *Application of the "Teckal" exemption to a services concession contract: Coditel Brabant SA v Commune d'Uccle, Region de Bruxelles-Capitale (C-324/07)*, in *Public Procurement*, 2009, a. XXVIII, n. 3, pp. NA73-NA78; Roberto CARANTA, *La Corte di giustizia chiarisce i contorni dell'*in house *pubblico*, in *Giur. It.*, 2009, a. CLI, n. 5, pp. 1254-1258; Francesco LEGGIADRO, *Affidamento* in house *della concessione per la gestione di una rete di teledistribuzione: controllo analogo e controllo pubblico*, in *Urb. e App.*, 2009, a. XIII, n. 3, pp. 288-300; Giuseppe Franco FERRARI, *Affidamento di servizi pubblici locali: la Corte apre la strada al consorzio tra Comuni*, in *Dir. Pubb. Comp. Eur.*, 2009, a. XII, n. 1, pp. 354-356.

Con tale pronuncia, la Corte di Giustizia non si occupava direttamente di accordi inter-amministrativi, ma precostituiva le basi giuridiche per l'intervento giurisprudenziale successivo. Il che conferma la necessità di commisurare la *consistency* dell'accordo inter-amministrativo elaborato in ambito europeo sulla base della costruzione giurisprudenziale stratificata, tenuto conto delle continue integrazioni e correzioni.

In particolare, tale sentenza dava luogo ad una (la prima di tante) variante rispetto all'esenzione *Teckal*, infatti, veniva ammessa la possibilità di affidare una concessione di servizi (la gestione delle infrastrutture di rete per la distribuzione del segnale televisivo) ad una società cooperativa inter-comunale, a partecipazione totalmente pubblica, prevista *ex lege*, in assenza di controllo analogo unidirezionale.

La questione orbitava intorno all'individuazione dei requisiti essenziali del controllo analogo in presenza di società pluri-partecipata, e così la Corte riteneva che « *il controllo esercitato attraverso organi statutari dalle autorità pubbliche associate ad una siffatta società*

---

[478] Antonio CASSATELLA, *Partecipazione "simbolica" alle società* in house *e requisito del controllo analogo*, in *Giur. It.*, 2014, a. CIL, n. 7, pp. 1708-1714; Erik FURNO, *S.p.A. pubblica ed affidamento diretto: la Corte di Giustizia rifinisce "l'in house frazionato" in una sentenza foriera di conseguenze (nota a Corte di Giustizia, Sez. III, 20 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11)*, in *Giust. Amm.*, 2013, a. X, n. 1, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 16 gennaio 2013.

[479] Cfr. Conseil d'Ètat, I e VI sottosezioni riunite, 4 marzo 2009, ric. 300481, *Syndacat National des Industries d'Information de Santé - SNIIS Commissaire du gouvernement Courrèges*, commento di Mariano PROTTO, Roberto CARANTA, In house *totalmente pubblico e controllo congiunto*, in *Urb. e App.*, 2009, a. XIII, n. 7, pp. 806-807.

cooperativa intercomunale sulle decisioni adottate da quest'ultima può essere considerato tale da consentire alle autorità in parola di esercitare su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi » (punto 41).

In particolare, il criterio del controllo congiunto in società pubblica veniva, poi, ulteriormente affinato dalla Corte di Giustizia nel caso *Econord*.[480] Per quanto interessa questa

---

[480] C.G.U.E., Sez. III, 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11, *Econord v Comune di Cagno (C-182/11), Comune di Varese, Comune di Solbiate (C-183/11), Comune di Varese*, ECLI:EU:C:2012:758, con note di Susie SMITH, *In-House Awards to Jointly Controlled Companies–Satisfying The Control Test: Econord SpA Cases C-182/11 and C-183/11*, in *Public Procurement Law Review*, 2013, a. XXII, n. 2, pp. NA32-NA34; Sandro MENTO, *Il controllo analogo sulle società* in house *pluripartecipate da enti pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, a. XIX, n. 5, pp. 495-500; Vincenzo DONATIVI, *I «confini» (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di* in house providing, in *Giur. Comm.*, 2014, a. XLI, n. 5, pt. II, pp. 765-789; Vincenzo DONATIVI, *I «confini» del controllo congiunto*, in *Giur. comm.*, 1996, a. XXIII, n. 4, pt. I, pp. 553-592 (e negli *Scritti in onore di Gustavo Minervini*). La sentenza afferma che « [*a*]*i sensi della giurisprudenza, nel caso in cui venga fatto ricorso ad un'entità posseduta in comune da più autorità pubbliche, il «controllo analogo» può essere esercitato congiuntamente da tali autorità, senza che sia indispensabile che detto controllo venga esercitato individualmente da ciascuna di esse (v., in tal senso, citate sentenze Coditel Brabant, punti 47 e 50, nonché Sea, punto 59)* » (punto 28), ed inoltre « *la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte, secondo cui tali autorità, per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità alle norme del diritto dell'Unione, debbono esercitare congiuntamente sull'entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse*

sede, val la pena evidenziare che oltre a riconoscere il controllo c.d "congiunto" da parte degli enti partecipanti, la Corte di Giustizia ammetteva, nel caso *Coditel*, dapprima, « *la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi* », sulla base della sentenza *Stadt Halle*,[481] di seguito, legittimava la « *possibilità per le autorità pubbliche di ricorrere ai propri strumenti per adempiere alle loro missioni di servizio pubblico può essere utilizzata in collaborazione con altre autorità pubbliche (v., in tal senso, sentenza Asemfo, cit., punto 65)* » (punto 49).
Ecco, dunque, comparire la libertà di collaborazione tra enti pubblici nell'adempimento di una missione di servizio pubblico, che a bene vedere trovava vita per la prima volta, dato che la sentenza *Asemfo* ivi richiamata non affermava tal principio.[482]

---

partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta » (punto 33, *desinit*).

[481] C.G.C.E., Sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*: « [*u*]*n'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi* » (punto 48).

[482] Si riporta il punto 65 della sentenza *Asemfo*: « [*d*]*alle considerazioni che precedono risulta che occorre risolvere la seconda questione dichiarando che le direttive 92/50, 93/36 e 93/37 non ostano ad un regime giuridico quale quello di cui gode la Tragsa, che le consente, in quanto impresa pubblica operante in qualità di strumento esecutivo interno e servizio tecnico di diverse amministrazioni pubbliche, di realizzare operazioni senza essere assoggettata al regime previsto dalle direttive in parola, qualora,*

Tale assunto risulta oggi codificato nella direttiva "concessioni" nella disposizione intitolata al "[*p*]*rincipio di libera amministrazione delle autorità pubbliche*", all'art. 2, secondo la quale le « *autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni* ».[483]

In realtà, tale libertà organizzativa ha valenza generale e sembra riferibile anche agli appalti e all'affidamento *in house*,[484] essendo il portato della riflessione avviata nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak con l'introduzione di "cooperazione intercomunale pura",[485]

---

da un lato, le amministrazioni pubbliche interessate esercitino su tale impresa un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi e, dall'altro, la detta impresa realizzi la parte più importante della sua attività con le amministrazioni di cui trattasi ». Il passo della motivazione chiaramente non riconosce la libertà di collaborazione con mezzi propri, ma sembra ancorata all'individuazione del controllo analogo.

[483] Cfr. art. 2, par. 1, secondo capoverso, dir. 2014/23/UE.

[484] Christian IAIONE, *Le società* in-house. *Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Jovene, Napoli, 2012, Cap. I, *Il diritto di autogoverno locale e il principio di auto-organizzazione amministrativa degli enti locali*, § 11. *Il potere di auto-organizzazione amministrativa come potere di autordifferenziazione organizzativa e funzionale*, pp. 101-109.

[485] Avv. Gen., Verica Trstenjak, 4 giugno 2008, C-324/07, *Coditel Brabant SA v Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, ECLI:EU:C:2008:317, usa l'espressione "cooperazione intercomunale pura" sin dal primo punto delle sue conclusioni e dedica l'intero § 3, *La cooperazione intercomunale pura, sebbene non a priori, non necessita, di regola, di una gara d'appalto*. Interessante notare come il caso *Parking Brixen* (C-458/03) e *Carbotermo* (C-340/04) siano considerati "casi isolati". Cfr. Roberto CARANTA, *Contratti pubblici*, cit., cit. p. 32.

con una argomentazione che ruotava attorno all'esenzione *Teckal*, che era così svolta: « *nel caso di una cooperazione intercomunale pura, il primo requisito Teckal di un «controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi» è da ritenersi generalmente soddisfatto, senza richiedere, di regola, un ulteriore esame delle strutture decisionali interne e dei rapporti di maggioranza* » (punto 66), mentre tale controllo analogo non ricorre in caso di accordo inter-amministrativo.

Sulla base di questi rilievi, la dottrina ha ritenuto di potere assimilare la cooperazione pubblico-pubblico ad una forma di organizzazione *quasi in house*, trovandovi le medesime origini di carattere organizzativo.[486]

A ben vedere, con l'affermazione della nozione di "cooperazione intercomunale pura" si voleva indicare un apparato concettuale più complesso in cui entravano in gioco due caratteristiche, ossia la vocazione commerciale (che consisteva nella facoltà di agire al di fuori del territorio di competenza, usando il medesimo canone svolto, seppur incidentalmente, nella sentenza *Parking Brixen*),[487] insieme al criterio dell'autonomia decisionale

---

[486] Grith Skovgaard ØLYKKE, Cecilie FANØE ANDERSEN, *A State Aid Perspective on Certain Element of Article 12 of the New Public Sector Directive on In-house Provision*, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 1, pp. 1-16, ritiene che « *these recent cases, which have been perceived by some academics as a "new" exemption for public-public cooperation, appears to be justified on the basis of the original purpose of the quasi-in-house rule* » (p. 4).

[487] In realtà anche nella sentenza *Parking Brixen* veniva presa in considerazione l'estensione territoriale dell'attività svolta dalla società *in house* e si contestava, oltre all'apertura della compagine a capitale privato, anche, seppure incidentalmente, che "l'ambito territoriale di attività è stato ampliato a tutto il paese e all'estero" (punto 72), "mentre l'attività dell'azienda speciale Servizi municipalizzati Bressanone era limitata al territorio del Comune di

del soggetto affidatario, come significativamente messo in luce dalla dottrina.[488] La conseguenza di tale ragionamento era quella di avere « *chiarito che la cooperazione intercomunale pura non è, in linea di principio, assoggettabile ad una procedura di aggiudicazione, salvo intervengano particolari circostanze atte a dimostrare che l'ente intercomunale ha acquisito una vocazione commerciale e un'autonomia tali da superare i limiti entro i quali una cooperazione intercomunale volta all'adempimento degli obblighi di interesse generale, non è assoggettabile al diritto in materia di aggiudicazione di appalti* » (punto 75).

Orbene, il limite territoriale all'attività della società intercomunale risultava più un assunto apodittico che l'esito di un'analisi approfondita. A questo proposito, vale la pena ricordare che il rapporto tra la cooperazione intercomunale

---

Bressanone" (punto 20). Cfr. C.G.C.E., Sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, ECLI:EU:C:2005:605, con nota di Paolo LOTTI, *Concessioni di pubblici servizi, principi dell'in house providing e situazioni interne*, in *Urb. e App.*, 2006, a. X, n. 1, pp. 34-39.

[488] Cfr. Giuseppe CAIA, *Le società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra i Comuni*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2002, a. I, n. 5, pp. 1568-1578; Alessandro LOLLI, *Servizi pubblici locali e società* in house*: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*, in *Foro Amm. TAR*, 2005, a. IV, n. 6, pp. 1934-1945; Carmen VITALE, *Modelli privatistici di collaborazione stabile tra amministrazioni: le società a partecipazione integralmente pubblica nel sistema locale*, in Marco CAMMELLI, Marco DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 63-117; Carmen VITALE, *Tipologie di società a partecipazione pubblica locale: condizioni legislative legittimanti e pluralità dei regimi giuridici*, in *Ist. Fed.*, 2011, a. XXXII, n. 2, pp. 13-22.

ed il diritto degli appalti pubblici era stato oggetto di studio da parte del Parlamento europeo, il quale segnalava l'importanza che le attività svolte in cooperazione realizzassero "economie di scala" [489] e iniziava a definire una via per tracciare il confine tra autonomia organizzativa e concorrenza, distinguendo tra "riorganizzazione amministrativa, senza offrire a terzi operanti sul mercato la fornitura dei servizi"[490] e l'ipotesi opposta in cui "gli enti locali offrono prestazioni sul mercato alla stregua di un'impresa privata".[491]

---

[489] "*Briefing Note*" del Parlamento europeo, DG Internal Policies of the Union, del 1 settembre 2006, avente ad oggetto "*The Applicability of Internal Market Rules for Inter-Communal Co-operations*", IP/A/IMCO/FWC/2005-33/SC8 (che risulta essere stata realizzata da Centre for European Policy Studies (CEPS) per mano di Andrea Renda, Lorna Schrefler, Ohad Soudry), osserva che « [*t*]*he most common activities, however, are those in which economies of scale can be realized if two or more authorities operate jointly. Examples include cooperative projects in water treatment, waste management, public transport, energy distribution, etc. Inter-communal cooperation may take various forms and shapes* ». Cfr. Robert L. BISH, Robert WARREN, *Scale and Monopoly Problems in Urban Government Services*, in *Urban Affair Annual Reviews*, 1972, a. VIII, n. 1, pp. 97-122; Marco BELLANDI, *Economie di scala e organizzazione industriale*, FrancoAngeli, Milano, 1995.

[490] La posizione risale con parole identiche alla risoluzione del Parlamento europeo del 26 ottobre 2006, ove si precisa che « *respinge l'applicazione della legislazione in materia di appalti nei casi in cui gli enti locali intendono svolgere compiti nel loro territorio assieme ad altri enti locali nell'ambito di una riorganizzazione amministrativa, senza offrire a terzi operanti sul mercato la fornitura dei servizi in questione* » (punto 46).

[491] Cfr. risoluzione del Parlamento Europeo del 26 ottobre 2006, sui "*partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*", P6_TA(2006)0462, sezione in tema di

Sullo sfondo, chiaramente, si stagliava il problema della capacità di agire in ambito extraterritoriale in capo al singolo ente locale,[492] dato che tale capacità ha una duplice connotazione.

"c*ooperazione tra enti locali*", punti 42-45, secondo cui il Parlamento: « *42. si dichiara sostanzialmente favorevole, nell'interesse dell'autonomia organizzativa locale e di un'amministrazione efficiente, a forme di cooperazione a livello di enti locali, anche per conseguire altre sinergie, purché ciò non comporti violazioni capaci di condurre a una chiusura del mercato; 43. reputa necessario che la Commissione chiarisca l'incertezza giuridica in materia di cooperazione tra enti locali, emersa a seguito della giurisprudenza della Corte di giustizia; 44. condivide la posizione della Corte di giustizia nella sentenza relativa alla causa C-84/03 (Commissione contro Spagna) secondo cui gli accordi di cooperazione tra enti locali non possono essere esclusi genericamente dalla normativa in materia di appalti mediante il ricorso a una forma giuridica del diritto nazionale; ritiene necessaria una delimitazione tra misure prettamente amministrative e/o organizzative e contratti di forniture tra organi amministrativi; 45. ritiene che i casi di cooperazione tra enti locali debbano essere considerati irrilevanti in relazione al diritto sugli appalti pubblici quando: – si tratta di una cooperazione fra enti locali, – i compiti, la cui realizzazione è stata affidata agli enti locali, devono essere considerati alla stregua di operazioni di ristrutturazione tecnica oppure nel caso in cui i diritti di sorveglianza detenuti dagli enti locali interessati sono identici a quelli che esercitano sui propri servizi, – le attività sono esercitate principalmente per conto degli enti locali interessati* ».

[492] Risoluzione del Parlamento europeo del 14 gennaio 2004, sul *Libro Verde sui servizi di interesse generale* [21 maggio 2003], COM(2003) 270-2003/2152(INI), P5_TA(2004)0018, si auspica che « *in ossequio al principio di sussidiarietà, venga riconosciuto il diritto degli enti locaali e regionali di « autoprodurre » in modo autonomo servizi di interesse generale a condizione che l'operatore addetto alla gestione diretta non eserciti una concorrenza al di fuori del territorio interessato* » (punto 35).

Infatti, sotto il profilo pubblicistico, l'espansione dell'azione amministrativa al di fuori dell'ambito territoriale circoscrizionale rileva come forma di gestione aggregata, mentre sotto il profilo concorrenziale, la forma di gestione aggregata rileva in quanto può dissimulare una modalità illegittima di affidamento dei contratti pubblici.[493] Problema questo, dell'attività *extra moenia*, dibattuto ampiamente in Italia, a partire dalle aziende speciali fino alle società miste,[494] risolto nel senso che « [*i*]*l divieto di*

---

[493] Cfr. risoluzione del Parlamento Europeo del 26 ottobre 2006, sui "*partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*", P6_TA(2006)0462, sezione in tema di "c*ooperazione tra enti locali*", punti 46-48, secondo cui il Parlamento: « *46. respinge l'applicazione della legislazione in materia di appalti nei casi in cui gli enti locali intendono svolgere compiti nel loro territorio assieme ad altri enti locali nell'ambito di una riorganizzazione amministrativa, senza offrire a terzi operanti sul mercato la fornitura dei servizi in questione; 47. rileva che il trasferimento di competenze per compiti pubblici da parte di un ente locale a un altro ente non rientra nel campo di applicazione della normativa comunitaria in materia di appalti; 48. ritiene tuttavia necessaria l'applicazione della normativa sugli appalti quando gli enti locali offrono prestazioni sul mercato alla stregua di un'impresa privata nel contesto della cooperazione tra enti locali o fanno eseguire compiti pubblici da imprese private o da altri enti locali* ».

[494] VILLATA, Riccardo, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Giuffrè, Milano, 2008 (5° ed. dal 1999), cap. V, *Ancora sulle società miste e i servizi pubblici locali*, § 3, *Limiti territoriali per le società miste?*; Paolo CICERO, *Sui limiti territoriali all'attività delle aziende dei pubblici servizi municipalizzati*, in *Riv. Dir. Pubb.*, 1911, a. III, n. 2, parte I, pp. 414-422; Franco BASSI, *L'attività extraterritoriale delle aziende municipalizzate*, in PLURES, *Atti del Convegno regionale. Dimensioni territoriali delle aziende municipali del gas e dell'acqua*, Reggio Emilia, 1969, pp. 25-38; Umberto POTOTSCHNIG, *Legittima l'attività extraterritoriale delle*

aziende municipalizzate, in *Il contatore*, 1971, a. XV, n. 3, pp. 51-54; Nicola AICARDI, *L'attività extraterritoriale delle aziende speciali nel nuovo ordinamento delle autonomie locali*, in *Reg. e Gov. Loc.*, 1992, a. XIII, n. 1-2, pp. 121-140; Silvia GOTTI, *Riflessioni in tema di attività extraterritoriale delle aziende municipalizzate*, in *Dir. Reg.*, 1994, a. XI, n. 2, pp. 338-347; Vera PARISIO, *Aspetti economico-redistributivi e tutela dell'ambiente nell'attività* extra moenia *dell'azienda speciale*, in *Giust. Civ.*, 1995, a. XLV, n. 3, pp. 2570-2574, nonché in PLURES, *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione. Atti del XLI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 21-23 settembre 1995*, Giuffrè Milano, 1997, pp. 433-439; Antonio CARULLO, *Capitale ed extraterritorialità: primi problemi per le nuove s.p.a. Comunali per la gestione del servizio idrico*, in *Riv. Trim. App.*, 1996, a. XI, n. 4, pp. 613-628; Giulio VESPERINI, *L'attività dell'azienda locale fuori dal territorio comunale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1996, a. II, n. 3, pp. 241-243; Silvia MARCHI, *L'azienda speciale: attività extraterritoriale*, in *Riv. Trim. App.*, 1997, a. XII, n. 3, pp. 771-784; Carlo MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, in PLURES, *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione. Atti del XLI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 21-23 settembre 1995*, Giuffrè Milano, 1997, pp. 49-102, in part. § 10, *L'ambito dell'attività: extraterritorialità e questioni connesse*, pp. 85-89; Angelo FANIZZA, *L'extraterritorialità dell'azienda speciale,* in *Urb. e App.*, 1998, a. II, n. 12, pp. 1331-1333; Giacomo NICOLUCCI, *Brevi note in tema di aziende speciali degli enti locali ed attività extraterritoriale*, in *Foro Amm.*, 1999, a. LXXV, n. 2, pp. 1666-1673; Elisa SCOTTI, *L'attività extraterritoriale delle aziende speciali e delle società miste tra vincoli funzionali, regole procedimentali e principi concorrenziali*, in *Foro It.*, 1999, a. CXXII, parte III, n. 2, pp. 399-406; Chiara ALBERTI, *Aziende municipalizzate ed extraterritorialità. Problematica dai confini incerti fra riforme interne e disciplina comunitaria*, in *Riv. Trim. App.*, 2001, a. XVI, n. 2, pp. 344-372; Francesco GOISIS, *I limiti all'attività* extra moenia *delle società miste locali. Qualche riflessione critica anche alla luce del diritto comunitario*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, a. XIX, n. 2, pp. 560-581; Giovanni

gestioni extraterritoriali limita la libertà d'impresa e di concorrenza più *di quanto sia necessario (proporzionale) ed indispensabile per garantire l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico. Per questo motivo il divieto si pone in contrasto con i principi del Trattato* ».[495]

MANGIALARDI, *Ambito di operatività delle società miste*, in *Urb. e App.*, 2001, a. V, n. 9, p. 1030-1038; Giuseppe CAIA, *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, in *Foro Amm. TAR*, 2002, a. I, n. 5, pp. 1568-1578; Mario Alberto QUAGLIA, *La Corte Costituzionale e l'extraterritorialità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Trim. App.*, 2002, a. XVII, n. 4, pp. 715-728; Elisa SCOTTI, *Società miste, legittimazione extraterritoriale e capacità imprenditoriale: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative al confronto*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, a. XII, n. 4, pp. 777-793; Martina SINISI, *L'attività* extra moenia *delle società miste: vincolo funzionale, nesso di controllo e «ambito territoriale ottimale»*, in *Foro Amm. TAR*, 2003, a. II, n. 4, pp. 2857-2869; Iolanda SEVERINO, *La questione extraterritoriale in Germania: ammissibilità e limiti della attività industriale esercitata dai Comuni al di fuori del proprio territorio*, in *Serv. Pubbl. e App.*, 2004, a. II, n. 1, pp. 41-61; Marco DUGATO, *La concorrenza e la extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, a. XI, n. 10, pp. 1054-1058; Claudio CONTESSA, *Ancora sul divieto di attività* extra moenia *delle società degli Enti locali: verso una nuova nozione di 'strumentalità'*, in *Urb. e App.*, 2010, a. XIV, n. 4, pp. 462-469; Anteo MASSONE, *Limiti di operatività del divieto di cui all'art. 13 d.l. n. 223/2006 relativo alle società strumentali*, in *Contr. Stato e Enti Pubbl.*, 2013, a. XXI, n. 2, pp. 32-37; Micol ROVERSI MONACO, *I limiti operativi delle società partecipate per i servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2013, a. III, n. 1, pp. 89-116.

[495] Andrea PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2001, Cap. VI, *Il regime giuridico dell'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, § 6.3, *Il problema delle c.d. gestioni extraterritoriali di servizi locali*, cit. p. 549.

In realtà, la questione dell'ultrattività territoriale degli enti locali è stata risolta dal Legislatore italiano nel senso di prevedere l'istituzione di ambiti territoriali ottimali di livello provinciale.[496]
Tutto ciò è stato reso possibile nel nostro ordinamento senza trasferimento formale delle competenze (come invece è capitato nel caso *Remondis*), in virtù del criterio della dimensione dell'interesse e grazie al principio di sussidiarietà, che permette di trattare i servizi pubblici alla stregua di funzioni pubbliche ai sensi dell'art. 118, comma 1, Cost.[497]

---

[496] È stato introdotto l'art. 3-*bis*, D.L. n. 138/2011, conv. in L. n. 148/2011, recante "[*a*]*mbiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali*", con lo scopo di organizzare *ex lege* « *ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala* » (*sic*, comma 1, art. 3-*bis*, cit.).
[497] Vincenzo CERULLI IRELLI, *Principio di sussidiarietà ed autonomie locali*, in Lorenzo CHIEFFI, Guido CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Fra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisione*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 269-277, rileva che « [*n*]*ell'articolo 118, al primo comma, emerge infatti, ad un'analisi più attenta, ed è utile come criterio di lettura del principio, il concetto della dimensione territoriale dell'interesse. L'amministrazione, nei suoi poteri, nelle sue funzioni, nei suoi compiti, si disloca nei diversi livelli di governo, a seconda della dimensione territoriale dell'interesse curato. Naturalmente la dimensione territoriale dell'interesse curato è un concetto abbastanza elastico che deve essere definito dal legislatore. È la legge che stabilisce qual è la dimensione territoriale ottimale. La legge, ovviamente, non può attribuire a un livello di governo diverso e superiore rispetto a quello competente la cura di un interesse dimensione inferiore. In precedenza, sicuramente, questo parametro era operante; anzi, al contrario, semmai, vigeva il principio opposto, cioè il principio che nell'incertezza le funzioni di governo, le funzioni amministrative*

Dato il difficile inquadramento del controllo congiunto, in assenza di una copertura legislativa della fattispecie, la Commissione europea avviava, a partire dall'anno 2007, numerose procedure d'infrazione contro Francia, Germania ed Italia per l'attività di gestione congiunta del ciclo dell'acqua e dei rifiuti.[498]

Sulla base del riconoscimento della cooperazione inter-comunale in forma societaria si gettavano le fondamenta della costruzione della cooperazione pubblico-pubblico per la "fornitura congiunta di servizi pubblici", secondo la formulazione contenute nei considerando delle direttive, che costituirà la pietra miliare dell'elaborazione successiva.

---

spettavano allo Stato; vigeva quindi il principio di sovranità, in luogo di quello di sussidiarietà (come è stato detto in dottrina). L'art. 118 contiene quindi questo concetto: l'amministrazione deve essere attribuita, e distribuita, secondo il principio della dimensione territoriale dell'interesse curato » (p. 273). Enzo Maria MARENGHI, *Il sistema amministrativo locale*, Cedam, Padova, 1994, cap. VI. *Il sottosistema dei servizi pubblici locali*, pp. 335-359, Cap. VI, *Il sottosistema dei servizi pubblici locali*, § 2, *Le forme di gestione diretta. Il criterio della dimensione del servizio*, pp. 345-347, osserva che « [*i*]*l criterio-guida della produttività è, a tale scopo integrato, dal principio di tendenza della* dimensione dell'interesse. [...] [*s*]*icchè la gestione per servizi di* dimensione minore *coincide con la forma della gestione diretta; viceversa i servizi a* dimensione maggiore, *in riferimento ai quali crescono naturalmente gli indici di produttività, il supporto privato si fa necessario* » (p. 346, enfasi in originale).

[498] Cfr. i seguenti comunicati stampa: *Public Procurement: Infringement Proceedings against France*, IP/07/922, Brussels, 27 June 2007 (disponibile al link: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-922_en.htm), *Public Procurement: Infringement Proceedings against Italy and Germany Concerning Waste Management Services*, IP/08/502, Brussels, 3 April 2008 (disponibile al link: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-502_en.htm).

4. *La cooperazione orizzontale: la sentenza* Hamburg *e la gestione congiunta di servizi pubblici*.

Per effetto della sentenza *Coditel*, iniziava a prendere vita un modo diverso di intendere gli accordi inter-amministrativi non legati da gerarchia o dipendenza organizzativa, anche se rimaneva la necessità di configurare tale situazione nell'ambito delle disposizioni di diritto domestico che permettevano la creazione di rapporti di collaborazione per via negoziale. Detto in altre parole, iniziava la fase ascendente della costruzione di autonomo modulo convenzionale tra enti pubblici da qualificare come esenzione al diritto dei contratti pubblici.

Per comprendere tale visione, il punto di partenza si trova nell'assumere l'accordo inter-amministrativo non come strumento di affidamento di commesse pubbliche in forma di appalto o di concessione, ma come una modalità di gestione aggregata, con le parole dei considerando, come strumento di "fornitura congiunta di servizi pubblici", compatibile con le regole di esenzione dei contratti pubblici. Tanto è vero che le procedure di infrazione allora avviate dalla Commissione venivano archiviate alla luce di tale nuovo orientamento giurisprudenziale.

Occorre, dunque, introdurre il tema dell'accordo inter-amministrativo esente per ragioni proprie, senza il richiamo alle precedenti esenzioni riconducibili all'ipotesi del trasferimento di competenze, all'esercizio di poteri pubblici in via congiunta, all'affidamento *propter legem* o all'affidamento in base a diritto esclusivo.

Sulla base della facoltà di collaborare nell'adempimento dei compiti di servizio pubblico, come riconosciuta dalla sentenza *Coditel*, la Grande Sezione della Corte di

Giustizia risolveva il caso *Hamburg*,[499] che costituisce il *leading case* di un autonomo filone giurisprudenziale. Interessante notare che l'Avvocato Generale Mazác, nel caso di specie, aveva espresso parere contrario al riconoscimento di un'esenzione nel caso di specie, il quale ancora faceva formale riferimento agli "strumenti propri dell'amministrazione aggiudicatrice come se la cooperazione fosse configurabile come *in house providing*.[500]

---

[499] C.G.U.E., Grande Sezione, 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione delle Comunità europee v Germania*, ECLI:EU:C:2009:357, caso c.d. *Hamburg*, con nota di Michele COZZIO, *Accordo di cooperazione tra amministrazioni per la gestione di un servizio pubblico (termovalorizzazione dei rifiuti): non si applicano le direttive sugli appalti pubblici*, pubblicato on line in *osservatorioappalti.unitn.it*, 2009; Carlo Emanuele GALLO, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, in *Urb. e App.*, 2009, a. XIII, n. 10, pp. 1180-1182; Mariano PROTTO, Roberto CARANTA, *La cooperazione tra autorità pubbliche*, in *Urb. e App.*, 2009, a. XIII, n. 7, pp. 803-804; Claudio RANGONE, *Affidamenti diretti e cooperazione tra enti pubblici: il mercato dell'Unione si allarga o si restringe?*, relazione al Convegno IGI del 30 novembre 2010, pubblicato *on line* sul sito www.osservatorioappalti.unitn.it; Totis KOTSONIS, *Co-operative arrangements between public authorities in the pursuit of a public interest task:* Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany *(C-480/06)*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, a. XVIII, n. 6, pp. NA212-216.

[500] Concl. Avv. Gen., Jan Mazác, 19 febbraio 2009, C-480/06, *Commissione delle Comunità europee v Germania*, ECLI:EU:C:2009:102, afferma che « *non condivido l'opinione della Repubblica federale di Germania secondo la quale, nella fattispecie, una cooperazione tra due enti statali diversi dovrebbe considerarsi come l'impiego di strumenti propri dell'amministrazione aggiudicatrice* » (punto 34).

In particolare, con la sentenza *Hamburg* sono stati fissati i vincoli positivi in ragione dei quali gli enti pubblici possono concludere tra loro un accordo inter-amministrativo esente dall'obbligo di procedure competitive, senza doverlo ricondurre alle predette esenzioni.

In realtà, la sentenza *Hamburg* individuava i principali criteri trasfusi e consolidati nelle direttive europee (altri, invece, sono venuti a fare parte dei considerando) e formava una vera e propria variante tanto dell'esenzione *Teckal*, quanto dell'esenzione *Coditel*, che veniva ritenuta, in letteratura, come "chiaramente desiderabile".[501]

Dal punto di vista fattuale, vale la pena notare una somiglianza tra le diverse esenzioni giurisprudenziali: infatti, in tutti e tre i casi si verteva su situazioni di cooperazione inter-comunale disciplinate dal diritto nazionale, ossia un accordo organizzativo (sentenza *Hamburg*), una società cooperativa (sentenza *Coditel*), un consorzio (sentenza *Teckal*).

In effetti, tale accordo inter-amministrativo poteva essere configurato, usando la terminologia invalsa nel nostro ordinamento, come accordo organizzativo,[502] finalizzato al

---

[501] Natalia FIEDZIUK, *Putting Services of General Economic Interest up for Tender: Reflections on Applicable EU Rules*, in *Common Market Law Review*, 2013, a. L, n. 1, pp. 87-114, sottolinea che: « *the* [Hamburg] *case proves the exhaustion of the Teckal exemption in the sense that it reveals potential cases where an exemption would be clearly desirable, but falls short of meeting the Teckal criteria* » (pp. 108-9, interpolazione di chi scrive).

[502] Massimo Severo GIANNINI, *Dell'amministrare per accordi*, in Massimo Severo GIANNINI, *Scritti*, Giuffrè, Milano, 2006, vol. VIII (1984-1990), pp. 1140-1156 (già in *Administration-politique. Scritti in onore di Athos G. Tsoutos*, Atene, 1990, p. 95), fa presente che « *se quindi è vero quanto si osserva da taluni, cioè che gli accordi organizzativi sono da sempre esistiti, è anche vero che nei paesi a*

coordinamento dei servizi pubblici e soggetto a regime amministrativo, sotto il regime previsto dall'art. 15, L. n. 241/1990.[503]

L'apporto dato dalla sentenza *Hamburg* può essere così riassunto:

(*i*) « *il contratto controverso istituisce una cooperazione tra enti locali finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblici comune a questi ultimi* » (punto 37), e precisamente, « *il contratto controverso costituisce tanto il fondamento quanto il quadro giuridico per la costruzione e la gestione future di un impianto destinato all'espletamento di un servizio pubblico* » (punto 44)), divenuto requisito di legge in base alla lett. a), dell'art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016;

(*ii*) « *l'attuazione di tale cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico* » (punto 47), divenuto requisito di legge in base alla lett. b), dell'art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016. Tale criterio si giustifica dal momento che "una cooperazione del genere non può rimettere in questione l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, vale a dire la libera circolazione

---

diritto amministrativo, oggi si attribuisce loro una rilevanza definita, o almeno definibile, ed un'ampiezza virtuale di applicazione quasi universale, il limite essendo costituito solo dal non poter immutare strutture e rapporti stabiliti da norme di leggi o di regolamenti » (pp. 1146-1147).

[503] Guido CORSO, Francesco TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Maggioli, Rimini, 1991, offrono la seguente qualificazione dell'art. 15, L. n. 241/1990: « *anche se la norma è inclusa nel campo dedicato alla semplificazione dell'azione amministrativa essa ha una portata più generale che trascende l'ambito del procedimento perché individua un vero e proprio modello organizzativo* » (p. 190).

dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata" (*ibidem*) e dunque è escluso che ricorra « *una costruzione di puro artificio diretta a eludere le norme in materia di pubblici appalti* » (punto 48), rilievo da ultimo ripreso dall'Avvocato Generale Mengozzi nel caso *Remondis*;[504]
(*iii*) « *nessuna impresa privata viene posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti* » (punto 47), ora declassato a mero considerando.[505]
A questi rilievi si aggiungevano le seguenti considerazioni:
(*iv*) i servizi dell'ente affidante « *non si assumono affatto la responsabilità della gestione di tale impianto* » (punto 39);
(*v*) « *i contraenti devono prestarsi assistenza nell'ambito dell'adempimento del loro obbligo legale di smaltimento rifiuti* » (punto 42);
(*vi*) il contratto « *non prevede né pregiudica l'aggiudicazione degli appalti eventualmente necessari per la costruzione e la gestione dell'impianto* » (punto 44).
Tutti tali aspetti fanno parte dei considerando alle direttive.
In particolare, veniva fissato il criterio per cui « [*t*]*ale cooperazione non comporta che tutte le amministrazioni partecipanti si assumano la responsabilità di eseguire i*

---

[504] Concl. Avv. Gen., Paolo Mengozzi, 30 giugno 2016, C-51/15, *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord v Region Hannover*, ECLI:EU:C:2016:504: « *le autorità pubbliche non possono procedere a costruzioni di puro artificio dirette ad eludere le norme in materia di appalti pubblici al fine di sottrarsi agli obblighi derivanti da tali norme* » (punto 47) e si precisa che una costruzione di puro artificio può avere luogo tramite « *una qualificazione* » di un rapporto diversa da quella che sarebbe dovuta secondo la sua disciplina (nota 44).
[505] Cfr. considerando (47), primo capoverso, quarto periodo, *desinit*, dir. 2014/23/UE, considerando (33), secondo capoverso, *desinit*, dir. 2014/24/UE: « *nessun fornitore privato di servizi goda di una posizione di vantaggio rispetto ai suoi concorrenti* ».

principali obblighi contrattuali, fintantoché sussistono impegni a cooperare all'esecuzione del servizio pubblico in questione »;[506]

Una breve notazione alla sentenza merita, infine, un argomento speso dalla Repubblica di Germania secondo cui la cooperazione sarebbe sorretta dal "principio del reciproco «dare e prendere»" (punto 22), che nelle conclusioni dell'Avvocato generale viene definito come "principio dello «scambio di prestazioni»" (punto 44): tale principio desta interessa dal momento che si basa sull'idea di reciprocità a fondamento della cooperazione, che è cosa ben diversa dall'obbligo giuridico di prestare cooperazione nell'adempimento di un compito di servizio pubblico.

Oggetto della controversia era la legittimità di un "accordo sull'esecuzione in comune di una funzione di servizio pubblico" (punto 8), asserito essere come "il risultato di un'operazione interna all'amministrazione" (punto 13), anche se lo Stato membro "non contesta che il contratto controverso non è stato oggetto di una gara d'appalto" (punto 25, conclusioni Avv. Gen. Mazác). In particolare, si trattava di un servizio comune agli enti pubblici partecipanti e di un servizio pubblico (smaltimento dei rifiuti), regolato da direttive europee, in quanto servizio di interesse economico generale, ragione per cui lo Stato membro si appellava all'esimente prevista dall'art. 106, par. 2, T.F.UE. (ex art. 86, par. 2, T.C.E.), sostenendo che "senza la conclusione del contratto controverso, nessuna delle parti sarebbe stata in grado di adempiere alla sua funzione pubblica" (punto 30), se rapportata alla necessità di "sfruttare in modo redditizio" (punto 29) il servizio di

[506] Considerando (47), secondo capoverso, secondo periodo, dir. 2014/23/UE, considerando (33), terzo capoverso, secondo periodo, dir. 2014/24/UE.

smaltimento offerto dal termovalorizzatore (ed infatti "la costruzione di tal impianto è stata decisa e realizzata soltanto dopo l'accordo dei quattro Landkreise interessati ad utilizzare la centrale": punto 38).
Interessante notare la svolta terminologica: con la sentenza *Stadt Halle*, il servizio pubblico era qualificato come compito d'interesse pubblico, come nella direttiva, mentre nella sentenza *Coditel* si passa all'uso del termine "missione", che evoca la "specifica missione" *ex* art. 106, par. 2, T.F.U.E. che giustifica la deroga alle libertà fondamentali, è qualificato come; a queste due nozioni si aggiunge una variante, introdotta dalla giurisprudenza successiva, che definisce l'attività svolta in collaborazione come "funzione di servizio pubblico". In particolare, quest'ultima espressione è quella che desta maggiore attenzione, perché ricorrere nel vocabolario della dottrina francese per definire il *service public*.[507]
Come si vede, ritornavano nel ragionamento le medesime argomentazioni che erano stato svolte nel caso *Correos* per individuare i limiti all'assegnazione di diritti esclusivi (in tal caso, potevano essere introdotti per garantire l'espletamento del servizio di interesse economico a

---

[507] Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1928 (3° ed.), Tome 2: « *expression de la norme sociaòe première, la fonction de service public désigne l'ensemble des activitiés auxquelles sont soumis tous le individus, et les gouvernants, en tant qu'individus* », citato da Alessandra PIOGGIA, *L'amministrazione pubblica in forma privata: un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il servizio pubblico in Italia?*, in *Dir. Amm.*, 2013, a. XXI, n. 3, pp. 481-507, p. 486, nt. 13, nonché in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2013. Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica. Atti del Convegno Annuale. Milano, 27-28 settembre 2013*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 137-161.

"condizioni economicamente accettabili"), mentre in questo caso sarebbe stata ammessa una soglia ancora maggiore, ossia la cooperazione tra enti pubblici sarebbe giustificabile nell'ottica di garantire redditività dall'utilizzo del termovalorizzatore al pieno delle sue capacità, grazie al conferimento congiunto degli enti pubblici partecipanti alla cooperazione. In termini generali, questo voleva dire che tale cooperazione sarebbe servita a realizzare « *una strategia comune condivisa dalla parti che si basa sullo scambio e sull'armonizzazione dei rispettivi interessi* », come affermato dall'Avvocato Generale Trstenjak nel caso *Università del Salento*.[508] Si tratta di una definizione di cooperazione simile a quella presente in letteratura, dove la preoccupazione maggiore sarebbe quella di differenziare il fatto cooperativo dall'atto di coordinamento.[509]

---

[508] Concl. Avv. Gen., Verica Trstenjak, 23 maggio 2012, C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento v Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e altri*, ECLI:EU:C:2012:303, punto 75.

[509] Nicola BASSI, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 22, ritiene che « *il coordinamento implicherebbe solamente la condivisione, da parte dei soggetti interessati, di determinati standards comuni, i quali una volta introdotti opererebbero autonomamente, in virtù del semplice fatto della loro introduzione e della convenienza per tutti di rispettarli allo scopo di evitare le conseguenze negative di un comportamento non coordinato* […] *La cooperazione segnerebbe invece un livello più elevato di integrazione, caratterizzato essenzialmente dalla necessità che i partecipanti assumano impegni positivi volti ad assicurare le controparti circa il loro comportamento futuro e dalla istituzione di meccanismi stabiliti di confronto dialettico e di controllo nonché di materiale scambio fra loro di utilità di comune interesse* ». Sul coordinamento: Franco PIGA, *Coordinamento (principio del)*, in *Enc. giur.*, UTET, Roma,

In realtà, nei considerando delle direttive si trovano due posizioni intorno al significato e al contenuto della cooperazione. Quanto al significato, si registra che « [*a*]*l fine di rispettare tali condizioni, la cooperazione dovrebbe fondarsi su un concetto cooperativistico* ».[510] Quanto al contenuto, è espressamente previsto che « [*i*] *contratti per la fornitura congiunta di servizi pubblici non dovrebbero essere soggetti all'applicazione delle norme stabilite nella presente direttiva, a condizione che siano conclusi esclusivamente tra amministrazioni aggiudicatrici, che l'attuazione di tale cooperazione sia dettata solo da considerazioni legate al pubblico interesse e che nessun fornitore privato di servizi goda di una posizione di vantaggio rispetto ai suoi concorrenti* ».[511] Dunque, vi sarebbe la chiara conferma che la cooperazione può consistere nella fornitura congiunta di servizi pubblici, come nel caso *Hamburg*, ma il riferimento al concetto cooperativistico sembra riferirsi a ipotesi di tipo solidaristico, che vanno al di là del significato di cooperazione amministrativa in senso giuridico.

Tra i principi di carattere generale emergeva il seguente postulato: « *il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una*

1988, vol. X, osserva che il « *coordinamento non sarebbe un istituto giuridico quanto un principio cioè una regola generale dell'organizzazione della funzione amministrativa e dell'azione pubblica* » (p. 3).

[510] Considerando (47), secondo capoverso, primo alinea, dir. 2014/23/UE e considerando (33), terzo capoverso, primo alinea, dir. 2014/24/UE. Nulla è specificato nella dir. 2014/25/UE.

[511] Considerando (47), primo capoverso, ultimo alinea, dir. 2014/23/UE e considerando (33), secondo capoverso, primo alinea, dir. 2014/24/UE. Nulla è specificato nella dir. 2014/25/UE.

particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico » (punto 46).
Tale criterio merita di essere segnalato, essendo entrato a fare parte di quei presupposti che condizionano l'ambito di applicazione dell'esenzione: « [*l*]*e amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero poter decidere di fornire congiuntamente i rispettivi servizi pubblici mediante cooperazione senza essere obbligate ad avvalersi di alcuna forma giuridica in particolare* ».[512]
Tale principio, in particolare, veniva enunciato in replica alla contestazione mossa dalla Commissione secondo la quale la "creazione di un organismo di diritto pubblico" da incaricare dello smaltimento dei rifiuti sarebbe "esulava dalla normativa sugli appalti pubblici" (punto 46).
La critica della Commissione europea è interessante, anzitutto, dal punto di vista storico, dal momento che nel caso *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden v BFI Holding BV*,[513] l'oggetto della controversia era proprio la legittimità dell'affidamento del servizio di smaltimento rifiuti da parte di alcuni enti pubblici in favore di un organismo di diritto pubblico da loro costituito, in virtù di un contratto stipulato in base ad un diritto esclusivo, come previsto dall'art. 6,

---

[512] Considerando (47), primo capoverso, primo alinea, dir. 2014/23/UE e considerando (33), primo capoverso, primo alinea, dir. 2014/24/UE. Nulla è specificato nella dir. 2014/25/UE.
[513] C.G.C.E., 10 novembre 1998, C-360/96, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden v BFI Holding BV*, ECLI:EU:C:1998:525, con note di Guido GRECO, *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 1999, a. IX, n. 1, pp. 157-192; Edoardo CHITI, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Sato e Corte di Giustizia*, in *Urb. e App.*, 1999, a. III, n. 1, pp. 85-91; Elisa SCOTTI, *I nuovi confini dell'«organismo di diritto pubblico» alla luce delle più recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Foro It.*, 1999, a. CXXII, n. 4, pt. IV, pp. 140-146.

dir. 92/50/CEE (ex art. 18, dir. 2004/18/CE, oggi art. 10, par. 1, dir. 2014/23/UE, art. 11, dir. 2014/24/UE ed art. 22, dir. 2014/25/UE), quando ancora la giurisprudenza non aveva riconosciuto la possibilità di affidamento *in house*.[514] In tale contenzioso, veniva contestata la natura di organismo di diritto pubblico, senza mettere in discussione

[514] Le differenze tra affidamento *in house* e affidamento in base ad un diritto esclusivo sono: dal punto di vista soggettivo, nel primo le parti non devono essere entrambe amministrazioni aggiudicatrici (cfr. punto 51, sentenza *Teckal*), mentre lo sono nel secondo; dal punto di vista oggettivo, nel secondo non ricorre alcuna "relazione organizzativa" (Dario CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione* in house, Jovene, Napoli, 2003, p. 295), cosa che invece si trova nel primo. Giuseppina MARI, *Gli appalti di servizi affidati in base ad un diritto esclusivo ad altra amministrazione aggiudicatrice*, in Roberto GAROFOLI, Maria Alessandra SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/17/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 115-128 e Antonio D. MAZZILLI, Giuseppina MARI, Roberto CHIEPPA, *I contratti esclusi dall'applicazione del codice dei contratti pubblici*, in Maria Alessandra SANDULLI, Rosanna DE NICTOLIS, Roberto GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, *I principi generali, i contratti pubblici, i soggetti*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 396-498, § 7.4.1. *Gli appalti di servizi affidati in base ad un diritto esclusivo ad altra amministrazione aggiudicatrice*, ritiene « *da escludere che tra le stesse potesse ritenersi sussistente un rapporto di* genus ad speciem » (p. 450). *Contra*, Eugenio PICOZZA, *Gli appalti pubblici di servizi*, Maggioli, Rimini, 1995, p. 75, che distingueva contratto d'appalto e affidamento in base ad un diritto esclusivo in base al fondamento legale: il primo era disciplinato dal diritto europeo, il secondo dal diritto nazionale, per cui sarebbe stato assimilabile all'affidamento *in house*, trovando anche questo la propria legittimazione nel diritto nazionale e, comunque, nella ratio secondo cui l'*in house providing* costituisce un'operazione interna alla pubblica amministrazione (come ritenuto dalla difesa in giudizio della Germania al punto 13 della sentenza *Hamburg*).

la natura del diritto esclusivo (come avvenuto nel caso *Correos*), con il quale era fatto "divieto a qualsiasi altra impresa di procedere alla raccolta dei rifiuti domestici senza la previa autorizzazione del collegio degli assessori comunali" (punto 21).

Sempre sul piano storico, val la pena osservare che le modalità di gestione del servizio di smaltimento dei rifiuti sono state vagliate dalla Corte di Giustizia non solo nel caso *BFI* e nel caso *Hamburg*, ma anche nel citato caso *Remondis*, ove gli enti locali affidavano il servizio non ad un organismo di diritto pubblico o tramite accordo di cooperazione, bensì tramite consorzio a cui era stata trasferita ogni competenza in materia.

Tale rilievo storico aiuta, d'altra parte, a ricostruire la *consistency* delle esenzioni al diritto dei contratti pubblici, essendo ben chiaro come il contenzioso si sia esteso nel tempo su ogni fronte, dalla nozione di organismo di diritto pubblico (caso *BFI Holding*), toccando la nozione di diritto esclusivo (caso *Correos*), per costruire la nozione di affidamento *in house* e quasi *in house* (caso *Teckal* e caso *Stadt Halle*), fino alla nozione di cooperazione inter-amministrativa (caso *Hamburg*) e la costruzione di una compiuta nozione di trasferimento di competenze (caso *Remondis*).

Tanto è vero che, per effetto della sentenza *Hamburg*, Parlamento europeo e Commissione europea si impegnavano a fissare alcuni principi, a beneficio della successiva interpretazione. In particolare, il Parlamento europeo,[515] dopo avere sottolineato l'importanza del "riconoscimento del diritto all'autonomia regionale e

[515] Risoluzione del Parlamento Europeo del 18 maggio 2010, sui "*nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici*", 2011/C, 161 E/06, P7_TA(2010)0173, punti 9-12.

locale", per effetto del Trattato di Lisbona, che ha introdotto il Trattato sull'Unione Europea (e in specie, l'art. 4, par. 2, in materia), affermava che « *purché le disposizioni del diritto europeo non impongano la creazione di un mercato in un determinato settore, spetta agli Stati membri decidere se e in quale misura espletare essi stessi funzioni pubbliche* » (punto 10), il che corrispondeva esattamente al ragionamento della Corte nella sentenza *Correos*.

Tale richiamo dimostra lo stretto legame tra la costruzione delle esenzioni al diritto dei contratti pubblici con l'applicazione dell'esimente dell'art. 106, par. 2, T.F.U.E., dal momento che le attività svolte in cooperazione non sarebbero, per un'impostazione ideologica, i servizi in genere, ma i servizi di interesse economico generale, peraltro solo quelli non liberalizzati.

A bene vedere, si tratterebbe di un divieto ideologico, se consideriamo che la creazione di mercati liberalizzati sarebbe d'ostacolo alla cooperazione tra enti pubblici in posizione paritaria, mentre non sarebbe d'impedimento all'autoproduzione di beni e servizi nell'interesse dell'Amministrazione committente (e non della collettività) attraverso un'organizzazione *in house*.

5. *I requisiti del contratto di cooperazione: sviluppi giurisprudenziali e legislativi*.

Dopo la sentenza *Hamburg*, la Grande Sezione, un'altra volta, tornava sulla questione della legittimità degli accordi inter-amministrativi giustificati da esigenze di

cooperazione, con la sentenza *Università del Salento*,[516] che formava, insieme a due ordinanze,[517] un trittico di

[516] C.G.U.E., Grande Sezione, 19 dicembre 2012, C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento v Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e altri*, ECLI:EU:C:2012:817, con note di Roberto CARANTA, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2013, a. XVII, n. 4, pp. 391-397; Mario E. COMBA, *Cooperazione verticale ed orizzontale tra enti pubblici: verso una "teoria unificata" delle deroghe all'applicazione della normativa europea sugli appalti?*, in *Dir. Pubb. Comp. Eur.*, 2013, a. XVI, n. 1, pp. 298-303; Marco MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'*in house *al Partenariato "Pubblico-Pubblico"*, in *Giur. It.*, 2013, a. CLV, n. 6, pp. 1416-1419; Antonio NICODEMO, Giovanni Francesco NICODEMO, *Nuovi canoni interpretativi per il partenariato pubblico-pubblico. Il Giudice Europeo si mostra rigoroso sulle ipotesi di collaborazione tra le PP.AA. in favore del principio di concorrenza. Nota a Corte di Giustizia Europea Grande Sezione 19/12/2012 n. C 159/11*, in *Giust. Amm.*, 2013, a. X, n. 2, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 7 febbraio 2013; Paolo DE ANGELIS, *Nuove forme di cooperazione tra amministrazioni pubbliche. Il partenariato pubblico-pubblico: funzione, limiti, disciplina*, in *Sanità Pubb. e Priv.*, 2013, a. XXII, n. 1, pp. 78-85; Luisa CAPICOTTO, *Commento alla sentenza della Corte di Giustizia – Grande Sezione – 19 dicembre 2012. Elementi identificativi degli accordi di cooperazione, ex art. 15 Legge 241 del 1990 e s.m.i. e obbligo di rispettare le regole dell'Unione Europea sugli appalti pubblici*, in *Gazz. Amm.*, 2012, n. 4, pubblicato *on line*; Giuseppe FIENGO, *Le regole europee in materia di appalti pubblici: nulla di nuovo dalla Corte con la sentenza 19 dicembre 2012, C-159/11 (… ?)*, in *Rass. Avv. Stato*, 2012, a. LXIV, n. 4, pp. 23-25; Simone LUCA, *Note a Corte di Giustizia della Comunità Europea del 19 dicembre 2012 C-159/11*, 2012, pubblicato *on line* sul sito www.ildirittoamministrativo.it.; Giovanni TULUMELLO, *Ambito di applicazione oggettivo degli impegni consensuali fra amministrazioni pubbliche, disciplina degli interessi e procedimenti*

a forma vincolata: il limite del diritto europeo della concorrenza, 2012, pubblicato *on line* sul sito www.giustizia-amministrativa.it [nota alle conclusioni dell'Avv. Gen. presentate in data 23 maggio 2012, nella causa C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*]; David MCGOWAN, *Clarification of Permissible Public Cooperation and Pecuniary Interest:* Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento v Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce *(C-159/11)*, in *Public Procurement Law Review*, 2013, a. XXII, n. 3, pp. NA61-NA64. Per un inquadramento generale della sentenza nell'ambito della disciplina interna il saggio di Ernesto STICCHI DAMIANI, *Gli accordi di collaborazione tra università e altre amministrazioni pubbliche*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2012, a. V, n. 3, pp. 807-842 e Sergio FOÀ, Michele Ricciardo CALDERARO, *Il partenariato tra università ed enti locali: strumenti pattizi e modello fondazionale*, in *Federalismi*, 2016, n. 4, pubblicato *on line* sul sito www.federalismi.it in data 24 febbraio 2016. In tema: Luisa TORCHIA, *Accordi di programma e ricerca scientifica*, in *Pol. Dir.*, 1991, a. XXII, n. 2, pp. 285-300.

[517] Ordinanza C.G.U.E., Sez. X, 16 maggio 2013, C-564/11, *Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e altri v Comune di Pavia e Università degli Studi di Pavia*, ECLI:EU:C:2013:307 (in questo caso, non c'era stato affidamento diretto, bensì gara riservata ad enti pubblici di ricerca), Antonio BARTOLINI, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti*, in *Urb. e App.*, 2013, a. XVII, n. 12, pp. 1260-1265, e ordinanza C.G.U.E., Sez. X, 20 giugno 2013, C-352/12, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri v Comune di Castelvecchio Subequo, Università degli Studi Chieti Pescara – Dipartimento Scienze e Storia dell'Architettura e Consiglio Nazionale degli Ingegneri v Comune di Barisciano, Scuola di Architettura e Design Vittoria (SAD) dell'Università degli Studi di Camerino*, ECLI:EU:C:2013:416. La sentenza merita attenzione avendo ad oggetto riguardato l'affidamento diretto dell'attività di pianificazione urbanistica successiva al sisma del 2009: « [*i*]*l sisma del 6 aprile 2009 nella zona dell'Aquila ha creato una situazione di straordinaria emergenza, per fronteggiare la quale sono stati istituiti organi speciali, dotati di poteri d'ordinanza* » (punto 14). Cionondimeno

pronunce in tema di legittimazione delle Università alla stipula di un contratto pubblico travestito da accordo inter-amministrativo.[518] A seguito di tali decisioni sgorgava un fiume di studi in materia.[519] Tali sentenze, insieme alle

---

non veniva riconosciuta alcuna esimente legata all'esercizio dei poteri di ordinanza (aspetto che in realtà la sentenza solo lambisce), anche se la sentenza lascia aperta la strada per l'accertamento del giudice della deroga all'obbligo di gara per motivi di urgenza.

[518] Sui vincoli delle Università al rispetto del diritto delle commesse pubbliche: Andrea GIDEON, Albert SANCHEZ-GRAELLS, *When Are Universities Bound by EU Procurement Rules as Buyers and Providers? – English Universities as a Case Study*, in *Ius Publicum*, 2015, a. IV, n. 1, pp. 58, pubblicato *on line* sul sito www.ius-publicum.com.

[519] Giovanni Maria CARUSO, *La collaborazione contrattuale fra pubbliche amministrazioni. Unità e frammentazione della sfera pubblica fra logica del mercato e obiettivi di contenimento della spesa*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2015, a. XXV, n. 3-4, pp. 775-818; Gerolamo TACCOGNA, *I partenariato pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, in *Feralismi*, 2015, n. 18, pubblicato *on line* sul sito www.federalismi.it in data 30 settembre 2015; Alvise Vittorio Alessandro DIVARI, *Per una lettura degli accordi di partenariato pubblico-pubblico, di cooperazione e di collaborazione inter-amministrativa*, in *Dir. Econ.*, 2014, a. XXVII, n. 1, pp. 233-263; Piero DE LUCA, *Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, a. XIX, n. 2, pp. 381-397; Davide MARESCA, *La cooperazione inter-amministrativa, tra appalti e accordi orizzontali: i recenti orientamenti della Corte di giustizia*, in *Dir. Pubb. Comp. Eur.*, 2013, a. XVI, n. 2, pp. 688-702; Viviana DI CAPUA, *Accordi tra Amministrazioni e inderogabilità del diritto dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici. La tutela della concorrenza diventa un «superprincipio»*, in *Giust. Amm.*, 2014, a. XI, n. 2, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 24 febbraio 2014; Clemente Pio SANTACROCE, *Osservazioni sul «partenariato pubblico-pubblico», tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del*

modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni, in *Riv. Giur. Urb.*, 2014, a. LVII, n. 2, pt. II, pp. 174-197, nonché in *Giust. Amm.*, 2014, a. XI, n. 6, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 26 giugno 2014; Claudio RANGONE, In house *e cooperazione pubblico pubblico nel Trattato, nella giurisprudenza della Corte e nelle nuove direttive appalti e concessioni*, relazione al Convegno IGI del 27 febbraio 2014, pubblicato *on line*; Antonio Vincenzo CASTORINA, *Il principio di concorrenza come limite agli accordi tra pubbliche amministrazioni*, in *Rass. Avv. Stato*, 2013, a. LXV, n. 3, pp. 205-219; Roberto CIPPITANI, *Applicazione della disciplina degli appalti agli accordi tra enti pubblici per lo svolgimento di attività di ricerca*, in *App. e Contr.*, 2013, pubblicato *on line*; Bruno DI GIACOMO RUSSO, *I contratti di cooperazione tra enti pubblici e la tutela della concorrenza*, in *App. e Contr.*, 2013, a. VIII, n. 1-2, pp. 54-60; Bruno DI GIACOMO RUSSO, *Il partenariato pubblico-pubblico tra giurisprudenza comunitaria e italiana*, in *Contr. St. e Enti Pubb.*, 2013, a. XXI, n. 4, pp. 17-29; Pietro QUINTO, *L'incertezza giurisprudenziale e la certezza del diritto (riflessioni critiche sulla sentenza del TAR Lombardia-Milano, Sez. I, n. 2361/2013)*, in *Lexitalia*, 2013, Andrea SONCINI, *Gli accordi tra pubbliche Amministrazioni ex art. 15 L. 241/90 e il divieto di affidamenti diretti*, in *Dir. Com. Scambi Intern.*, 2013, a. LII, n. 3, pp. 433-445; Antonio SPAGNUOLO, *L'affidamento di appalti tra amministrazioni aggiudicatrici*, in *Lexitalia*, 2013, n. 12; Massimiliano SPAGNUOLO, *L'affidamento di appalti tra amministrazioni aggiudicatrici: un nuovo arresto della Corte di Giustizia*, in *Appalti & Contratti*, 2013, a. VIII, n. 12, pp. 36-38; Sabrina TRIVELLONI, *Attività di protezione civile tra contratti di appalto, affidamenti* in house, *accordi fra pubbliche amministrazioni e alla luce delle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della giurisprudenza nazionale. Interpretazione della sentenza della CGUE del 19 dicembre 2012, C-159/11*, in *Rass. Avv. Stato*, 2013, a. LXV, n. 2, pp. 50-65; Sabrina TRIVELLONI, *Attività di protezione civile tra contratti di appalto, affidamenti in house ed accordi fra pubbliche amministrazioni ex art. 15, L. 7 agosto 1990, n. 241 ed art. 6 L. 24 febbraio 1992, n. 225, alla luce dell'entrata in vigore del D.Lgs. 18*

altre, originavano da controversie italiane attinenti formalmente ad accordi di collaborazione, stipulati in applicazione dell'art. 15, L. n. 241/1990, quale strumento generale del coordinamento consensuale dei poteri pubblici, per effettuare attività di diritto privato e per svolgere, secondo la logica europea, attività economiche.
Interessante notare come la nozione di attività economica abbia rilevanza nella definizione delle fattispecie giurisprudenziale: come noto, infatti, il diritto europeo della concorrenza ha costruito una nozione di attività economica, autonoma rispetto ai diritti nazionali, con efficacia limitata all'applicazione delle fattispecie *antitrust*. Da questo primo ambito, la nozione ha trovato applicazione nel contesto della disciplina dei contratti pubblici, senza però trasfigurare la *ratio* di tali direttive in senso *antitrust*, che rimane pro-competitiva, ma non liberalizzatrice dei mercati.[520]

---

aprile 2016, n. 50, in *Rass. Avv. Stato*, 2016, a. LXVIII, n. 4; Francesca IERVOLINO, *Accordi tra pubbliche amministrazioni e tutela della concorrenza*, in *Giust. Amm.*, 2012, n. 12, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 13 dicembre 2012; Enzo Maria MARENGHI, *Affidamento di servizi pubblici senza gara tra interesse comune e cooperazione*, in *Nuove Autonomie*, 2012, a. XXI, n. 1, pp. 395-409.

[520] Non esiste dipendenza tra diritto dei contratti pubblici e "regole di concorrenza" previste dal capo 1, titolo VII, T.F.U.E. (artt. 101-109, ex artt. 81-89 T.C.E.): in particolare, le conclusioni dell'Avvocato Generale, Christine Stix-Hackl, 1 luglio 2004, C-247/02, *Sintesi SpA v Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*, ECLI:EU:C:2004:399, § *Direttive in materia di aggiudicazione e principio della concorrenza in generale*, precisano che è stato « *sottolineato in vari modi l'importanza della concorrenza rispetto alle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. A tal riguardo occorre rammentare, come ha fatto la Commissione, che la direttiva 93/37 non è funzionale all'attuazione dell'art. 81 CE* »

In effetti, la sentenza *Università del Salento* non si discostava dalla sentenza *Hamburg*: infatti, veniva ribadita la necessità che l'accordo inter-amministrativo è esente dal diritto degli appalti pubblici solo quando istituisce una cooperazione tra enti pubblici (punto 34) e persegue esclusivamente un interesse pubblico (punto 36).
A ben vedere, però, con la sentenza *Università del Salento*, la Corte sviluppava le implicazioni e approfondiva i presupposti della sentenza *Hamburg*.
Guardando agli argomenti implicati dal ragionamento avviato dalla sentenza *Hamburg*, la Corte coglieva l'occasione per chiarire che i criteri idonei ad innescare l'esenzione per fini cooperativi sono cumulativi e, dunque, « *un contratto siffatto può tuttavia esulare dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici soltanto qualora soddisfi tutti suddetti criteri* » (punto 36).
Veniva precisata nella sentenza *Università del Salento* l'affermazione dell'idea che « *un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto* » (punto 30).

(punto 28). Inoltre, C.G.C.E., Grande Sez., 21 luglio 2005, C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de' Botti e Padania Acque SpA*, ECLI:EU:C:2005:487, segnala che « *l'art. 81 CE, che si applica, secondo la sua formulazione letterale, agli accordi «tra imprese», non si riferisce, in linea di principio, ai contratti di concessione conclusi da un comune, nella sua veste di pubblica autorità, con un concessionario incaricato dell'esecuzione di un pubblico servizio (v., in questo senso, sentenza 4 maggio 1988, causa 30/87, Bodson, Racc. pag. 2479, punto 18)* » (punto 12).

Si profilava così l'enunciazione del principio secondo cui un contratto pubblico deve essere affidato sulla base di procedure competitive anche in assenza di profitto.[521] Nel nostro ordinamento è stato assoggettato all'obbligo di trasparenza e di gara perfino un contratto gratuito.[522] In realtà, nella sentenza *Auroux* era stato affermato che « [*l*]*'onerosità di un contratto si riferisce alla controprestazione erogata all'imprenditore a motivo della realizzazione delle opere previste dall'amministrazione aggiudicatrice (v., in tal senso, sentenza Ordine degli Architetti e a., cit., punto 77)* » (punto 45, sentenza *Auroux*).

Tale principio è formalmente innovativo, non risultando precedenti simili, e la sua *ratio* non risulta contenuta nella motivazione della sentenza *Università del Salento*, ma si ricava dal significato giuriprudenziale di attività economica elaborato con riferimento (non al diritto dei contratti pubblici, ma) al diritto della concorrenza, alla cui interpretazione si conforma l'applicazione del diritto dei

---

[521] Roberto CIPPITANI, *La nozione di contratto "a titolo oneroso" negli appalti pubblici*, in *I contratti*, 2013, a. XXI, n. 5, pp. 523-530.

[522] Roberto GIOVAGNOLI, *Obbligo di gara anche per i contratti gratuiti*, in *Urb. e App.*, 2007, a. XI, n. 7, pp. 723-726. Il tema, in realtà, è controverso dato che non esiste corrispondenza biunivoca tra attività aggiudicabile e attività economica; come del resto non esiste identità tra attività economica e onerosità. Esistono, infatti, attività onerose che non sono economiche: C.G.U.E., Sez. V, 12 maggio 2016, C-520/14, *Gemeente Borsele v Staatssecretaris van Financiën*, ECLI:EU:C:2016:334: « *l'esistenza di una prestazione di servizi effettuata a titolo oneroso, ai sensi della disposizione citata precedentemente, non è sufficiente per constatare l'esistenza di un'attività economica ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, della direttiva IVA* » (punto 28).

contratti pubblici.[523] Sul piano giuridico, tale opzione interpretativa dà modo di assicurare *consistency* (logicità

[523] C.G.C.E., Sez. III, 29 novembre 2007, C-119/06, *Commissione delle Comunità europee v Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:2007:729, con nota di Maura MATTALIA, *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario*, in *Foro Amm.*, 2008, a. VII, n. 7-8, pp. 1984-1997. La motivazione della sentenza è articolata, ma merita di essere letta punto per punto dal 36 al 39: « *36 Anzitutto, la Repubblica italiana contesta che detto accordo quadro costituisca un appalto pubblico di servizi ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva rilevante, in quanto le associazioni interessate non sono operatori commerciali ma svolgono la loro attività al di fuori del mercato e dell'ambito della concorrenza. Tale argomento è basato sul fatto che dette associazioni non perseguono fini di lucro e che esse riuniscono persone motivate da considerazioni di solidarietà sociale. 37 Senza negare l'importanza sociale delle attività di volontariato, si deve necessariamente constatare che tale argomento non può essere accolto. Infatti, l'assenza di fini di lucro non esclude che siffatte associazioni esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza (v., in questo senso, sentenze 16 novembre 1995, causa C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance e a., Racc. pag. I-4013, punto 21; 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, Pavlov e a., Racc. pag. I-6451, punto 117, nonché 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, AOK Bundesverband e a., Racc. pag. I-2493, punto 49). 38 Occorre ricordare che, secondo la giurisprudenza della Corte, entità come le organizzazioni sanitarie che garantiscono la fornitura di servizi di trasporto d'urgenza e di trasporto di malati devono essere qualificate imprese ai sensi delle norme di concorrenza previste dal Trattato (sentenza 25 ottobre 2001, causa C-475/99, Ambulanz Glöckner, Racc. pag. I-8089, punti 21 e 22). 39 Ne deriva che le associazioni interessate possono esercitare un'attività economica in concorrenza con altri operatori.)* ». C.G.C.E., 16 novembre 1995, C-244/94, *Fédération*

intrinseca) al diritto dei contratti pubblici e *coherence* (logicità estrinseca) con il diritto della concorrenza, ma in realtà richiede sforzi interpretativi per assicurare la "tenuta del sistema" davanti ai casi perplessi. Il portato di tale approccio metodologico (secondo cui la nozione di attività economica rilevante nel diritto dei contratti pubblici si ricava dalla nozione di attività economica applicata nel diritto della concorrenza) sta nel ritenere che ogni attività economica, oggetto di contratto pubblico e disponibile sul mercato, debba essere affidata solo mediante procedura competitiva, in modo da non ledere il mercato concorrenziale, come visto nella sentenza *Correos*. Il fondamento della necessità di rispettare l'obbligo di gara in caso di approvvigionamento di attività economiche risiede nell'interesse alla parità di trattamento degli operatori economici.

---

française des sociétés d'assurance e altri contro Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, ECLI:EU:C:1995:392: « *il solo fatto che la CCMSA non persegua un fine di lucro non priva l'attività che essa svolge della sua natura economica, poiché - tenuto conto delle caratteristiche rilevate al punto 17 - questa può dar luogo a comportamenti che le norme sulla concorrenza intendono reprimere* » (punto 21). C.G.C.E., 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavel Pavlov and Others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, ECLI:EU:C:2000:428: « [*p*]*ertanto, l'assenza di fini di lucro e gli elementi di solidarietà addotti dal Fondo e dai governi intervenuti non bastano a privare il Fondo della sua qualità di impresa ai sensi delle regole di concorrenza del Trattato (v. sentenze Albany, punto 85, Brentjens', punto 85, e Drijvende Bokken, punto 75, già citate)* » (punto 117). Lapidarie le conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs, 1 dicembre 2005, C-5/05, *Staatssecretaris van Financiën v B. F. Joustra*, ECLI:EU:C:2005:737, secondo cui « [*t*]*uttavia, un'attività non perde necessariamente il carattere commerciale per il semplice fatto che manchi il fine lucrativo* » (punto 84).

L'affermazione del principio di equivalenza tra rimborso dei costi e remunerazione dell'investimento aveva, senz'altro, un impatto seminale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia,[524] essendo stato applicato anche nei

[524] C.G.U.E., Sez. V, 11 dicembre 2014, C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e altri contro San Lorenzo Soc. coop. sociale e Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*, ECLI:EU:C:2014:2440, con note di Roberto Caranta, *Affidamento dei servizi di ambulanza al no-profit*, in *Urb. e App.*, 2015, a. XIX, n. 5, pp. 512-519; Alessandra ALBANESE, *La Corte di giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma sembra avere paura del proprio coraggio)* [nota a Corte giust. 11 dicembre 2014, causa C-113/13], in *Foro It.*, 2015, a. CIL, n. 3, pt. IV, pp. 151-157; e C.G.U.E., Sez. V, 28 gennaio 2016, C-50/14, *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA)* et alii *v Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4) and Regione Piemonte*, ECLI:EU:C:2016:56. Suscita un sorriso beffardo l'acronimo "CASTA" che si è dato il Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio, visto il dibattito, tutto nostrano, sui privilegi delle caste; in particolare, dovrebbe essere ricordato che proprio la categoria dei tassinari italiani abbia invocato l'apertura alla concorrenza del mercato del trasporto malati (in urgenza e in degenza), quando nel nostro ordinamento tali soggetti godono, come una casta, del monopolio del trasporto a chiamata e di corsie riservate davanti agli ospedali (motivo per cui la distorsione della concorrenza non sarebbe immaginabile), oltre che davanti alle stazioni ferroviarie e degli autobus e nelle viabilità stradale, tanto che nel Regno Unito si è dubitato che tali corsie riservate non possano costituire aiuti di Stato, visto l'intenso traffico di Londra. Cfr. Andrea BIONDI, *The Boundaries of EU State Aid Control Rules*, in *Ital. Antitr. Rev.*, 2015, a. II, n. 1, pp. 1-5, Valentina GASTALDO, *Se prendere un taxi a Londra configura un aiuto di stato. Sulla legittimità di escludere dalle corsie preferenziali i veicoli a noleggio con conducente (note a margine della sentenza Corte di Giustizia Europea, Ventech Ltd c. The Parking Adjudicator, 14 gennaio 2015)*, in *Riv. Reg. Merc.*, 2015, a. II, n. 1,

giudizi relativi ad affidamenti diretti (non a enti pubblici, ma) ad associazioni di volontariato[525] ed a cooperative sociali del servizio d'ambulanza e di gestione di canili. Ragioni di solidarietà sociale hanno permesso di giustificare, secondo la Corte di Giustizia, la legittimità dell'affidamento diretto di contratti pubblici ad associazioni di volontariato; in effetti, per quanto fondata su basi normative, tale soluzione smentisce il primo postulato dell'ordine di mercato, che contraddistingue il mercato come luogo di scelte decentrate.[526] Infatti, con

---

pp. 289-302, pubblicato *on line* sul sito www.rivistaregolazionedeimercati.it.

[525] Le associazioni di volontariato sono disciplinate dalla L. 11 agosto 1991, n. 266. Cfr. Erminio FERRARI, *I servizi sociali*, in Sabino CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003 (2° ed. 2000), vol. I, *Diritto amministrativo speciale*, tomo I, pp. 891-924, in part. § 4.2. *Il volontariato*, pp. 917-922; M.T. Paola CAPUTI JAMBRENGHI, *Volontariato sussidiarietà mercato*, Cacucci, Bari, 2008, Cap. V, *Le associazioni di volontariato nel mercato*, § 3. *La possibile violazione delle norme sulla concorrenza*, pp. 268-276. Da ultimo, Paolo MARIACHIARA, *Contrattazione e servizi "relazionali" ai sensi delle direttive comunitarie 2014/23/UE e 2014/24/UE. Spunti per un inquadramento*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2016, a. XXVI, n. 2, pp. 461-517 e Alfredo MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. It. Dir. Pubb.*, 2015, a. LXV, n. 1, pp. 89-137.

[526] Michele GRILLO, *Antitrust*, in *Riv. Pol. Econ.*, 2006, a. XCVI, n. 3, pp. 325-419, afferma che « [*i*]*n termini astratti, il mercato è un contesto sociale nel quale le decisioni rilevanti dei soggetti sono decentrate. Le imperfezioni della concorrenza ostacolano tuttavia la capacità dei sistemi decentrati di mercato di conseguire i risultati di efficienza che ne fondano la giustificazione sociale nella prospettiva dell'analisi economica. In presenza di* market failure, *gli economisti tendono a suggerire spesso risposte di* policy *che implicano la sostituzione di assetti decisionali decentrati con*

l'affidamento diretto di attività economiche (seppure svolte a fini solidadaristici) il mercato risulta, sul piano economico, senz'altro distorto, essendo la scelta dell'affidamento non decentrata, ma predeterminata dal soggetto affidante, il che ha impegnato la scienza economica a dare una spiegazione della sostenibilità economica dell'organizzazioni senza scopo di lucro.[527]
La sua applicazione, però, non è stata identica alla nozione originale: infatti, se all'inizio, non era sufficiente esonerare un contratto perché senza profitto, orbene il principio sembra essere stato impiego per imporre la necessità dell'assenza per giustificare l'esenzione del contratto.[528]

---

decisioni pubbliche accentrate. L'antitrust si propone invece come una risposta istituzionale differente, che ha la finalità di esaltare il decentramento decisionale anche quando le condizioni di concorrenza sono imperfette » (p. 325, *incipit*). *Idem*, Mita MARRA, *Il mercato nella pubblica amministrazione. Coordinamento, valutazione responsabilità*, Carocci, Roma, 2006, sottolinea che « [*l*]*a tesi di questo volume è che il mercato, vale a dire il coordinamento decentrato e volontario che si instaura fra individui, organizzazioni e istituzioni, impronta non solo l'impianto logico-concettuale delle politiche pubbliche ma anche il funzionamento della PA, orientando l'attenzione dei decisori e dei manager sui bisogni dei cittadini-utenti* » (p. 19).

[527] Cfr. Avner BENI-MER, *Le organizzazioni senza scopo di lucro: perché esistono nelle economie di mercato?*, in Giorgio BROSIO, *La teoria economica dell'organizzazione*, Il Mulino, Bologna, 1989, pp. 249-279, collana *Quaderno* di *Problemi di Amministrazione pubblica*, n. 13 Formez.

[528] C.G.U.E., Sez. V, 11 dicembre 2014, C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e altri contro San Lorenzo Soc. coop. sociale e Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*, ECLI:EU:C:2014:2440, ha precisato che « [*r*]*elativamente al rimborso dei costi occorre vegliare a che nessuno scopo di lucro, nemmeno indiretto, possa essere perseguito sotto la copertura di un'attività di volontariato, e altresì a che il volontario possa farsi*

L'impatto di tale principio è stato tanto dirompente da avere comportato la modifica del quadro delle esenzioni previste dalle direttive di ultima generazione, per quanto le disposizioni siano di non immediata lettura.[529]

---

rimborsare soltanto le spese effettivamente sostenute per l'attività fornita, nei limiti previamente stabiliti dalle associazioni stesse » (punto 62). C.G.U.E., Sez. V, 28 gennaio 2016, C-50/14, *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA)* et alii *v Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4) and Regione Piemonte*, ECLI:EU:C:2016:56, punto 65, con nota di Adrian BROWN, *The Direct Award of Ambulance Services to Voluntary Organisations in Italy, revisited: Case C-50/14 CASTA*, in *Public Procurement Law Review*, 2016, a. XXV, n. 3, pp. NA72-NA76.

[529] Sul punto, le direttive di ultima generazione hanno distinto il servizio d'ambulanza in emergenza dal servizio di trasporto di pazienti (che non richiede necessariamente il ricorso all'ambulanza): il primo è sottratto al diritto dei contratti pubblici, il secondo è invece assoggettato alle procedure competitive. In realtà, il quadro normativo non è tanto semplice, da quanto si può ricavare comparando i testi normativi con i considerando delle direttive. Cfr. art. 10, "*Esclusioni riguardanti le concessioni aggiudicate da amministrazioni aggiudicatrici e da enti aggiudicatori*", par. 8, lett. h), dir. 2014/24/UE e art. 10, "*Esclusioni specifiche per gli appalti di servizi*", lett. h), dir. 2014/24/UE: « [*l*]*a presente direttiva non si applica* [*alle concessioni/agli appalti pubblici di servizi*]*: concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110- 4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9 e 85143000-3, ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza* ». Considerando (36), dir. 2014/23/UE e considerando (28), dir. 2014/24/UE: « [*l*]*a presente direttiva non dovrebbe applicarsi a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla*

Del pari, tale principio influenzava il dibattito internazionale e la giurisprudenza tanto a livello europeo,[530] ove tuttora è pendente una ulteriore questione

---

presente direttiva. La loro esclusione, tuttavia, non dovrebbe essere estesa oltre lo stretto necessario. Si dovrebbe pertanto stabilire esplicitamente che i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza non dovrebbero essere esclusi. In tale contesto è inoltre necessario chiarire che nel gruppo 601 «Servizi di trasporto terrestre» del CPV non rientrano i servizi di ambulanza, reperibili nella classe 8514. Occorre pertanto precisare che i servizi identificati con il codice CPV 85143000-3, consistenti esclusivamente in servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza, dovrebbero essere soggetti al regime speciale previsto per i servizi sociali e altri servizi specifici («regime alleggerito»). Di conseguenza, anche gli appalti misti per la prestazione di servizi di ambulanza in generale dovrebbero essere soggetti al regime alleggerito se il valore dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza fosse superiore al valore di altri servizi di ambulanza ».

[530] In tema di ambulanze, cfr. i contributi di Annalisa Aschieri, Roberto Caranta, Pedro Telles e Albert Sanchez-Graells, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2016, a. XI, n. 1, in particulare: Annalisa ASCHIERI, *Legal and Factual Background of the* Spezzino *Judgement (C-113/13): Inconsistencies and Advantages of the Special Role Played by Voluntary Associations in the Functioning of the Italian Social Protection Systems*, ivi, pp. 6-13; Roberto CARANTA, *After* Spezzino *(Case-C-113/13): A Major Loophole Allowing Direct Awards in the Social Sector*, ivi, pp. 14-21; Pedro TELLES, *The Impact of the* Spezzino *Judgement for Third Sector Organisations*, ivi, pp. 22-30; Albert SANCHEZ-GRAELLS, *Competition and State Aid Implications of the* Spezzino *Judgement (C-113/13): the Scope for Inconsistency in Aid Assessments for Voluntary Organisations providing Public Services*, ivi, pp. 31-38. Entrambe le sentenze della Corte di Giustizia sono state annotate, in particolare da David MCGOWAN, *Does the Reservation of Ambulance Services to Voluntary Organizations on a Cost Reimbursement Basis Give Rise to a Public Service Contract? Case C-113/13*, Azienda Sanitaria

di conformità europea,[531] quanto a livello nazionale, che peraltro ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in attesa di decisione.[532]

Locale No. 5 'Spezzino? v. San Lorenzo Società Cooperativa Sociale, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 3, pp. NA61-NA66.

[531] Cfr. C-426/14, *Heart Life Croce Amica Srl v Regione Piemonte*, avente ad oggetto l'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario ad associazioni di volontariato nella parte in cui il rimborso delle spese effettivamente sostenute possa ricomprendere "i costi indiretti e generali connessi all'attività stabilmente svolta dall'associazione di volontariato, quali la manutenzione straordinaria dei mezzi utilizzati per il servizio, i pasti degli operatori, le retribuzioni del personale amministrativo e del coordinatore amministrativo in relazione ai servizi resi, i necessari collegamenti telefonici e radio tra la centrale operativa dei servizi di trasporto sanitario e le postazioni dell'associazione".

[532] In Italia, la questione dell'affidamento a cooperative sociali è emersa con riguardo alla gestione del servizio d'ambulanza, nonché con riferimento alla gestione di canili. Sul servizio d'ambulanza: Maura MATTALIA, *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario*, in *Foro Amm.*, 2008, a. VII, n. 7-8, pp. 1984-1997 (nota a C.G.C.E., Sez. III, 29 novembre 2007, C-119/06), Alessandra ALBANESE, *L'affidamento diretto di servizi socio-sanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte di Giustizia manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2008, a. XVIII, n. 6, pp. 1453-1468, Alessandra ALBANESE, *Il servizio di trasporto dei malati tra regole della concorrenza e valore sociale*, in *Munus*, 2012, a. II, n. 1, pp. 115-158, Salvatore SORRENTINO, *È possibile un rapporto "preferenziale" tra enti locali e cooperative sociali nell'affidamento di concessioni di servizi pubblici?*, in *Munus*, 2014, a. IV, n. 3, pp. 565-587 (nota a Cons. Stato, Sez. V, 16 aprile 2014, n. 1863), Paolo DE ANGELIS, *L'affidamento senza gara del servizio di trasporto sanitario*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, a. XXII, n. 2, pp. 249-261 (nota a Cons. Stato, Sez. III, 26 giugno 2015, n. 3208). Sui canili: ordinanza Cons. Stato, Sez. V, 22

In realtà, tale principio non sembra essere stato accolto pienamente dalle direttive di ultima generazione, che dovrebbero essere orientate a legittimare il ricorso a trasferimenti finanziari, purché anch'essi siano giustificati da considerazioni di interesse pubblico.
In particolare, nei considerando delle direttive è stato affermato che « *l'attuazione della cooperazione, inclusi gli eventuali trasferimenti finanziari tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, dovrebbe essere retta solo da considerazioni legate al pubblico interesse* ».[533]

---

dicembre 2014, n. 95, di rimessione alla Corte Costituzionale di una questione di legittimità costituzionale relativa ad una legge regionale che riserva alle associazioni di volontariato la gestione di canili in violazione della tutela della concorrenza. Cfr. A.G.C.M., segnalazione, 18 novembre 2008, AS487, recante "*affidamenti diretti per la fornitura dei servizi di trasporto in soccorso ad enti di volontariato*", A.G.C.M. segnalazione, 18 febbraio 2016, AS1258, recante "*Comune di Taranto-affidamento della gestione di servizi pubblici ad associazioni volontaristiche senza ricorso a procedure selettive*", T.A.R. Piemonte, Sez. I, 3 marzo 2016, n. 306, ove si afferma che « [*l*]*a riserva di partecipazione in favore delle cooperative che svolgono le attività di cui all'art. 1, c. 1, lett. b) della l.n. 381/1991 posta dall'art. 5 della medesima legge, può essere legittimamente imposta solo per la fornitura di beni e servizi strumentali della P.A., cioè a dire erogati a favore della pubblica amministrazione e riferibili ad esigenze strumentali della stessa, e al contrario tale limite non può trovare applicazione in tutti i casi - come nel caso di specie, riguardante la gestione del canile comunale- in cui si tratti di servizi pubblici locali, destinati a soddisfare la generica collettività* ».

[533] Considerando (47), secondo capoverso, ultimo periodo, dir. 2014/23/UE, considerando (33), terzo capoverso, ultimo periodo, dir. n. 2014/24/UE. Nulla è specificato nella dir. 2014/25/UE.

A questi rilievi, si aggiungono le considerazioni svolte dall'Avvocato Generale Mengozzi nel caso *Datenlotsen,*[534] successive all'adozione delle direttive. Dato che tale caso non riguarda direttamente la cooperazione inter-amministrativa val la pena richiamare i punti rilevanti sin da subito in modo da vedere con uno sguardo d'insieme gli argomenti svolti dall'esenzione *Hamburg*, le precisazioni della sentenza *Università del Salento*, le successive modifiche contenute nelle direttive di ultima generazione e la loro interpretazione, in mancanza di pronunce in merito.
In particolare, in tali conclusioni si affermava che « *i pagamenti previsti da un ente per lo svolgimento di un determinato servizio a favore di un altro ente nell'ambito della loro cooperazione non possano essere pari al prezzo di mercato, ma debbano essere orientati sui costi e sugli esborsi finanziari effettivamente sostenuti per la fornitura del servizio* », diventando così inammissibile "un pagamento a titolo forfettario" (*ibidem*, punto 66).
Sembra però possibile sostenere un altro tipo di equivalenza, nei seguenti termini: come il mero rimborso non può da solo esonerare un accordo inter-amministrativo, così un accordo inter-amministrativo non può di per sé essere sottoposto al diritto dei contratti pubblici solo per avere incluso il profitto.
In effetti, non esiste alcun dogma nel diritto europeo che impedisce ad un accordo inter-amministrativo di generare profitti, ma l'origine della questione nasceva dal fatto che, nel caso di specie, secondo l'Avvocato Generale Trstenjak, mancava l'elemento della cooperazione che aveva

[534] Concl. Avv. Gen., Paolo Mengozzi, 23 gennaio 2014, C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informations-System GmbH v Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, ECLI:EU:C:2014:23.

permesso di considerare che nel caso *Hamburg* « [*o*]*ggetto della sentenza era, pertanto, un rapporto di scambio che andava al di là di una prestazione di servizi verso semplice pagamento di un corrispettivo* » (punto 76). Per cui, proprio la cooperazione istituita tra le parti non era criterio minoritario e recessivo rispetto a quello del corrispettivo, tanto da dovere supporre che il criterio finanziario non sia prevalente rispetto a quelli previsti *ex lege* per configurare l'esenzione di un accordo inter-amministrativo.

Ma questo principio non era certo il solo argomento presente *in nuce* nella sentenza *Hamburg* e poi sviluppato nella sentenza *Università del Salento*: infatti, giova rilevare come « *la funzione di servizio pubblico costituente l'oggetto della cooperazione tra enti pubblici istituita da detto contratto non sembra garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblici comune all'ASL e all'Università* » (punto 37).

La sentenza, dunque, si premurava di fissare la necessità della corrispondenza dell'interesse perseguito dai due enti pubblici (nel caso di specie, l'Università perseguiva scopi di ricerca, mentre l'ente comunale affidante era bisognosa di servizi nell'esercizio dei suoi compiti di pianificazione urbanistica).

Con tale specificazione, pertanto, la Corte elevava la soglia per considerare legittima la cooperazione inter-amministrativa; cionondimeno, tale indirizzo sembra essere superato da quello vigente nei considerando delle direttive, ove si indica che « [*i*] *servizi prestati dalle diverse amministrazioni partecipanti o dai diversi enti partecipanti*

non devono necessariamente essere identici; potrebbero anche essere complementari ».[535]

Anche sotto questo profilo, sono autorevoli le conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi nel caso *Datenlotsen*: infatti affermava la necessità che « *esista una* complementarietà specifica *tra le funzioni di servizi pubblico specificamente complementari. Tuttavia la nozione di complementarietà non può costituire la porta di ingresso nel regime delle eccezioni per cooperazioni riguardanti attività che presentino una qualunque tipo di connessione* » (punto 59, enfasi in originale). Sotto questo profilo riteneva complementari "la funzione di insegnamento e di ricerca" (*idibem*); seguendo tale ragionamento non vi sarebbe connessione tra dovere di vigilanza sulla stabilità sismica degli edifici (in capo all'A.S.L. Lecce) e attività di ricerca scientifica, come nel caso *Università del Salento*, o tra funzione di programmazione urbanistica e attività di ricerca scientifica, come nel caso *Università del Pavia*.

Il rilievo dell'Avvocato Generale sembra consonante con quello della Commissione europea con il documento di lavoro del 4 ottobre 2011, ove si riferiva che « [*n*]*ei casi in cui, per ragioni pratiche, l'esclusione totale sarebbe contraria all'interesse pubblico generale che regge la cooperazione (ad esempio l'uso economicamente ragionevole delle risorse), un'attività strettamente accessoria e marginale con gli enti che non partecipano alla cooperazione (ad esempio l'uso ragionevole di una possibile capacità in eccesso) potrebbe risultare accettabile* » (p. 16, nt. 47). L'eccesso di capacità era

[535] Considerando (47), primo capoverso, secondo periodo, *desinit*, dir. 2014/23/UE, considerando (33), primo capoverso, secondo periodo, dir. 2014/24/UE. Nulla è specificato nella dir. 2014/25/UE.

esattamente il criterio che aveva spinto gli enti locali tedeschi ad aggregarsi per realizzare il termovalorizzatore senza che la sua capacità produttiva andasse sprecata.
Tra l'Avvocato Generale e la Commissione europea si trova consonanza nella misura in cui il primo definiva la complementarietà sul piano materiale (per specificazione), mentre la seconda individuava il criterio sul piano economico (per eccesso di produzione).
Passando ad un ultimo punto di precisazione contenuto nella sentenza *Università del Salento*, la Corte confermava il divieto di "favorire imprese private", dal momento che tale accordo inter-amministrativo era congegnato in modo tale che "collaboratori esterni" potesse di fatto eseguire la prestazione (punto 39).
Venendo ai presupposti che deve soddisfare l'accordo inter-amministrativo per essere esente, una nota merita l'individuazione del campo di applicazione *rationae personae*: infatti, la sentenza riguardava enti pubblici in genere, e non enti locali in relazioni ai quali il diritto locale conosce forme proprie di cooperazione inter-comunale.
Questo rilievo, apparentemente pacifico, veniva sviluppato dall'Avvocato Generale Mengozzi nel caso *Datenlotsen*, che ammetteva l'uso dell'"approccio funzionale e non formale" (punto 55) nell'individuazione della natura del soggetto, di modo che l'accordo inter-amministrativo esente fosse quello stipulato con enti pubblici in senso sostanziale anche soggetti privati.[536] E tale medesima estensione del campo applicativo era stato già ipotizzata dalla Commissione europea.[537]

---

[536] Cfr. Giulio NAPOLITANO, *Soggetti privati* « *enti pubblici* »*?*, in *Dir. Amm.*, 2003, a XI, n 4, pp. 801-828.
[537] Cfr. documento di lavoro dei Servizi della Commissione europea del 4 ottobre 2011, cit., osserva che: « [*b*]*enché nella sentenza Amburgo la Corte faccia riferimento ad "autorità pubbliche",*

Conferma di tale approccio funzionale si trova nei considerando delle direttive europee dove si afferma che « [*o*]*ccorre altresì chiarire che le amministrazioni aggiudicatrici quali gli organismi di diritto pubblico, per i quali è possibile la partecipazione di capitali privati, dovrebbero essere in condizione di avvalersi dell'esenzione per la cooperazione orizzontale. Pertanto, se tutte le altre condizioni per la cooperazione orizzontale sono soddisfatte, l'esenzione ad essa relativa dovrebbe estendersi a tali amministrazioni aggiudicatrici qualora il contratto sia concluso esclusivamente tra amministrazioni aggiudicatrici* ».[538]

Del resto, nella disposizione vigente l'ambito soggettivo è rivolto alle "amministrazioni aggiudicatrici", in base all'art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016, per cui senz'altro anche gli organismi di diritto pubblico potranno concludere accordi a fini cooperativi. In realtà, il problema riguarda gli enti aggiudicatori, che sono stati previsti nelle direttive europee, ma che sono stati incredibilmente estromessi nella disposizione attuativa nazionale.

In realtà, tutto il ragionamento della Corte poggiava su un unico fondamento rilievo, ossia che « *l'accordo concluso tra la ASL Lecce e l'Università va considerato un contratto*

---

secondo i servizi della Commissione questa cooperazione orizzontale potrebbe essere aperta a tutte le categorie di amministrazioni aggiudicatrici, ossia anche agli organismi di diritto pubblico. D'altra parte, la conseguenza logica del criterio secondo cui in questa cooperazione orizzontale non dovrebbe essere coinvolto alcun capitale privato è che essa non è accessibile agli organismi di diritto pubblico nei quali è presente capitale privato » (p. 14, nt. 45).

[538] Considerando (46), secondo capoverso, secondo periodo, dir. 2014/23/UE, considerando (32), terzo capoverso, dir. 2014/24/UE. Nulla è specificato nella dir. 2014/25/UE.

scritto tra un'amministrazione aggiudicatrice e un operatore economico », come ben evidenziato dall'Avvocato Generale Trstenjak (punto 29).
In realtà, la rilevanza di tali circostanze di fatto era condizionata da un approccio formalista rispetto all'idea, incontestata e pacifica, secondo cui "gli Stati membri possono disciplinare le attività di tali soggetti e, in particolare, autorizzarli o non autorizzarli ad operare sul mercato" (punto 27); in altri termini, il riconoscimento della qualità di operatore economico in capo all'Università sembrava provenire dall'accettazione dell'attribuzione legale della qualità di operatore economico.
In realtà, non sarebbe ammissibile presumere la qualità di operatore economico dalla legittimazione di agire sul mercato; in particolare, per quanto riguarda il partenariato con le Università, giova rammentare che esiste una specifica « [*d*]*isciplina comunitaria in materia di aiuti di stato a favore di ricerca, sviluppo ed innovazione* », oggetto di comunicazione della Commissione europea,[539] secondo la quale « [*l*]*'elemento determinante affinché l'organismo di diritto pubblico di ricerca sia considerato un'impresa è il fatto che svolga un'attività consistente nell'offrire beni e servizi su un dato mercato* » (§ 3.1. *Organismi di ricerca e intermediari dell'innovazione intesi quali beneficiari di aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, del trattato CE*).
In particolare, la Commissione riconosceva che « *le attività di trasferimento di tecnologia (concessione di licenze, creazione di spin-off e altre forme di gestione di conoscenza create dagli organismi di ricerca) rivestano*

[539] Comunicazione della Commissione europea, 30 dicembre 2006, n. 2006/C 323/01, recante « [*d*]*isciplina comunitaria in materia di aiuti di stato a favore di ricerca, sviluppo ed innovazione* ».

carattere non economico qualora siano «di natura interna» » e precisava che « [*p*]*er natura interna la Commissione intende una situazione in cui la gestione della conoscenza degli organismi di ricerca è svolta o da un dipartimento oppure dall'affiliata di un organismo di ricerca o congiuntamente con altri organismi di ricerca. L'aggiudicazione a terzi mediante gare di appalto della fornitura di servizi specifici non pregiudica una natura interna di siffatte attività* » (nota 25, p. 11, § 3.1.1. *Finanziamento pubblico delle attività non economiche*).

Invero, quando le Università concludono accordi di partenariato con soggetti privati, la giurisprudenza italiana ha escluso la possibilità di qualificare tale rapporto in termini di attività d'impresa e, dunque, non si integra aiuto di Stato[540] né si configura distorsione della concorrenza.[541]

---

[540] Cons. Stato, Sez. V, 21 luglio 2015, n. 3616, *Baldoni S.r.l.* et alii *v Regione Lombardia, Finlombarda S.p.A.*, osserva che « *l'attività di ricerca in esame* [oggetto di accordo di partenariato] *esula completamente dall'attività economica o da un'attività diretta al mercato e come tale non può di per sé rientrare nell'ambito della materia degli aiuti di Stato, come del resto precisato dalla stessa comunicazione della Commissione* » (punto X.1.3).

[541] T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 17 maggio 2013, n. 1288, *Baldoni S.r.l.* et alii *v Regione Lombardia, Finlombarda S.p.A.*, sottolinea che « [*l*]*e Università statali che hanno aderito agli accordi di partenariato non possono certamente essere assimilate a soggetti imprenditoriali, ma rientrano nella categoria degli organismi di ricerca* » (punto 3.1) e « [*i*]*l perseguimento dei fini istituzionali propri da parte delle Università statali impedisce anche di rinvenire negli accordi di partenariato una possibile distorsione del mercato concorrenziale, atteso che la collaborazione non determina un indebito vantaggio a carico dei partner imprenditoriali, ma consente agli organismi di ricerca di sviluppare la propria attività di studio che potrà essere messa a disposizione di tutta la comunità, non solo scientifica* » (punto 3.2). *Idem*, Cons. Stato, Sez. V, 21 luglio 2015, n. 3616, *Baldoni S.r.l.* et

In realtà, non era in discussione né la legittimazione degli enti pubblici a prestare commesse pubbliche, chiara *ex lege* grazie alla nozione di operatore economico[542] e chiarita

---

alii *v Regione Lombardia, Finlombarda S.p.A.*, osserva che « *gli accordi di partenariato possano essere anche solo astrattamente idonei a produrre effettivi discorsivi del mercato, dovendo convenirsi con la ricostruzione della 'causa' dell'accordo di partenariato, come delineata dalla Regione Lombardia, trattandosi in realtà di uno strumento che realizza le sinergie nell'interesse pubblico, consentendo attraverso la fattiva scambievole collaborazione all'organismo di ricerca e imprese, e consente al primo di finalizzare a livello pratico le proprie sperimentazioni e alle imprese di sviluppare effettivamente ricerca ed innovazione* » (punto X.1.3) e aggiunge che « [*l*]*a* ratio *del finanziamento di tali progetti è di incentivare e favorire l'attività di ricerca, peraltro finalizzata all'innovazione ed alla competitività, capace di creare opportunità di sviluppo, in termini di produttività e di occupazione, con la produzione di piani, progetti, processi o servizi nuovi astrattamente idonei per raggiungere tali finalità: il risultato o l'effetto di tale ricerca non è immediatamente e direttamente utilizzabile in un determinato mercato, trattandosi piuttosto di un prototipo o di un progetto sperimentale o di un servizio innovativo, che solo successivamente è destinato ad essere eventualmente immesso sul mercato* » (punto X.I.3).
La *ratio* del finanziamento di tali progetti è di incentivare e favorire l'attività di ricerca, peraltro finalizzata all'innovazione ed alla competitività, capace di creare opportunità di sviluppo, in termini di produttività e di occupazione, con la produzione di piani, progetti, processi o servizi nuovi astrattamente idonei per raggiungere tali finalità: il risultato o l'effetto di tale ricerca non è immediatamente e direttamente utilizzabile in un determinato mercato, trattandosi piuttosto di un prototipo o di un progetto sperimentale o di un servizio innovativo, che solo successivamente è destinato ad essere eventualmente immesso sul mercato

[542] Art. 2, par. 1, n. 10), dir. 2014/24/UE, ex art. 2, par. 8, dir. 2004/18/CE: la definizione di «operatore economico» comprende « *una persona fisica o giuridica o un ente pubblico* ».

dalla giurisprudenza europea,[543] né le condizioni della capacità delle Università di agire sul mercato, da fondare

[543] Tre i precedenti sul punto: (*i*) C.G.U.E., Grande Sez., 6 ottobre, 2015, C-203/14, *Consorci Sanitari del Maresme v Corporació de Salut del Maresme i la Selva*, ECLI:EU:C:2015:664: « [*s*]*e, e nei limiti in cui, determinati enti siano autorizzati a offrire taluni servizi contro corrispettivo sul mercato, anche a titolo occasionale, gli Stati membri non possono vietare loro di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi ad oggetto la prestazione degli stessi servizi* » (punto 35); (*ii*) C.G.U.E., Sez. IV, 23 dicembre 2009, C-305/08, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) v Regione Marche*, ECLI:EU:C:2009:807: « [*o*]*ccorre aggiungere che un'interpretazione restrittiva della nozione di «operatore economico» avrebbe come conseguenza che i contratti conclusi tra amministrazioni aggiudicatrici e organismi che non agiscono in base a un preminente scopo di lucro non sarebbero considerati come «appalti pubblici», potrebbero essere aggiudicati in modo informale e, in tal modo, sarebbero sottratti alla norme comunitarie in materia di parità di trattamento e di trasparenza, in contrasto con la finalità delle medesime norme* » (punto 43); (*iii*) C.G.C.E., Sez. VI, 7 dicembre 2000, C-94/99, *ARGE Gewässerschutz v Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, ECLI:EU:C:2000:677: « [*p*]*er contro, l'art. 1, lett. c), della direttiva 92/50 autorizza esplicitamente la partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico di enti finanziati eventualmente mediante fondi pubblici. Infatti, esso indica che l'offerente è il prestatore di servizi che ha presentato un'offerta e definisce questo prestatore come qualsiasi persona fisica o giuridica, «inclusi gli enti pubblici», che fornisce servizi* » (punto 28) e « [*a*]*lla luce di queste considerazioni occorre risolvere la seconda e terza questione nel senso che il solo fatto che un'amministrazione aggiudicatrice ammette la partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi di organismi che ricevono, da essa stessa o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni, indipendentemente dalla loro natura, che consentono a questi organismi di presentare*

necessariamente *ex lege*, secondo l'opinione, criticata, della giurisprudenza italiana,[544] ma l'accertamento dell'esercizio di tale capacità nel caso concreto. Vi era dunque un errato approccio metodologico, che si rivela ulteriormente nella seguente affermazione: « *è ininfluente la circostanza che tale operatore sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice* » (punto 26), e a tal fine si richiamava la esenzione *Teckal* al punto 51. In effetti, l'esenzione *Teckal* si applica « *indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno* »,[545] ma non vuole dire che per l'applicazione

---

offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti che non beneficiano di tali sovvenzioni, non costituisce né una discriminazione dissimulata né una restrizione incompatibili con l'art. 59 del Trattato » (punto 38).

[544] Come noto, il riferimento corre alla sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen., 3 giugno, 2011, n. 10, in tema di costituzione di società commerciale da parte di un'Università (Istituto Universitario di Architettura di Venezia (I.U.A.V.), con nota critica di Giuliano GRÜNER, *Note minime intorno alla (pretesa) autonomia privata degli enti pubblici: tra tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità*, in *Giust. Amm.*, 2011, a. VIII, n. 8, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 30 agosto 2011 e commenti di Ernesto ANTONINI, *Università e attività di progettazione*, in *Techne*, 2011, n. 2, pp. 170-177 e Alessandro AULETTA, *Note in tema di capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche. A proposito di una recente sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Giust. Amm.*, 2011, a. VIII, n. 10, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 10 ottobre 2011; Sara SPUNTARELLI, *Questioni interpretative in ordine alla costituzione di società commerciali da parte delle Università*, in *Urb. e App.*, 2011, a. XV, n. 12, pp. 1461-1467.

[545] C.G.C.E., Sez. V, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal v Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, Teckal v Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, punto 51.

dell'esenzione *Hamburg* sia ininfluente essere amministrazione aggiudicatrice, anzi sono proprio le direttive a richiedere che l'accordo inter-amministrativo esente sia concluso "tra amministrazioni aggiudicatrici".
Con questa osservazione si vorrebbe rovesciare il cono di luce: infatti, non ha senso individuare se un'amministrazione è anche un operatore economico in via di diritto, quando invece dovrebbe essere accertato se la prestazione oggetto del contratto consiste nella realizzazione di un lavoro, nella prestazione di un servizio o nella fornitura di un prodotto piuttosto che individuare in un'amministrazione aggiudicatrice la qualità formale di prestatore di servizi, ossia di operatore economico. A questo proposito, l'Avvocato Generale Trstenjak aveva osservato che nel caso di specie non poteva sussistere cooperazione, « *piuttosto ricorre l'ipotesi di un'autorità pubblica che utilizza in economia le risorse di un'altra pubblica autorità pubblica. Dal punto di vista giuridico si tratta di un contratto avente ad oggetto servizi prestati verso compenso* » (punto 92). Questo rilievo era in realtà dirimente, al contrario di quanto era avvenuto nel caso *Hamburg*, dato che rende difficoltosa la ricostruzione di un contratto in cui concorrono sia cooperazione sia la prestazione di servizi.
A questo proposito, un indirizzo certo viene dalle direttive, le quali hanno riconosciuto senz'altro la doppia esenzione: sia il contratto organizzativo per il coordinamento di servizi pubblici, sia il contratto di scambio per la cooperazione nei servizi pubblici. La dimensione organizzativa sarebbe notevolmente diversa: nel primo l'organizzazione è l'oggetto dell'accordo, nel secondo l'organizzazione è l'effetto dell'accordo, nel primo la cooperazione è la precondizione per giungere ad una riorganizzazione, nel secondo la cooperazione è il risultato

di uno scambio, nel primo il servizio pubblico è il *terminus a quo* della cooperazione, nel secondo il servizio pubblico è il *terminus a quem* dell'accordo.
In particolare, i considerando delle direttive si esprimevano nei seguenti termini: « [*l*]*e amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero poter decidere di fornire congiuntamente i rispettivi servizi pubblici mediante cooperazione senza essere obbligate ad avvalersi di alcuna forma giuridica in particolare. Tale cooperazione potrebbe riguardare tutti i tipi di attività connesse alla prestazione di servizi* ».[546]
Tali considerazioni non sono stati ancora oggetto di esame da parte della giurisprudenza, ma sembrano superare il dogma del divieto della natura commerciale dell'accordo inter-amministrativo, non tanto per via del riconoscimento della vocazione commerciale degli enti pubblici (quando legittimata dal diritto nazionale), quanto invece in ragione dell'oggetto stesso dell'accordo, che pare riguardare non solo i servizi di interesse economico generali (in relazione a i quali vale sempre il modulo dell'accordo organizzativo), quanto i servizi in genere tutelati dalla libertà di prestazione di servizi ex art. 56, T.F.U.E.
Questo sarebbe uno dei motivi per il richiamo ai principi ritorna preponente nell'interpretazione del nuovo istituto, senza dovere subire le vicissitudini interpretative dell'estensione dell'esimente prevista dall'art. 106, par. 2, T.F.U.E., che a volte sembra legittimare accordi inter-amministrativi per "sfruttare in modo redditizio" l'attività di interesse economico generale (caso *Hamburg*) e a volte sembra vietare accordi inter-amministrativi su attività

[546] Considerando (47), primo capoverso, primo periodo e parte del secondo, dir. 2014/23/UE, considerando (33), primo capoverso, primo periodo e parte del secondo, dir. 2014/24/UE. Nulla è specificato nella dir. 2014/25/UE.

liberalizzate inutili ad assicurare la gestione dell'attività di interesse economico generale "a condizioni economicamente accettabili" (caso *Correos*).
Ci sarebbe, infine, un ultimo elemento che permette di rileggere l'esenzione *Hamburg* in una cornice più ampia: in effetti, tale elemento non si trova direttamente all'interno della sentenza *Università del Salento*, ma si ricava dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak.
Occorre, dunque, riferirsi al rischio di « *una costruzione di puro artificio diretta a eludere le norme in materia di pubblici appalti* » (punto 48 della sentenza *Hamburg*), che l'Avvocato Generale individua nel rilievo che « *si può intravedere una distorsione della concorrenza già nel fatto che non sia stata indetta una gara nonostante che lo studio in questione avrebbe potuto essere eseguito prevedibilmente anche da associazioni di ingegneri e di architetti in concorrenza con l'Università* » (punto 88).
Questo modo di leggere la distorsione della concorrenza è indicativo del modo di considerare la vocazione commerciale degli enti pubblici in senso deteriore rispetto a quella degli operatori privati. In altri termini, il semplice fatto che l'oggetto del contratto sia una prestazione di servizi dovrebbe indurre il sospetto che l'accordo inter-amministrativo abbia effetti distorsivi sulla concorrenza.
In realtà, questo modo di impostare la questione confonde l'economia di mercato con l'ordine del mercato: ammesso che l'Unione europea persegue il modello dell'"economia sociale di mercato" ai sensi dell'art. 3, par. 3, T.U.E. e si impegna all'« *adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera*

concorrenza », in base all'art. 119, par. 1, T.F.U.E., rinforzato dall'art. 120, par. 1, T.F.U.E.[547]
Alla luce di queste norme, è stato ritenuto che il diritto primario europeo non impone alcun obbligo agli Stati membri ed alla Commissione europea di conformare l'ordine del mercato in senso liberista.[548] Di conseguenza, le politiche liberiste sarebbero l'esito di una scelta legittima, ma di secondo livello, non di un obiettivo voluto dal diritto primario ed, infatti, si ritiene che la realizzazione del mercato unico è caratterizzato da un « *regime di tipo liberista* », fondato sulla « *libera iniziativa privata e basato su regole volte a tutelare la concorrenzialità fra imprese,*

---

[547] L'art. 120, par. 1, T.F.U.E. recita: « [*g*]*li Stati membri e l'Unione agiscono nel rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, favorendo un'efficace allocazione delle risorse, conformemente ai principi di cui all'articolo 119* ».

[548] Francesca TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. Amm.*, 2013, a. XXI, n. 3, pp. 15-51, osserva con ampia analisi che: « [*i*]*l diritto europeo non pone dunque regole generali riguardo alla conformazione dei mercati* » (p. 37), e soggiunge che « *non vi sono precetti rivolti agli Stati e che abbiano ad oggetto la conformazione dei mercati* » (p. 37), « [*n*]*on soltanto il monopolio non è incompatibile con il diritto europeo della concorrenza, fin tanto che esso non dà luogo a condotte che sfruttano il potere di mercato a danno di altre imprese o dei consumatori (art. 102), ma il Trattato consente altresì ai poteri pubblici di dar vita essi stessi a situazioni di monopolio, chiudendo taluni mercati all'accesso di possibili competitori. A questo proposito merita di essere precisato che la Corte di Giustizia ha più volte sentenziato che l'attribuzione di diritti esclusivi non richiede giustificazioni soggette a controllo da parte delle istituzioni europee* » (p. 38).

senza alcuna discriminazione fra settore pubblico e settore privato ».[549]

L'interferenza tra politica della concorrenza e diritto dei contratti pubblici si trovava nel rinvio al principio della "apertura alla concorrenza", confermato nelle direttive europee del 2014,[550] ma già presente negli anni '90 del secolo scorso.[551] Secondo una prima interpretazione

---

[549] Maria Romana ALLEGRI, *La politica della concorrenza*, in Gian Piero ORSELLO (a cura di), *Il diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2002, cit. p. 420 (collana *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di G. Santaniello, vol. XXXII). Cfr. Italo BORRELLO, Elisabetta CASSESE, Edoardo CHITI, *Il mercato interno e le politiche dell'Unione europea*, in Sabino CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2012 (5° ed., 1995), pp. 37-102, spec. § 3.b, *Il diritto di stabilimento e la circolazione dei servizi; le direttive in materia di società e di contratti pubblici*, pp. 46-51, rimangono generici nella misura in cui si afferma "la massima apertura dei mercati nazionali", che sarebbe però semplicemente "garantita" da una serie di obblighi (p. 50), senza mettere in luce le condizioni (e non gli obblighi) che fanno sì che l'apertura sia solo eventuale, e non comunque necessaria, considerata la generale ammissibilità dell'autoproduzione (mediante lo schema dell'*in house providing*) e, ora, dello scambio inter-amministrativo e della condivisione di servizi (mediante accordo inter-amministrativo).

[550] Cfr. considerando (1), *desinit*, dir. 2014/24/UE, ove si riconosce l'obiettivo di « *garantire* [...] *che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza* ». Nel considerando (3), dir. 2014/23 si prevede, poi, che "i contratti di concessione rappresentano importanti strumenti nello sviluppo strutturale a lungo termine di infrastrutture e servizi strategici in quanto concorrono al miglioramento della concorrenza in seno al mercato interno" e nel considerando (2), dir. 2014/25 viene riconosciuto il "fine di assicurare l'apertura alla concorrenza degli appalti pubblici di enti che operano nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali".

[551] Cfr. considerando (10), dir. 92/50/CEE, a mente del quale « *lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di*

giurisprudenziale,[552] sarebbe stato logico assoggettare al diritto dei contratti pubblici i servizi pubblici, e così

---

lavori pubblici richiede una pubblicità comunitaria dei relativi bandi di gara indetti alla amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri », poi considerando 1 della dir. 2004/18/CE, secondo cui sarebbe stato necessario « *assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza* ».

[552] Cfr. (*i*) punto 41, C.G.C.E., 10 novembre 1998, C-360/96, *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden v BFI Holding BV*, ECLI:EU:C:1998:525, punto 16, C.G.C.E., Sez. V, 3 ottobre 2000, C-380/98, *The Queen v H. M. Treasury, ex parte: University of Cambridge*, ECLI:EU:C:2000:529; punto 41, Corte, Sez. V, 1° febbraio 2001, C-237/99, *Commissione delle Comunità europee v Repubblica francese*, ECLI:EU:C:2001:70, punto 41, C.G.C.E., Sez. V, 27 febbraio 2003, C-373/00, *Adolf Truley GmbH v Bestattung Wien GmbH*, ECLI:EU:C:2003:110: la direttiva mira ad « *eliminare gli ostacoli alla libera prestazione dei servizi ed a proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro* ». (*ii*) punto 52, C.G.C.E., Sez. VI, 12 luglio 2001, C-399/98, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, Piero De Amicis, Consiglio Nazionale degli Architetti, Leopoldo Freyrie v Comune di Milano*, ECLI:EU:C:2001:401, punto 34, C.G.C.E., Sez. VI, 27 novembre 2001, C-285/99 e C-286/99, *Lombardini e Mantovani*, ECLI:EU:C:2001:640; punto 89, C.G.C.E., Sez. VI, 12 dicembre 2002, C-470/99 *Universale Bau*, ECLI:EU:C:2002:746: la direttiva mira ad « *eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti pubblici di lavori al fine di aprire tale settore ad una concorrenza effettiva* ». (*iii*) punto 33, C.G.C.E, 15 gennaio 1998, C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e altri e Strohal Rotationsdruck GesmbH*, ECLI:EU:C:1998:4, punto 42, C.G.C.E., 10 novembre 1998, C-360/96, *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden v BFI Holding BV*, ECLI:EU:C:1998:525; punto 17, C.G.C.E., Sez. V, 3 ottobre 2000, C-380/98, *The Queen v H. M. Treasury, ex parte: University of Cambridge*, ECLI:EU:C:2000:529, punto 42, Corte, Sez. V, 1

rendere obbligatoria la privatizzazione, proprio in virtù della necessità di apertura al mercato, al punto tale che era stato avvertito il rischio di forme di "privatizzazione «di straforo»".[553]

---

febbraio 2001, C-237/99, *Commissione delle Comunità europee v Repubblica francese*, ECLI:EU:C:2001:70; punto 36, C.G.C.E., Sez. VI, 27 novembre 2001, C-285/99 e C-286/99, *Lombardini e Mantovani*, ECLI:EU:C:2001:640; punto 42, C.G.C.E., Sez. V, 27 febbraio 2003, C-373/00, *Adolf Truley GmbH v Bestattung Wien GmbH*, ECLI:EU:C:2003:110: « *l'obiettivo delle direttive è di escludere il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici* ». (*iv*) punto 44, C.G.C.E., Sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, ECLI:EU:C:2005:5: « *va ricordato l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici* [...] *vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri. Ciò implica l'obbligo di qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di applicare le norme comunitarie pertinenti qualora sussistano i presupposti da queste contemplati* ».

[553] Concl. Avv. Gen., Juliane Kokott, 1 marzo 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, ECLI:EU:C:2005:123, con nota di Giuseppe Franco FERRARI, Parkng Brixen*:* Teckal *da* totem *a* tabù*?*, in *Dir. Pubb. Comp. Eur.*, 2006, a. IX, n. 1, pp. 271-277. In particolare, « *un intervento così incisivo sulla supremazia organizzativa degli Stati membri e segnatamente sull'autogoverno di tanti Comuni non sarebbe affatto necessario neppure alla luce della funzione di apertura dei mercati svolta dalla disciplina sugli appalti. Difatti, lo scopo della normativa sugli appalti è di garantire una scelta trasparente ed imparziale dei contraenti ogniqualvolta la pubblica amministrazione decida di svolgere i propri compiti con la collaborazione di terzi. Non rientra invece nella ratio della disciplina sugli appalti la realizzazione di una privatizzazione «di straforo» anche di quei servizi pubblici che la pubblica*

Cionondimeno, allo stato attuale risulta esplicitamente escluso ogni obbligo giuridico di esternalizzazione, nelle direttive del 2014.[554]

Alla luce dell'ultime direttive europee, sembra ragionevole affermare, pertanto, che il diritto dei contratti pubblici, con l'incorporazione delle esenzioni dovute all'*in house providing* e allo scambio inter-amministrativo, ha rovesciato la prospettiva liberalizzatrice originaria.

Di conseguenza, non v'è coincidenza tra regolazione dei mercati pubblici e liberalizzazione, e dunque il diritto dei contratti pubblici non pone *proprio jure* alcun limite all'intervento pubblico nell'economia, superando un principio che all'epoca era stato ritenuto come un vero "luogo comune".[555]

---

amministrazione voglia continuare a fornire con mezzi propri; a questo scopo sarebbe necessario che il legislatore compisse passi più concreti verso la liberalizzazione » (punto 71).

[554] Considerando (5), dir. 2014/23/UE sancisce che « [*l*]*a presente direttiva riconosce e riafferma il diritto degli Stati membri e delle autorità pubbliche di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi. In particolare, la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi* ». Considerando (5), dir. 2014/24/UE e considerando (7), dir. 2014/25/UE sanciscono alla pari che « [*è*] *opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva* ».

[555] Mario LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, Cap. VII, *L'azione pubblica e i mercati*, pp. 511-567, osserva che « [*è*] *luogo comune che la disciplina delle gare pubbliche persegua (anche) obiettivi di tutela della concorrenza.* [...] *L'attuazione del principio di tutela della*

In realtà, solo alcuni autori era sfuggiti al rischio di radicare il diritto europeo dei contratti pubblici nelle regole di concorrenza, invece che nelle libertà di mercato, quantomeno nella letteratura italiano di matrice internazionalistica.[556] Solo di recente, la dottrina è diventata maggioritaria[557] e così ha riconosciuto che « *il*

---

concorrenza nella disciplina dell'evidenza pubblica non è, infatti, del tutto chiara. Spesso si confonde la tutela della concorrenza con il c.d. principio di massima partecipazione alle gare [...] *In questo assunto si nota il prevalere di quella concezione statico-strutturale della concorrenza, di cui si è già più volte discusso in senso critico; per di più questa visione viene trasposta, nel luogo comune sopra richiamato, dal livello usuale dell'analisi di un mercato nel suo insieme (ove ancora una struttura pluralistica può avere una sua valenza positiva) a quello della valutazione di un singolo atto di scambio (qual è, in fondo, ogni procedura amministrativa di selezione di un contrante nell'amministrazione)* » (p. 547). Guardando al tema affine relativo alla capacità imprenditoriale degli enti pubblici: Sara VALAGUZZA, *L'attività d'impresa degli enti pubblici*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2014, a. XXIV, n. 1, pp. 83-111 e Sara VALAGUZZA, *Le conseguenze sui principi ordinatori dell'economia delle nuove coordinate e degli scopi dell'azione pubblica - una proposta ricostruttiva*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2013. L'amministrazione pubblica in forma privatistica. Atti del Convegno Annuale. Milano, 27-28 settembre 2013*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 181-197.

[556] Luca G. RADICATI DI BRONZOLO, Magnus GUSTAFSSON, *Partecipazione alle gare e regole di concorrenza*, in *Dir. Comm. Intern.*, 2002, a. XVI, n. 4, pp. 805-823, avevano osservato che « *le regole comunitarie in materia di procedure ad evidenza pubblica hanno come base giuridica le norme del Trattato CE in materia di libertà di circolazione, e non quelle in materia di concorrenza* » (p. 806).

[557] Marcello CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid*, 2015, n. 19 (10 novembre 2015, n. 234), pubblicato *on line*, nonché in PLURES, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di*

problema di fondo che pone, in ottica europea, l'affidamento diretto di commesse pubbliche è non già il vulnus *alla concorrenza in sé e per sé, quanto piuttosto la restrizione che questo affidamento diretto comporta alla libera circolazione, in violazione del principio di discriminazione sulla base della nazionalità* ».[558]

Dunque, l'accordo inter-amministrativo che cade su una prestazione di servizi non deve necessariamente sollevare il sospetto di distorcere la concorrenza, benché meno in applicazione della libertà di stabilimento, ma dovrebbe semmai essere esaminato in base alle "regole di concorrenza", previste dal capo I, titolo VII del T.F.U.E. e dunque rispondere ai vincoli previsti per le intese concorrenziali e gli abusi di posizione dominante, sempre

---

semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi Amministrativi, Varenna – Villa Monastero 17-19 settembre 2015, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 263-304, ribadisce che « [*i*]*n realtà, la base giuridica delle direttive europee in materia di contratti pubblici si è sempre fondata, non già sui principi del Trattati in materia di concorrenza (art. 101 e seg. del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea), bensì sui principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi espressamente richiamati nelle premesse e nei considerando delle nuove direttive* » (p. 2); Pierluigi SABBATINI, *La tutela della concorrenza negli appalti pubblici*, in *L'Industria*, 2014, a. XXXV, n. 4, pp. 697-719, osserva che « "[*i*]*l fine principale per cui si ricorre agli appalti è quello di controllare il buon operato della Pubblica Amministrazione e non quello di favorire la concorrenza*" » (*incipit*).

[558] Diana-Urania GALETTA, Gherardo CARULLO, *Gestione dei servizi pubblici locali e* in house providing*: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di de-frammentazione del sistema*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2016, a. XXVI, n. 1, pp. 371-393, cit. p. 374.

ammesso che sia configurabile visti i dubbi sollevati dalla giurisprudenza in merito alle concessioni.[559]

La questione della distorsione della concorrenza costituiva e continuerà ad essere il vero cuore della ricostruzione sistematica degli accordi inter-amministrativi esenti per motivi diversi dalle fattispecie individuate sulla base dell'esercizio di poteri pubblici inteso in senso lato (trasferimento di competenze, diritti esclusivi, esercizio di funzioni pubbliche, obbligazioni *propter legem*).

Tale questione, come esaminato nel primo capitolo, è stata avvertita dal Legislatore europeo che ha inserito un considerando *ad hoc*: « [*s*]*i dovrebbe garantire che una qualsiasi cooperazione pubblico-pubblico esentata non dia luogo a una distorsione della concorrenza nei confronti di operatori economici privati nella misura in cui pone un fornitore privato di servizi in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti* ».[560]

Come si vede, il punto di vista delle direttive è sensibilmente spostato rispetto alle conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso *Università del Salento*: se per la giurisprudenza la distorsione della concorrenza è una conseguenza dell'irruzione nel campo della prestazione dei

---

[559] C.G.C.E., Grande Sez., 21 luglio 2005, C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de' Botti e Padania Acque SpA*, ECLI:EU:C:2005:487: « [*o*]*ccorre ricordare che l'art. 81 CE, che si applica, secondo la sua formulazione letterale, agli accordi «tra imprese», non si riferisce, in linea di principio, ai contratti di concessione conclusi da un comune, nella sua veste di pubblica autorità, con un concessionario incaricato dell'esecuzione di un pubblico servizio (v., in questo senso, sentenza 4 maggio 1988, causa 30/87, Bodson, Racc. pag. 2479, punto 18)* » (punto 18).

[560] Considerando (45), ultimo periodo, dir. 2014/23/UE, considerando (31), terzo capoverso, dir. 2014/24/UE. Nulla è specificato nella dir. 2014/25/UE.

servizi,[561] invece nei considerando l'elemento critico riguarda il rischio di offrire una posizione privilegiata ad un operatore privato.
In realtà, la Commissione europea aveva escluso l'obbligo di gara quando uno Stato membro esternalizzava un'attività economica aperta alla concorrenza che aveva assunto come servizio di interesse economico generale, avendo però riconosciuto il rischio di distorsione della concorrenza, nel ritenere che: « *nei casi in cui l'attività economica sia stata aperta alla concorrenza, la decisione di fornire il SIEG mediante mezzi diversi dalla procedura di appalto pubblico, che garantisce il minor costo per la collettività, può provocare distorsioni sotto forma di ostacoli all'ingresso dei concorrenti o l'espansione del beneficiario*

[561] In materia di distorsione della concorrenza la Corte di Giustizia si è pronuncia in relazione all'esclusione dalle gare; la sentenza *Data Medical* ripete un principio noto, ma è interessante dal momento che la controversia riguardava l'esclusione di un ente pubblico in quanto operatore economico per avere lucrato delle sovvenzioni pubbliche per presentare un'offerta economicamente troppo bassa, se non anomala. Come si vede, la controversia rappresenta l'opposto della medaglia: infatti, se fosse stato possibile concludere un accordo inter-amministrativo non sarebbe stata indetta la gara, ma sarebbe stato necessaria comunque la verifica della distorsione della concorrenza. Cfr. C.G.U.E., Sez. V, 18 dicembre 2014, C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze v Data Medical Service Srl, Regione Lombardia, Bio-Development Srl*, ECLI:EU:C:2014:2466, con note di Davide PALAZZO, *La partecipazione degli enti pubblici alle gare d'appalto* (nota a C.G.U.E., Sez. V, 18 dicembre 2014, C-568/13), in *Foro Amm.*, 2015, seconda serie, a. II, n. 11, pp. 2707-2726; Davide PONTE, *Partecipazione alle gare aperta agli enti pubblici, ma la Pa può valutare l'esistenza del finanziamento*, in *Guida Dir.*, 2015, a. XXII, n. 6, pp. 98-104; Stefano VARONE, *La partecipazione degli enti pubblici alle gare di appalto e la tutela della concorrenza*, in *Rass. Avv. Stato*, 2015, a. LXVII, n. 3, pp. 101-110.

su altri mercati ».[562] Del resto tale assunto trovava conferma nella giurisprudenza europea che escludeva l'obbligo di gara per l'accesso ai servizi di interesse economico generale.[563]

Quale che sia l'oggetto pregiudicato dalla distorsione della concorrenza, rimane concettualmente ferma l'idea che la concorrenza può essere distorta attraverso l'accordo inter-amministrativo: il che di per sé dovrebbe supporre sul piano normativo una dipendenza delle libertà fondamentali (che il diritto dei contratti pubblici vuole tutelare) al diritto della concorrenza. In realtà, tale subordinazione è stata esclusa da chi sostiene che « *la regola della gara è funzionale alle libertà e alla parità delle* chances *delle*

---

[562] Comunicazione della Commissione sull'"*applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale*", 2012/C 8/02, dell'11 gennaio 2012, § 2.3. *Incidenza sugli scambi*, punto 37.

[563] T.C.E., Sez. II ampliata, 15 giugno 2005, T-17/02, *Fred Olsen, SA v Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:2005:218: « *non risulta né dal disposto dell'art. 86, n.2, CE né dalla giurisprudenza relativa a tale disposizione che una missione d'interesse generale possa essere attribuita ad un operatore solo in seguito ad una procedura di gara d'appalto* » (punto 239). T.C.E., Sez. V, 26 giugno 2008, T-442/03, *SIC – Sociedade Independente de Comunicação, SA v Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:2008:228: « [*l*]*'art. 86, n. 2, CE non include, nel novero dei suoi presupposti di applicazione, un requisito secondo cui lo Stato membro deve aver seguito una procedura di gara per l'attribuzione del SIEG* » (punto 145). Si aggiunge al punto 147, *desinit*: « *tale mancanza della procedura di gara non può, per contro, avere come conseguenza che il finanziamento statale degli obblighi di servizio pubblico del titolare del SIEG dovrebbe, anche se le condizioni di definizione del SIEG, del mandato e della proporzionalità sono rispettate, essere considerato come un aiuto incompatibile con il mercato comune* ».

imprese degli Stati membri, che assicurata dagli artt. 49-56, e questa parità deve essere garantita quando *l'amministrazione si rivolge al mercato per procurarsi i servizi. Nulla a che vedere con l'economia di concorrenza* ».[564]

Il problema è ampiamente dibattuto ed esula dell'esame della presente giurisprudenza. Ad ogni modo, si potrebbe costruire il seguente sillogismo: se è vero che un ente pubblico può assumere come servizio di interesse economico generale anche un'attività aperta alla concorrenza (come affermato dalla Commissione europea con comunicazione pubblicata in data 11 gennaio 2012) ed è anche vero che un ente pubblico può adempiere a compiti di servizio pubblico in collaborazione (come affermato dalla giurisprudenza nella sentenza *Coditel*), allora dovrebbe essere altrettanto vero che enti pubblici possono adempiere in comune a compiti di servizi pubblici che incidono su attività aperte alla concorrenza.

Ritornando all'opzione tra operatori concorrenti e attività economica come possibile oggetto pregiudicato dall'accordo inter-amministrativo per effetto della distorsione della concorrenza, la dottrina è senz'altro maggiormente preoccupata del rischio di favorire gli operatori privati.[565]

---

[564] Cfr. Francesca TRIMARCHI BANFI, *Ancora sulla concorrenza per il mercato e gli equivoci della giurisprudenza costituzionale*, in *Astrid*, 2012, n. 8 (27 aprile 2012 n. 157), p. 7, pubblicato *on line*, enfasi in originale.

[565] Robeto CARANTA, *The Changes to the Public Contract Directives and the Story They Tell about how EU Law Works*, in *Common Market Law Review*, 2015, a. LII, n. 3, pp. 391-460, ricostruisce tre possibili interpretazioni dell'oggetto dell'accordo inter-amministrativo esente e poi si sofferma sull'ultima come quella più rischiosa per l'economia di mercato, lasciando intendere

In questo scenario, l'accordo inter-amministrativo avente ad oggetto prestazione di servizi aperti alla concorrenza e assunti come servizio di interesse economico generale sarebbe pure ammissibili, essendo ristretto il rischio di distorsione della concorrenza solo là dove un operatore privato dovesse risultare in una posizione privilegiata. L'interpretazione così assunto sarebbe senz'altro compatibile con la flessibilità riconosciuta all'accordo inter-amministrativo quanto al suo oggetto, potendo allo stato essere dedotte nel rapporto anche prestazioni di servizi, come indicato nei medesimi considerando alle direttive di ultima generazione.

La sentenza Piepenbrock.

Con la sentenza *Piepenbrock*[566] viene confermato il solco tracciato dall'esenzione *Hamburg* e dalla sentenza

---

che *a contrario* le rimanenti due opzioni sono ammissibili (realizzazione di un obiettivo comune e relizzazione di un compito pubblico): « [*i*]*n the end, what is unclear from the case law on public-public cooperation is whether the legality of direct awards implied in such agreements is ruled out a) unless the cooperation is set up to perform a common task, and provided that no market participants get a competitive advantage from the agreement, or b) unless the cooperation is set up to perform a public law mission devoid of commercial nature, and provided that no market participants get a competitive advantage from the agreement, or simply c) when no market participants get a competitive advantage from the agreement. These alternatives place very different constraints on the organization freedom of contracting authorities and the Member States. The real issue for EU law should be to make sure that public-public cooperation does not result in one private economic operator being placed in a position of advantage vis-à-vis its competitors* » (p. 444).

[566] Secondo l'approccio *ante* riforma, la ricorrenza di un appalto pubblico era ragione sufficiente per assoggettare il contratto alla

Università del Salento. La controversia si concentrava sull'accordo inter-amministrativo avente ad oggetto formalmente il "trasferimento di competenze" (punto 24), ma sostanzialmente l'affidamento del "compito di pulizia di taluni edifici ad uso uffici" (punto 26), "con la possibilità, per tale secondo ente, di ricorrere a terzi" (*ibidem*).

L'accordo inter-amministrativo mascherava un vero e proprio contratto di scambio, senza alcuna finalità di cooperazione, tanto che l'Avvocato Generale Mengozzi nel citato caso *Remondis*, riconosceva in tale situazione un esempio di "costruzione di puro artificio" (nt. 44), con le parole dell'esenzione *Hamburg* (data la semplicità del caso in questione non sono state adottate le conclusioni in specie), considerato che « *tale rapporto contrattuale tra i due enti territoriali consisteva non in un trasferimento di reale di competenze, bensì in un rapporto sinallagmatico consistente in una pura prestazione di servizi a favore della circoscrizione di Düren in cambio di un compenso monetario* » (punto 69).

D'altra parte, era stato proprio il giudice del rinvio a lamentarsi di tale simulazione di accordo inter-amministrativo, spiegando la differenza tra contratto di

---

relativa disciplina europea. C.G.U.E., Sez. V, 13 giugno 2013, C-186/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG v Kreis Düren e Stadt Düren*, ECLI:EU:C:2013:385, con nota di David McGowan, *Further Clarification of Permissible Public Cooperation:* Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG v Kreis Düren, in *Public Procurement Law Review*, 2013, a. XXII, n. 6, pp. NA158-NA160, afferma nitidamente che: « *il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se costituisca un appalto pubblico di servizi ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2004/18, e sia a tal titolo soggetto alle disposizioni di detta direttiva* » (punto 26).

mandato (di natura privatistica) e contratto di delega (di natura amministrativa), osservando che « *quando un contratto verte su mansioni ausiliarie che non riguardano direttamente l'attività dei comuni verso l'esterno, il fatto che esso operi un trasferimento di competenze è meramente formale* » (punto 24).

In realtà, il punto di osservazione del giudice del rinvio era diverso da quello del Corte: infatti, per il primo il punto dolente si rinveniva nell'assenza della destinazione del servizio all'utenza (la pulizia è attività strumentale alla pubblica Amministrazione), mentre la Corte riconduceva la ricostruzione dell'esenzione ai canoni consueti, applicando in maniera lineare i presupposti ricavati a livello giurisprudenziale.

La conseguenza di tale qualificazione non è di poco conto: infatti, un conto è affermare che un accordo inter-amministrativo non corrisponde al paradigma dell'accordo puramente amministrativo secondo il diritto interno, altro conto è affermare che un accordo inter-amministrativo non corrisponde al paradigma dell'accordo inter-amministrativo esente secondo il diritto europeo.

Il riverbero di tali conseguenze si trova nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi nel citato caso *Remondis*, ove si riscontrava come la "dottrina tedesca" avesse ritenuto che "la Corte aveva sancito l'assoggettamento dei trasferimenti di competenze alle norme dell'Unione in materia di appalti pubblici" (punto 70). Ecco un esempio evidente di come il gioco degli specchi rifrangendo la luce deforma l'immagine di partenza: infatti, secondo il diritto nazionale, il trasferimento di competenze è estraneo al diritto dei contratti pubblici, cionondimeno il fatto organizzativo sotteso al trasferimento viene assoggettato, con le parole dell'Avvocato Generale, al diritto dei contratti pubblici,

senza però passare in modo esplicito attraverso il processo di riqualificazione del rapporto.
Il fatto che il trasferimento di competenze non dovesse mascherare un contratto pubblico era argomento del tutto nuovo nella giurisprudenza della Corte; interessante, pure, notare che il trasferimento di competenze attuato in base al diritto nazionale fosse stato formalmente qualificato come una forma di cooperazione tra enti ascrivibile al diritto europeo, invece di ricondurlo all'apposita esenzione introdotta dalla sentenza *Commissione v Repubblica Francese*. Questo dimostra ancora una volta i limiti alla *consistency* del nuovo modulo convenzionale introdotto.

La sentenza Datenlotsen.
La sentenza *Datenlotsen*[567] si occupava dell'ipotesi dell'"operazione *in house* orizzontale",[568] che oggi risulta

---

[567] C.G.U.E., Sez. V, 8 maggio 2014, C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informations-System GmbH v Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, ECLI:EU:C:2014:303, con nota di Maria CASORIA, nota a *C.G.U.E., Sez. V, 8 maggio 2014, C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg c. Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, in *Foro It.*, 2015, a. CXL, n. 1, pt. IV, pp. 46-51 e di David MCGOWAN, *Can Horizontal In-House Transaction Fall Within* Teckal*? A note on Case C-15/13*, Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informations-System GmbH v Datenlotsen Informationssysteme Gmbh, in *Public Procurement Law Review*, 2014, a. XXIII, n. 5, pp. NA120-NA122.
[568] Giovanni PESCATORE, *L'inedito modello dell'*in house *orizzontale*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2015, pubblicato *on line* sul sito www.treccani.it, Gianni FISCHIONE, Federico FISCHIONE, *Spunti sull'ammissibilità dell'*in house *orizzontale e sulla non configurabilità dell'*in house *sottoposta a controllo analogo* in parte qua, in *Giust. Amm.*, 2014, a. XI, n. 5, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 16 maggio 2014, Ginevra GRECO, *Prima*

codificata all'art. 5, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016,[569] con la quale sono ammessi gli affidamenti diretti di appalti e concessioni tra consorelle sottoposte al controllo del medesimo ente pubblico.

Come esposto in precedenza, l'operazione *in house* orizzontale non è un equivalente della cooperazione orizzontale, che si realizza quando enti pubblici concludono un accordo inter-amministrativo a fini cooperativi.

---

apparizione dell'istituto dell'in house c.d. orizzontale, in *eurojus.it*, pubblicato *on line* in data 4 settembre 2014, Giuseppe Franco FERRARI, *Per il momento non vi è posto per l''in house' orizzontale*, in *Dir. Pubb. Comp. Eur.*, 2014, a. XVII, n. 3, pp. 1370-1372, Gianni FISCHIONE, Federico FISCHIONE, *Spunti sull'ammissibilità dell'*in house *orizzontale e sulla non configurabilità dell'*in house *sottoposta a controllo analogo* in parte qua, in *Giust. Amm.*, 2014, a. XI, n. 5, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 16 maggio 2014, Francesco FOGGIA, In house providing *orizzontale: modello teorico e prospettive applicative*, in *Neldiritto*, 2014, n. 8, pp. 1536-1544.

[569] L'art. 5, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016 recita « [*i*]*l presente codice non si applica anche quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore, aggiudica un appalto o una concessione alla propria amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata* ». Il rapporto *in house* orizzontale è quello che si instaura tra "una persona giuridica controllata" e "un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice".

Nel caso di specie, tale affidamento veniva assoggettato all'obbligo di procedura competitiva, mentre oggi sarebbe configurabile come esente, avendo ad oggetto l'affidamento del servizio di gestione informatica dall'Università di Amburgo ad una società controllata dalla Città di Amburgo, la quale a sua volta controlla l'Università medesima.
Dunque, tale sentenza non aveva un'incidenza diretta sulla definizione dell'accordo inter-amministrativo esente per fini cooperativi, ma la sentenza si premurava di spiegare le ragioni per cui -a detta del giudice del rinvio- l'accordo inter-amministrativo intercorso tra le parti non era configurabile come accordo a fini cooperativi; la Corte usava le seguenti parole: « *non si può parlare di cooperazione intercomunale ai sensi della giurisprudenza della Corte (sentenze Commissione/Germania, C-480/06, EU:C:2009:357, nonché Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., C-159/11, EU:C:2012:817), poiché sia l'università sia la HIS non costituiscono autorità pubbliche e la HIS non è direttamente incaricata di svolgere una funzione di servizio pubblico* » (punto 16).
Tale inciso è interessante per la logica sottesa e per la motivazione addotta.
Seguendo la logica del giudice del rinvio, come riportata e avvallata dalla Corte, il rapporto tra consorelle non può integrare la fattispecie dell'organizzazione *in house* orizzontale data la mancanza di una cooperazione inter-amministrativa.
Invero, non sembra corretto subordinare l'organizzazione *in house* orizzontale alla sussistenza della cooperazione amministrativa per il semplice fatto che tale fattispecie richiede già uno strumento organizzativo per potersi configurare: infatti, il controllo congiunto indiretto è lo

mezzo con il quale le consorelle si rapportano tra loro, senza alcuna necessità di condividere un servizio pubblico.
Dalla motivazione della sentenza si ricavano due elementi intorno alla nozione di "autorità pubbliche" e di "atto di incarico" di una funzione.
Sul primo elemento, è sufficiente rammentare che anche le società possono essere parti di un accordo inter-amministrativo del genere, come affermato dall'Avvocato Generale Mengozzi nelle sue conclusioni (punto 55, cit.) e dalla Commissione europea nel documento di lavoro del 4 ottobre 2011.
Sul secondo elemento, si dovrebbe anzitutto interpretare l'espressione della Corte come l'applicazione dell'apparato concettuale elaborato per regolare i servizi di interesse economico generale, ed infatti è richiesto un atto di incarico perché un'attività possa essere ascritta tra i compiti del settore pubblico.[570]
Il modo di concepire l'assunzione del servizio pubblico avvallato dalla Corte di Giustizia non rispecchia il dato normativo:[571] in particolare, se all'atto di conferimento

---

[570] Commissione europea, comunicazione in tema di « *applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale*" », 11 gennaio 2011 2012/C 8/02, § 3.3., *Atto di incarico*, p. 12, e Commissione europea, documento di lavoro dei servizi, recante « [*g*]*uida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno* », 29 aprile 2013, SWD(2013) 53 final/2, § 3.2.2, *Atto di incarico*, p. 44.
[571] Monumentale e fondamentale lo studio di Daniele GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e* welfare *nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2010, con recensione di Simone TORRICELLI, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea,*

by Daniele Gallo (Milan: Giuffrè Editore, 2010), in *Com. Mark. Law Rev.*, 2012, a. IL, n. 6, pp. 2044-2046. Tra i lavori recenti: Amedeo ARENA, *La nozione di servizio pubblico nel diritto dell'integrazione economica. La specificità del modello sovranazionale europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, Micaela LOTTINI, *Il mercato europeo. Profili pubblicistici*, Jovene, Napoli, 2010, Francesca TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2008, a. XVIII, n. 5, pp. 1063-1104; Luca BERTONAZZI, Riccardo VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in Mario P. CHITI, Guido GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007 (2° ed., 1997), parte speciale, tomo IV, pp. 1791-1896; Andrea PERICU, *Il diritto comunitario favorisce davvero le privatizzazioni dei servizi pubblici?*, in Vincenzo BUONOCORE, Gabriele RACUGNO (a cura di), *Privatizzazioni e Regioni. Atti del convegno di studio. Cagliari, 1-2 dicembre 2000*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 149-190; Francesca TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui « nuovi » servizi pubblici*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2002, a. XII, n. 3, pp. 945-967; Gian Franco CARTEI, *Il servizio universale*, Giuffrè, Milano 2002 e Gian Franco CARTEI, *Servizio universale*, in *Enc. Dir. Annali*, Giuffrè, Milano, 2010, vol. III, pp. 1057-1079. Nella letteratura straniera recente: Grith Skovgaard ØLYKKE, Peter Møllgaard, *What is a Service of General Economic Interest?*, in *European Journal of Law and Economics*, 2016, a. XLI, n. 1, pp. 205-241; Wolf SAUTER, *Public Services in EU Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015; Norbert Reich, *Open Markets*, in Norbert REICH, Annette Nordhausen SCHOES, Jeremy SCHOLES, *Understanding EU Internal Market Law*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp. 155-195; Wolf SAUTER, *Services of General Economic Interest and Universal Service in EU Law*, in *Eur. Law Rev.*, 2008, a. XXXIII, n. 1, pp. 167-193; Jerónimo MAILLO, *Service of General Interest and EC Competition Law*, in Giuliano AMATO, Claus-Dieter EHLERMANN, Assimakis KOMNINOS (a cura di), *EC Competition Law. A critical Assessment*, Hart Publishing, Portland, 2007, pp. 591-625; Giulio NAPOLITANO, *Towards a European Legal Order for Services of General Economic Interest*, in *Eur. Pub. Law*, 2005, a. XI, n. 4, pp. 565-581.

corrisponde l'assunzione di obblighi di servizio pubblico, non si spiega come il medesimo effetto non possa derivare dall'auto-assunzione di un servizio pubblico.[572]
In realtà, l'auto-assunzione di servizi pubblici da parte di soggetti pubblici sarebbe stata esclusa secondo autorevole dottrina, proprio in conseguenza di una lettura costituzionalmente orientata dei servizi pubblici riservati *ex lege*, limitati dall'art. 43 Cost.[573]

---

[572] Possono essere auto-assunti servizi pubblici da parte di enti locali in quanto funzioni ai sensi dell'artt. 13 e 19, D.Lgs. n. 267/2000 (Testo Unico Enti Locali), dal momento che « *le funzioni "libere" sono quelle funzioni non autoritative, innominate e atipiche, corrispondenti essenzialmente alla prestazione di servizi, che il legislatore non attribuisce in modo specifico ad alcuna amministrazione e che, pertanto, per nessuna amministrazione è doveroso svolgere* » (p. 297) in Mauro RENNA, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione*, in Mauro RENNA, Fabio SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 283-306, § 5. *I principi considerati sono rivolti al legislatore, ma, in casi marginali, possono valere anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni (come in tema di "autoassunzione" delle c.d. funzioni libere da parte degli enti locali)*, pp. 294-298.

[573] Guido CORSO, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in PLURES, *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione. Atti del XLI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 21-23 settembre 1995*, Giuffrè Milano, 1997, pp. 21-48, respinge la possibilità di auto-assunzione e sostiene che « [*l*]*a riserva originaria e la nazionalizzazione (=trasferimento mediante espropriazione) sono sottoposte a riserva di legge: non è più consentita la costituzione di un monopolio pubblico mediante provvedimento amministrativo (quale era prevista, ad es, dal R.D. n. 2578/1925 in tema di assunzione diretta dei pubblici servizi da parte di Comuni e Province)* » (p. 29).

In ambito europeo, l'atto di conferimento dell'incarico trova la sua *ratio* nella dissociazione soggettiva tra ente regolatore ed ente erogatore del servizio pubblico, che costituisce la tecnica normativa, alternativa all'uso della riserva nei paesi a diritto amministrativo,[574] adottata per regolare i mercati chiusi,[575] in modo coerente alla libertà di concorrenza.[576]

---

[574] Nicoletta RANGONE, *I servizi pubblici*, il Mulino, Bologna, 1999, osserva che « *il principio della separazione tra regolazione e gestione costituisce una importante alternativa al sistema della riserva/concessione per assicurare l'indirizzo e il coordinamento delle attività economiche a fini sociali previsto dall'articolo 41, comma 3, della Costituzione italiana* » (p. 290) e soggiunge che « [*n*]*ei Paesi a diritto amministrativo, il principio della separazione tra regolazione e gestione è stato completamente assente nella fase di non concorrenza* » (p. 290).

[575] Roberto CAVALLO PERIN, *Le regole dell'organizzazione e della gestione*, in Harald BONURA, Massimo CASSANO (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Percorsi e disciplina generale*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 137-165, spec. § 1, *Le regole di distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione*, pp. 137-141, segnala che « *l'obbiettivo primario dell'interprete e degli operatori sembra divenuto quello di favorire interpretazioni della legge stessa* [l'art. 113, D.Lgs. n. 267/2000, in tema di "gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica"] *volte ad instaurare una concorrenza tra i produttori, volendo così superare le situazioni di monopolio naturale dando attuazione ove tecnicamente ed economicamente possibile alla separazione delle gestione delle reti dall'erogazione dei servizi, limitando per l'effetto l'accesso ai mercati dei servizi locali soltanto a poche ipotesi residuali definite dalla legge ed in conformità alla disciplina europea, pervenendo nei casi di maggiore evoluzione (tecnica e gestionale) o di se resistenza all'introduzione di una pluralità di produttori alla trasformazione delle prestazioni di servizio pubblico in una attività di interesse pubblico (*rectius*: di interesse economico*

Infatti, come affermato, « [*l*]*'atto di assunzione discrimina tra quel servizio che, pur destinato al mercato è chiamato ad attuare (*recte*: a concorrere all'attuazione di) una missione di interesse pubblico e quel servizio che invece è puro mercato* »,[577] il che suggerisce di tenere in considerazione se l'ente pubblico assume su di sé un servizio sulla base di un interesse generale, in virtù della sua veste di fornitore (*provider*) o di produttore (*producer*) del servizio pubblico.[578]

Detto in altri termini, bisogna chiedersi se l'assunzione del servizio da parte di un ente pubblico deriva dalla decisione di fornirlo ovvero di produrlo. Bisogna, dunque, verificare se il contratto di cooperazione può costituire l'atto di

---

generale), che – di nuovo salvo eccezioni ex lege *– non può essere riservata ad un solo produttore* » (p. 138).

[576] Nicoletta RANGONE, *I servizi pubblici*, il Mulino, Bologna, 1999, ritiene che « [*a*]*nche in assenza di una posizione dominante, il cumulo di funzioni in capo a uno stesso operatore economico potrebbe risultare contrario al principio della libertà di concorrenza* », fondato sul principio della "concorrenza non falsata" (p. 290).

[577] Fabio CINTIOLI, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in *Federalismi*, 2012, n. 11, pubblicato *on line* sul sito www.federalismi.it in data 30 maggio 2012, cit. p. 6.

[578] Domenico SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 1997, a. VII, n. 1, pp. 51-83, spec. § 5, *Distinzione tra i compiti di fornitore (*provider*) e produttore (*producer*) dei servizi pubblici*, pp. 58-59. Cfr. Peter TREPTE, *The Contracting Authority as Purchaser and as Regulator: Should the Procurement Rules Regulate what we Buy?*, in Grith Skovgaard ØLYKKE, Carina RISVIG HANSEN, Christina D. TVARNØ (a cura di), *EU Public Procurement – Modernisation, Growth and Innovation. Discussions on the 2011 proposals for Procurement Directives*, DJØF Publishing, Copehangen, 2012, pp. 85-106.

conferimento dell'incarico di affidamento di un servizio di interesse economico generale.
Orbene, sarebbe alquanto contraddittorio che un ente pubblico possa scegliere cosa erogare come servizio pubblico, ma non possa scegliere se erogarlo in via congiunta, nel caso in cui l'attività non fosse stata assunta essa stessa come compito pubblico.
In tale contesto, il contratto di cooperazione deve essere considerato come uno strumento con il quale gli enti pubblici esercitano il proprio potere di autonormazione per la regolazione dei propri interessi,[579] posto che un soggetto pubblico « *non ha bisogno di agire sempre come autorità per assolvere i suoi compiti istituzionali* ».[580] Tuttavia, nel

---

[579] Alberto MASSERA, *I contratti*, in Sabino CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004, Cap. VII, pp. 285-334, spec. § 1, *Moduli convenzionali e azione amministrativa: contratti e accordi*, osserva che « *in quanto tale, l'amministrazione può esercitare la capacità di autoregolazione dei propri interessi, come manifestazione della propria autonomia contrattuale, fino al punto di stipulare contratti 'misti' o 'innominati' ai sensi dell'art. 1322 c.c., diversamente dall'utilizzo che può essere fatto del provvedimento amministrativo, esercizio del potere discrezionale, legato al principio di tipicità, a sua volta corollario del principio di legalità* » (p. 287).

[580] Massimo Severo GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1967, vol. III, tomo I, *L'attività amministrativa*, § 92, *L'autonomia privata dell'amministrazione pubblica*, pp. 51-56, cit. p. 54 e Massimo Severo GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, pt. III, *L'attività amministrativa*, Sez. I, *Problemi generali*, Cap. II, *Nozioni teoriche varie*, § 151, *L'autonomia privata dell'amministraione pubblica: aspetti dogmatici*, pp. 490-492, cit. p. 492 e Massimo Severo GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1988 (2° ed., 1970), vol. II, pt. III, *L'attività amministrativa*, Sez. I, *Problemi generali*, Cap. II, *Nozioni teoriche varie*, § 151, *L'autonomia privata*

nostro ordinamento l'esercizio dell'autonomia privata da parte di enti pubblici necessita di una preventiva autorizzazione legislativa.[581]

In altre parole, il problema dell'atto di incarico sembra risolversi in una questione di competenza e di forma dell'atto (riserva di legge o provvedimento amministrativo); ma si tratta di una soluzione apparente, dal momento che la vera questione in ballo sta nel definire i limiti dell'atto di incarico.

Infatti, il contratto di cooperazione può risultare come atto di conferimento dell'incarico di fornire prestazioni accessorie al servizio pubblico, che sarebbe legittimo svolgere in cooperazione, come sopra esaminato.

Cionondimeno, secondo una visione assiomatizzata, tutta interna all'ordinamento italiano, l'autonomia privata della pubblica amministrazione non coincide con l'attività privata della pubblica amministrazione.[582] Infatti, attraverso l'autonomia privata la pubblica Amministrazione esegue l'attività amministrativa di diritto privato nell'interesse della collettività, mentre con l'attività privata si realizza l'attività d'impresa nell'interesse dell'organizzazione pubblica.[583]

---

dell'amministraione pubblica: aspetti dogmatici, pp. 496-499, cit. p. 499.

[581] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 3 giugno, 2011, n. 10, in tema di costituzione di società commerciale da parte di un'Università (Istituto Universitario di Architettura di Venezia (I.U.A.V.)

[582] Antonio AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubb.*, 1938, a. III, n. 3, pp. 455-556, ripubblicato in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. I, p. 279 ss.

[583] Massimo Severo GIANNINI, *L'attività amministrativa. Lezioni tenute durante l'anno accademico 1961-1962*, Jandi Sapi Editori, Roma, 1962, § 19, *Atti concernenti la funzionalità organizzativa dell'amministrazione*, osserva che gli "atti di provvista" « *non sono*

Invero, tale classificazione trae origine da una "distinzione concettuale",[584] e dunque non ha fondamento normativo, anche se utilizzata, anche di recente, dalla Corte Costituzionale (nelle sentenze redatte da Cassese, figlio di Giannini, diffusore e propugnatore della distinzione dopo Amorth), non risulta più attuale, né condivisibile,[585] posto che un servizio di interesse economico generale richiede di essere organizzato da un soggetto pubblico in forma imprenditoriale proprio nell'interesse pubblico.[586]
Di conseguenza, il contratto di cooperazione può costituire esso stesso l'atto di conferimento dell'incarico di

---

rivolti a curare un interesse pubblico esterno, ma un interesse pubblico alla funzionalità dell'amministrazione pubblica » (p. 32).

[584] Massimo Severo GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1967, vol. III, tomo II, *L'attività amministrativa*, Sez. III, *L'attività amministrativa di diritto privato*, Cap. I, *Questioni generali*, § 121, *Premessa storica*, pp. 1-4, cit. p. 4, sottolinea che « *è una distinzione concettuale, che la dottrina elaborò principalmente per spiegare perché nella «attività privata» l'amministrazione pubblica non cura interessi pubblici della collettività* » (ivi cit.).

[585] La critica viene da Ruggiero DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Giuffrè, Milano, 2006, cap. III, *Attività amministrativa contrattuale atipica e principi dell'azione amministrativa*, pp. 187-266.

[586] Da ultimo, Andrea MALTONI, *Attività amministrative e soggetti di diritto privato: le società partecipate*, in *Giur. It.*, 2014, a. CLVI, n. 7, pp. 1791-1797, osserva che « *emerge come la produzione di beni e servizi a favore di una amministrazione pubblica, di regola, consista nell'esercizio di un'attività economica in forma di impresa, di tal che sembra priva di fondamento la presupposta distinzione tra attività di impresa e attività amministrativa di diritto privato, non soltanto perchè non trova alcun riscontro nella disciplina positiva, ma anche perchè la natura dell'attività esercitata dalle società strumentali non è sostanzialmente diversa da quella di altre imprese* » (p. 1797).

organizzare un servizio di interesse economico generale, nell'ipotesi in cui è ammessa, secondo l'ordinamento nazionale, l'auto-assunzione dei servizi pubblici.
Tanto è vero che la direttiva concessioni ha riconosciuto la libertà « *di decidere, in conformità ai principi del TFUE in materia di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e libera circolazione delle persone, di organizzare la prestazione di servizi come servizi di interesse economico generale* ».[587]
La posizione contenuta nelle direttive richiama alla mente le argomentazioni svolte nella sentenza *Università del Salento*, là dove si riconosceva la libertà degli Stati di individuare l'ambito in cui gli enti possono agire come operatori economici (punto 26), con l'effetto di circoscrivere l'ambito dell'attività in cooperazione: infatti, dalla legittimazione ad agire come operatore economico la Corte di Giustizia desumeva erroneamente la ricorrenza di tale qualità senza esaminare se il rapporto avesse natura contrattuale, discostandosi così dall'esenzione *Teckal*, che non richiede la qualità di amministrazione aggiudicatrice anche in capo al soggetto affidatario (ed infatti è permesso all'organizzazione *in house* di agire come operatore economico senza perdere l'affidamento della propria amministrazione aggiudicatrice).

---

[587] Considerando (6), primo capoverso, primo periodo, dir. 2014/23/UE. Cfr. allegato XIV, "*servizi di cui all'articolo 74*" (Aggiudicazione degli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici), alla nt. 1, dir. 2014/24/UE si aggiunge che « [*t*]*ali servizi non rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva se sono organizzati in quanto servizi non economici di interesse generale. Gli Stati membri sono liberi di organizzare la prestazione di servizi sociali obbligatori o di altri servizi in quanto servizi di interesse economico generale o in quanto servizi non economici di interesse generale* ».

A conferma dell'interpretazione appena prospettata soccorrono le direttive europee nei cui ambito si trova un considerando comune a concessioni e appalti che ammette la cooperazione anche per « *i compiti obbligatori o facoltativi di enti pubblici territoriali o i servizi affidati a organismi specifici dal diritto pubblico* ».[588]
Riletto all'interno dell'ordinamento italiano si desume che gli enti locali potrebbero cooperare su compiti che si sono auto-assunti in modo facoltativo, mentre gli altri enti non potrebbero agire che nell'ambito definito dalla legge (un servizio pubblico obbligatorio è per definizione un servizio conferito *ex lege*).
In questo scenario, la cooperazione inter-amministrativa non potrebbe travalicare il limite delle attività attribuite all'ente pubblico non territoriale per tre ordini di ragioni. La prima e la più immediata ragione riposa nel principio di legalità in senso stretto: la cooperazione sarebbe esclusa poiché l'attività non è -appunto- conferita sulla base di una disposizione normativa. La seconda ipotesi argomentativa nasce dalla logica applicazione del principio di adeguatezza della funzione in senso complessivo,[589] e la ricaduta di tale

---

[588] Considerando (47), primo capoverso, terzo periodo, *desinit*, dir. 2014/23/UE, considerando (33), primo capoverso, ultimo periodo, dir. 2014/24/UE. Nulla è specificato nella dir. 2014/25/UE.

[589] Luisa TORCHIA, *In principio sono le funzioni (amministrative): la legislazione seguirà (a proposito della sentenza n. 303/2003 della Corte costituzionale)*, in *Astrid*, 2004, n. 4, pubblicato on line sul sito ww.astrid-on-line.it, mette in evidenza tutte quelle situazioni in cui « *non è più la funzione amministrativa a seguire la titolarità della potestà legislativa, ma, al contrario, è quest'ultima a seguire l'allocazione delle funzioni amministrative* ». Ai fini del suo ragionamento, Torchia conclude la tesi, sostenendo che « *l'allocazione delle funzioni amministrative prescinde, al meno in parte, dalla distribuzione della potestà legislativa per materie e risponde invece direttamente ai principi costituzionali di*

assunto conduce a ritenere che un'attività economica, assunta come servizio pubblico da parte di un ente pubblico economico potrebbe essere realizzata in cooperazione se adeguata al compito generale dell'ente medesimo, anche se non conferita sulla base di una norma non legislativa. La terza considerazione si concentra sui vincoli funzionali posti dall'ordinamento interno alla capacità negoziale di un ente pubblico economico per frenare la capacità negoziale a fini cooperativi,[590] anche se sarebbe necessario

---

sussidiarietà e di adeguatezza ». Il significato ampio di funzione pubblica, comprensiva della prestazione di servizi pubblici si ricava da Giuseppe CAIA, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in Leopoldo MAZZAROLLI, Giuseppe PERICU, Alberto ROMANO, Fabio A. ROVERSI MONACO, Franco Gaetano SCOCA, *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 1993, vol. I, parte III, Cap. III, pp. 893-915, osserva che « *la «funzione amministrativa» ed il «servizio pubblico» non sono due nozione contrapposte, ma due nozioni differenti che esprimono momenti diversi e non coincidenti (e tuttavia integrabili e combinabili tra di loro) dell'attività amministrativa nel suo complesso* » (p. 908). L'applicabilità del principio di adeguatezza dell'assunzione di servizi pubblici (seppure con riferimento ai soli enti locali) si ricava da Mauro RENNA, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione*, in Mauro RENNA, Fabio SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 283-306, § 5. *I principi considerati sono rivolti al legislatore, ma, in casi marginali, possono valere anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni (come in tema di "autoassunzione" delle c.d. funzioni libere da parte degli enti locali)*, pp. 294-298, osserva che « [*a*]*nche le pubbliche amministrazioni, insomma, ove risultino avere la possibilità di decidere delle sorti di una funzione, con riguardo alla sua allocazione devono ritenersi vincolate a osservare i principi di sussidiarietà e di adeguatezza, al pari del legislatore* » (p. 297).

[590] Giovanni TORREGROSSA, *La capacità di diritto privato degli enti pubblici economici e la disciplina degli appalti pubblici*, in *Riv.*

rammentare che « *per l'ente pubblico economico l'attività privata addirittura non ha rilevanza giuridica propria perché è l'attività autorganizzativa dell'imprenditore* ».[591]
Non è esattamente chiaro se la *ratio* di tale limite deriva dal principio di legalità, dal principio di adeguatezza o se questo dipenda dalla configurazione attuale del significato di servizio di interesse economico.
L'ammissibilità di tale limite, infatti, sarebbe perfettamente congrua, accettando l'autonomia legislativa degli Stati membri di delimitare la capacità negoziale degli enti pubblici economici, viceversa la nozione di servizio di

---

Dir. Civ., 1983, a. XXIX, pt. 1, n. 1, pp. 44-68, ribadisce che « *l'agire nel campo dell'economia, usando forme privatistiche, non esclude il necessario perseguimento del fine pubblico* » (p. 55). Cfr. Daniele MARRAMA, *Soggetti "legali" e autonomia privata. Sui limiti dei poteri legislativi e dell'interpretazione*, Giappichelli, Torino, 2012; Pietro PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1986, a. VII, n. 4, pp. 933-946; Salvatore Alberto ROMANO, *Contratti di diritto privato degli enti pubblici*, in Natalino IRTI (a cura di), *Dizionari di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1980, vol. I; Natalino IRTI (a cura di), *Diritto civile*, pp. 225-275; Fabio ROVERSI MONACO, *Enti di gestione*, Giuffrè, Milano, 1967, Cap. V, *La capacità di diritto degli enti di gestione ed i suoi limiti*, pp. 361-416.

[591] Massimo Severo GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1967, vol. III, tomo II, *L'attività amministrativa*, § 84, *Funzioni relative all'attività privata dell'amministrazione, funzioni episodiche*, pp. 10-14, cit. p. 12-12 e Massimo Severo GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, pt. III, *L'attività amministrativa*, Sez. I, *Problemi generali*, Cap. I, *L'attività delle amministrazioni pubbliche*, § 139, *Funzioni pubbliche episodiche*, pp. 447-448, cit. p. 447 e Massimo Severo GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1988 (2° ed., 1970), vol. II, pt. III, *L'attività amministrativa*, Sez. I, *Problemi generali*, Cap. I, *L'attività delle amministrazioni pubbliche*, § 139, *Funzioni pubbliche episodiche*, pp. 453-454, cit. p. 453.

interesse economico generale non dovrebbe impedire l'auto-assunzione di un'attività da parte di ogni ente pubblico, come sopra esaminato.

La sentenza SUCH.

A questo proposito, non deve sfuggire il caso *SUCH*,[592] relativo ad un'"associazione di pubblica utilità senza scopo di lucro" (*sic* dispositivo), affidataria diretta di un appalto (fornitura di pasti ai pazienti degenti) da parte di una propria associata (un ospedale).

La controversia si concentrava sulla ricorrenza del controllo analogo tra l'ente associato e l'associazione, necessario ai fini della ricorrenza dell'esenzione *Teckal*, posto che l'associato era qualificabile come amministrazione aggiudicatrice, mentre l'associazione era l'affidataria del servizio.

In punto di fatto, però, l'associazione, seppure istituita *ex lege* come soggetto di diritto pubblico, era composta anche da "istituzioni di solidarietà sociale senza scopo di lucro", aventi natura di diritto privato (punto 19).

Invero, il Giudice dubitava della ricorrenza del controllo analogo, ritenendo che la partecipazione di enti privati in associazioni di diritto pubblico è equivalente alla partecipazione di capitali privati in società pubbliche di diritto privato, con conseguente applicazione del divieto posto dalla sentenza *Stadt Halle*, in considerazione del fatto che « *tali enti privati seguivano considerazioni inerenti ai*

---

[592] C.G.U.E., Sez. V, 19 giugno 2014, C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE e Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) v Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda*, ECLI:EU:C:2014:2004, con segnalazione di Gherardo CARULLO a *C.G.U.E., Sez. V, 19 giugno 2014, C-574/12, Centro Hospitalar de Setubal e SUCH*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2014, a. XXIV, n. 6, pp. 1369-1371.

loro interessi privati » (punto 36) e « *l'aggiudicazione diretta di un appalto offrirebbe all'entità privata presente all'interno dell'entità aggiudicatrice* [n.d.r. ente aggiudicatario, non l'amministrazione aggiudicatrice] *un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti* » (punto 38).
In buona sostanza, il punto decisivo della controversia era condizionato dalla qualificazione del rapporto intercorrente tra ente associato ed associazione in termini di controllo analogo.
In realtà, il caso avrebbe potuto seguire tutt'altra esito, se solo fosse stata tenuta in conto la fattispecie dell'accordo inter-amministrativo per la cooperazione in un servizio pubblico, che era stata in effetti sollevata dal giudice del rinvio.
Infatti, la sentenza non nascondeva che l'associazione SUCH è « *preordinata alla realizzazione di una funzione di servizio pubblico* », « *costituisce uno strumento per l'autogestione delle necessità dei suoi membri* » (*ibidem*, punto 18) e « *si assume come obiettivo l'efficienza di questi ultimi* » (punto 7, conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi),[593] mentre lo svolgimento di attività di natura commerciale avrebbe potuto essere il banco di prova per esaminare il requisito del mercato aperto introdotto *ex novo* dalle direttive. Tuttavia, il giudice prediligeva concentrars sulla ricorrenza del controllo analogo per verificare il rispetto delle direttive sui contratti pubblici.
In altre parole, la sentenza desta interesse dal momento che stabilisce una relazione di dipendenza logico-concettuale tra modulo dell'*in house providing* e accordo inter-

[593] Concl. Avv. Gen., Paolo Mengozzi, 27 febbraio 2014, C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE e Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) v Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda*, ECLI:EU:C:2014:120.

amministrativo, sicché in presenza di una relazione *in house* non è ammesso riqualificare l'atto di affidamento del contratto pubblico come espressione di una cooperazione pubblico-pubblico.
Il che, evidentemente, non dovrebbe essere accettabile, dato che l'*in house providing* non costituisce lo scopo del contratto di cooperazione, per come configurato nelle direttive europee del 2014.

6. *La collocazione sistematica del contratto di cooperazione: la distinzione dei requisiti di validità della fattispecie dai presupposti per l'applicazione dell'esenzione*.

Dalla disamina della giurisprudenza europea è emerso un quadro complesso, frastagliato e continuamente in evoluzione.
Cionondimeno, si possono configurare almeno sei categorie di accordi inter-amministrativi esenti e oggi tutti codificati nelle direttive europee del 2014, che ricorrono in caso di (*i*) trasferimento di competenze, (*ii*) di partecipazione all'esercizio di poteri pubblici, (*iii*) di contratto *propter legem*, (*iv*) di contratto stipulato in base ad un diritto esclusivo, (*v*) di contratto *in house* e di (*vi*) contratto di cooperazione, usando la sintesi linguistica usata in precedenza.
Sotto questo ultimo profilo, conviene rammentare quanto rimane ancora controverso e che invita ad ulteriori approfondimenti:
(*i*) se l'attività oggetto dell'accordo può essere affidata in via esclusiva per legge (caso *Correos*);

(*ii*) se l'attività oggetto dell'accordo può essere un servizio di interesse economico generale assunto su base volontaria (caso *Datenlotsen*);
(*iii*) se l'attività oggetto dell'accordo deve essere estesa all'attività strumentale (caso *Datenlotsen*);
(*iv*) se l'attività oggetto dell'accordo deve essere rivolta al pubblico (caso *Piepenbrock*);
(*v*) fino a che punto l'attività può essere complementare (caso *Remondis* e considerando delle direttive);
(*vi*) in che limiti l'attività di prestazioni di servizi può essere accessoria e marginale rispetto al servizio pubblico (cfr. documento di lavoro Commissione del 4 ottobre 2011 ed esenzioni giurisprudenziali rispetto al diritto della concorrenza);
(*vii*) in che misura la posizione di vantaggio del soggetto privato è ammissibile in caso di cooperazione con organismo di diritto pubblico a compagine mista (cfr. considerando delle direttive);
(*viii*) se il concetto di cooperazione inter-amministrativa si può qualificare come cooperazione amministrativa in senso giuridico (cfr. considerando delle direttive);
(*ix*) in che limiti la nozione di operatore economico può condizionare l'applicabilità dei requisiti dell'accordo inter-amministrativo esente per fini cooperativi;
(*x*) a quali condizioni sarà possibile concludere validamente un accordo inter-amministrativo esente per fini cooperativi tra organismi di diritto pubblico, a compagine mista (cfr. considerando delle direttive);
(*xi*) se sarà possibile esentare un contratto di cooperazione caratterizzato dalla remunerazione della prestazione e non dal mero ristoro dei costi (cfr. considerando delle direttive).
Abbiamo anche osservato che la giurisprudenza non guarda alle etichette e riqualifica i singoli rapporti inter-amministrativi in base al loro effetti piuttosto che ai loro

obiettivi (nei limiti in cui sono poste le questioni pregiudiziali, in effetti).
Si è visto, poi, che la giurisprudenza verifica la compatibilità del singolo caso rispetto all'obbligo di gara ricorrendo alla nozione di contratto pubblico piuttosto che all'interpretazione dei requisiti per l'applicazione dell'esenzione alla base di ciascuna fattispecie.
Invero, si delinea costantemente un ragionamento di tipo binario: se il rapporto inter-amministrativo si configura come lavoro, servizio, fornitura e a titolo oneroso, allora il caso ricade nell'ambito di applicazione del diritto dei contratti pubblici, senza considerare la portata effettiva dell'esenzione.
Una simile tecnica interpretativa comporta l'utilizzo della nozione di contratto pubblico come *tertium comparationis* e, dunque, l'accordo inter-amministrativo deve essere "comparato" non rispetto alla sua fattispecie di riferimento, ma ad una fattispecie terza, che è quella del contratto pubblico. Questo vuole dire introdurre una presupposizione nell'interpretazione degli accordi inter-amministrativi rilevanti per il diritto europeo, o meglio significa ricondurre il contratto di cooperazione alla categoria del contratto pubblico, di modo da sottoporre l'istituto ad unica fattispecie omnicomprensiva.
Un simile approccio era stato adottato da chi aveva ricondotto ad un regime unitario tutte le diverse categorie di concessione amministrativa, come segnalato da Pericu, che si opponeva all'equivalenza tra categoria e regime, indipendetemente dal rapporto di concessione (ad es. concessione di bene demaniale o concessione di

costruzione o concessione di cittadinanza o concessione di onoreficenza).[594]

In effetti, le sole esenzioni completamente slegate da tale presupposizione sono i contratti *in house* e i contratti stipulati in base a diritto esclusivo (con il dubbio che questi possano essere stipulati oltre l'ambito d'attività oggetto dell'esclusiva), mentre tutte le altre fattispecie di esenzione sembrano, a dire il vero, dei "feticci giuridici", apparentemente inutili, anche dal punto di vista formale, essendo intercambiabili in virtù della possibilità di riqualificazione, sempre incombente, a discapito della certezza del diritto.

Applicare le esenzioni dal diritto dei contratti pubblici significa, purtroppo, eludere lo spettro della fattispecie del contratto pubblico, quando invece sarebbe giuridicamente corretto (e culturalmente trasparente) interpretare le cause di esenzione in ragione della loro *ratio* in rapporto

---

[594] Giuseppe PERICU, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in Giuseppe PERICU, Alberto ROMANO, Vincenzo SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 83-107, precisa che « *muovere dalla ricostruzione astratta della categoria giuridica concessione amministrativa, così come è in oggi proposta, e farne discendere uno specifico regime giuridico, anche in relazione all'articolarsi del rapporto di concessione, pare scorretto* » (p. 87). Franco Gaetano SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in Fabio ROVERSI MONACO (a cura di), *Le concessioni di servizi pubblici*, Maggioli, Bologna, 1988, pp. 25-39, osserva che « *allorché si parla di concessione, si fa riferimento non ad un «tipo» provvedimentale, ma ad una intera categoria di fattispecie differenti per oggetto, per contenuto e per effetto, caratterizzata unitariamente soltanto per il fatto che l'Amministrazione arricchisce di utilità la sfera giuridica del concessionario* » (p. 28).

all'obbligo di gara, alle libertà fondamentali e al divieto di restrizioni della concorrenza.
In particolare, abbiamo osservato che la certezza del diritto sarebbe l'obiettivo che ha spinto la giurisprudenza europea a dare corpo e sostanza (*consistency*, secondo la terminologia usata all'inizio) alle esenzioni, cionondimeno è emerso in modo netto le difficoltà di assicurare coerenza (*coherence*) nei rapporti tra le singole esenzioni tra loro e nei confronti della nozione di contratto pubblico.
Per quanto riguarda specificamente il contratto di cooperazione, s'è visto che la giurisprudenza europea ha fissato alcuni requisiti che sono stati poi recepiti nelle disposizioni delle direttive, mentre altri rimangono dei criteri interpretativi essendo inclusi nei considerando.
In particolare, sono due i requisiti legalmente riconosciuti, come indicate all'art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016, *sub* lett. a) e *sub* lett. b), in tema di servizi pubblici in comune e di interesse pubblico in esclusiva.
A questo proposito, non deve sfuggire come nel caso *Datenlotsen* l'Avvocato Generale Mengozzi, a due anni di distanza dalle direttive del 2016, nel rilevare l'esistenza di ben « *cinque requisiti cumulativi* », considerava come strettamente normativo anche la previsione che « *nessun prestatore privato deve essere posto in una posizione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti* » (punto 50).
In realtà, tale aspetto costituisce oggi un criterio interpretativo della cooperazione, essendo stato collocato tra i considerando delle direttive europee, ma ciò che più conta è che tale criterio non deve essere applicato in quanto tale, ma solo nella misura in cui può provocare una distorsione della concorrenza.
Rimanevano, tuttavia, incerti ulteriori nodi interpretativi, in materia di trasferimenti economici, di responsabilità dei

partecipanti, attività complementari, che trovano posto nei considerando delle direttive.
La diffidenza nei confronti degli accordi inter-amministrativi, infatti, si rivela nell'avversione contro le "costruzione di puro artificio", come affermato dalla sentenza *Hamburg* e nelle conclusioni del caso *Remondis*, che dunque lasciano la porta aperta alla riqualificazione della convenzione pubblicistica, per di più in via d'ufficio. Infatti, tale riqualificazione può ben superare le questioni sollevate dal giudice del rinvio, come in effetti accaduto nella sentenza *Piepenbrock*.
D'altra parte, la Corte di Giustizia aveva costruito l'esenzione *Hamburg* sulla base di due principi fondamentali come la libertà di collaborazione e come la libertà di forma giuridica nell'adempimento di compiti di servizio pubblico. In realtà, non veniva chiarito il cuore della questione, ossia se la gestione congiunta di servizi pubblici mediante cooperazione comportasse l'utilizzo di "propri servizi" (tali da configurare il rapporto alla stregua della logica dell'*in house providing*) o se l'ammissibilità di tale tipo di accordo voleva imprimere un segnale di apertura verso rapporti "di scambio" di carattere inter-amministrativo (con le parole delle conclusioni della sentenza *Hamburg* e della sentenza *Università del Salento*).
Al riguardo, è oramai prevista la possibilità di dedurre nell'accordo inter-amministrativo esente "tutti i tipi di attività connesse alla prestazione di servizi", come indicato nei considerando delle direttive europee.
Nell'inquadramento generale dell'istituto trovano, dunque, fondamento due fenomeni diversi: da un lato, la "fornitura congiunta di servizi pubblici" e, dall'altro lato, la condivisione dei servizi (e non solo l'aggregazione).
D'altra parte, è stata riconosciuta la possibilità che « *le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori*

partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione », come requisito per la valida conclusione di un accordo inter-amministrativo in regime di cooperazione, ai sensi della lett. c), dell'art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016. Lo svolgimento, infatti, di attività sul mercato aperto presuppone la deducibilità nel contratto di attività esposte alla concorrenza e, dunque, sembra confermare il riconoscimento legale dello scambio inter-amministrativo tramite modulo convenzionale.

L'applicazione della lettera c), in realtà, potrebbe mettere in discussione la tenuta dell'intero istituto; se consideriamo, infatti, i requisiti di legge sono cumulativi (come risulta nel primo periodo del comma 6 nella locuzione: "devono essere soddisfatte tutte le seguenti condizioni"), dovremmo chiederci come può essere compresente necessariamente lo svolgimento di attività sul mercato nell'ambito di un semplice accordo organizzativo avente ad oggetto la fornitura congiunta di servizi pubblici.

All'opposto si potrebbe pensare che il requisito dell'attività esposta sul mercato sarebbe soddisfatto quando l'attività è pari a zero (posto che la legge chiede che la quota sia inferiore al 20%). Siffatto approccio ermeneutico non è appagante, dal momento che non si fa carico di spiegare l'oggetto dell'accordo e, dunque, sarebbe corretto pensare che, laddove l'accordo ha ad oggetto servizi pubblici, erogati solo all'utenza e non al mercato, sarebbe davvero incompatibile l'uso di tale esenzione in una simile fattispecie. Dunque, sembra ragionevole ritenere che la quota di mercato non è fissata solo per limitare il rischio di distorsione della concorrenza, ma anche per definire l'ambito dell'esenzione dal punto di vista oggettivo.

Ciò non significa che tale fattispecie debba essere assoggettata al diritto dei contratti pubblici, ma al contrario

dimostra l'incertezza giuridica prodotta dalle direttive europee e la necessità di "intercambiare" in base al contenuto del rapporto inter-amministrativo, come dimostrano il caso *SUCH* e il caso *Remondis*.
Ad avviso di chi scrive, pertanto, è necessario percorrere una via interpretativa che renda anzitutto accessibili e applicabili le sei esenzioni relative ai predetti accordi inter-amministrativi, per come sono effettivamente congegnati dal Legislatore europeo.
A questo proposito, conviene distinguere i presupposti dai requisiti, ossia i presupposti dell'accordo inter-amministrativo che rendono il rapporto esente dall'applicazione dell'obbligo di gara dai requisiti dell'accordo inter-amministrativo che rendono valido il rapporto dal punto di vista giuridico, che nella legge vengono chiamate come "condizioni".
Esistono, infatti, presupposti che condizionano l'ambito di applicazione delle esenzioni e requisiti che incidono sulla conformità giuridica della fattispecie giuridica; in altre parole un accordo inter-amministrativo previsto dalle direttive europee deve essere individuato nei suoi limiti esterni e, contemporaneamente, deve corrispondere ai propri vincoli interni. Il che dà seguito all'interpretazione basata sulla "natura delle cose", che ha caratterizzato l'approccio condotto durante la ricerca: infatti, assumere la presenza di presupposti che condizionano l'effettività del campo di applicazione dell'esenzione significa accettare l'idea che l'istituto è formato da concetti il cui significato è ultrattivo rispetto al diritto dei contratti pubblici.
Questo approccio interpretativo è stato suggerito leggendo le pagine di chi si era trovato a studiare, in un'altra epoca, la necessità dell'adozione preventiva di un atto di diritto pubblico rispetto all'atto di diritto privato. In tale situazione era stato osservato che per la formazione di un

atto giuridico (che nella specie è l'accordo inter-amministrativo) concorrono presupposti e altri fatti (che nella specie sono i requisiti di validità dell'accordo inter-amministrativo), ma i presupposti sono « *dotati di propria autonomia funzionale* ».[595]

---

[595] Carlo ANELLI, *Pubblico e privato in materia di contratti dello Stato e degli enti pubblici*, in *Cons. Stato*, 1966, a. XVII, pt. II, pp. 333-349 (parte I), pp. 459-472 (parte II), pp. 545-591 (parte III): « [*c*]*onsideriamo, infatti, la fase preparatoria in senso lato di un procedimento, compresi in essi, oltre agli atti preparatori in senso stretto, i presupposti dotati di propria autonomia funzionale. Come nota il Sandulli, ogni volta che, con riguardo a uno specifico effetto giuridico, viene in esame un dato evento – sia fatto, sia atto giuridico – è facile osservare come esso non appaia, per sé solo, capace di generare legittimamente quelle date conseguenze, che col suo realizzarsi l'ordinamento lascia venire in essere. Quelle conseguenze, in tanto potranno legittimamente nascere, in quanto quell'evento sia venuto in essere nella coesistenza di certi altri fatti anteriori e cioè sul presupposto di essi (dal che la denominazione di «presupposti»). Tali fatti, tuttavia, non possono venire in esame, solo perché presupposti, come parti costitutive integranti la fattispecie nella quale si inserisce l'evento che li presuppone. La funzione dei presupposti si risolve, nei confronti di quello specifico evento, nel determinare la situazione giuridica, in seno alla quale soltanto l'evento possa venire in considerazione in quel certo modo piuttosto che in un altro o – il che è lo stesso – come un certo fatto giuridico piuttosto che come un altro* » (p. 348). Cfr. Aldo SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1940, p. 45. Eugenio CANNADA BARTOLI, *Attività amministrativa e attività privata in tema di autorizzazione agli acquisti di contratti di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Foro Amm.*, 1960, a. XXXVI, n. 1, pt. II, pp. 53-54, sosteneva che « *il regime dell'attività privata venga attratto in quello dell'attività amministrativa* » (p. 54); traendo spunto da un caso in cui era mancato l'atto presupposto (autorizzazione all'acquisto), occorreva capire se il difetto di presupposto inficiava la validità del contratto,

Nel caso di specie, i requisiti del contratto, ai fini della conformità della fattispecie, sono individuati nelle disposizioni delle direttive, mentre i presupposti del contratto, ai fini dell'applicazione dell'esenzione, si trovano nei considerando delle direttive che valgono tanto come strumenti interpretativi, quanto come disposizioni sostanziali, come ritenuto dalla dottrina, effettivamente idonee a circoscrivere l'ambito di applicazione dell'istituto.
Interessante notare come l'uso concettuale di presupposti e di requisiti si avvicini a quello di Giannini, il quale notava che « *presupposto è ogni elemento di una fattispecie giuridica complessa, il cui avveramento è necessario affinché si possa avverare un elemento successivo sotto l'aspetto logico o sotto quello cronistico* », « *presupposto è un fatto giuridico* », mentre « *per requisiti (o caratteristiche, o proprietà, secondo la terminologia di alcune norme) si intendono delle qualità di persone, di cose, di rapporti* », e in particolare, tale qualità « *una volta costituita (dalla natura o dall'atto dell'uomo) esiste indipendentemente dalle vicende che sono accadute o possono accadere, e diviene, ai fini giuridici, uno stato di fatto, cioè un modo di essere della realità che la norma considera fatto giuridico* ».[596]
In buona sostanza, il contratto di cooperazione, una volta costituito, diviene un fatto giuridico, che per quanto valido sul piano giuridico, per dirsi esente dall'obbligo di gara, deve poi ulteriormente passare al vaglio di ulteriori

---

così come il difetto di presupposto inficia la legittimità dell'attività amministrativa di diritto privato.

[596] Massimo Severo GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, Parte III, *L'attività amministrativa*, Sez. I, *Problemi generali*, Cap. II, *Nozioni teoriche varie*, § 158, *Fatti giuridici*, pp. 519-523, cit. rispettivamente p. 520 e p. 521.

presupposti per l'applicazione dell'esenzione dal diritto dei contratti pubblici.
In proposito, esistono due presupposti d'applicazione dell'esenzione, dipendenti dalla nozione di distorsione della concorrenza (come concorrenza non falsata) e legati alla nozione di contratto pubblico.
Per quanto riguarda la nozione di distorsione della concorrenza, è sufficiente richiamare quanto esposto nel primo capitolo con riferimento alla nozione di mercato aperto che la norma dà per scontato.
Per quanto riguarda il secondo presupposto per l'applicazione dell'esenzione, è necessario verificare se l'accordo inter-amministrativo a fini cooperativi è affine (in inglese, si direbbe *consistent*, intrinsecamente logico) o è estraneo alla nozione di contratto pubblico.

7. *La compatibilità del contratto di cooperazione con la nozione di contratto pubblico e disciplina applicabile*.

Giunti a questo punto della ricostruzione dell'istituto, vale la pena rammentare che il contratto di cooperazione, come configurato a livello europeo, può avere ad oggetto forniture, beni e servizi che possono dare luogo a concessioni e appalti tra sole amministrazioni aggiudicatrici, non soggetti all'obbligo di gara, a patto che le attività sia accessorie all'*attività* di interesse generale e connesse con il *compito* di servizio pubblico, al punto che i soggetti partecipanti non sono tenuti a contribuire in modo identico, ma anche complementare all'iniziativa.
Orbene, s'è visto che le direttive dettano precisi presupposti per integrare la fattispecie, mentre i considerando aggiungono ulteriori requisiti per integrare l'esenzione.

In particolare, i considerando ammettono trasferimenti economici nell'ambito del contratto di cooperazione e si riferiscono tanto alla complementarietà delle attività e allo svolgimento di tutti i tipi di servizi; ne deriva che il rinvio implicito alla nozione di contratto pubblico.
Ad essere precisi, l'incidenza della nozione di contratto pubblico non è determinante nella costruzione logico-normativa della fattispecie del contratto, ma tali requisiti sono condizionati dalla portata dell'esenzione.
Invero, il nodo centrale della qualificazione dell'istituto deriva dall'influenza della nozione di mercato aperto all'interno della fattispecie e dalla conseguente scelta allocativa intorno alla rilevanza giuridica dell'interesse patrimoniale a fianco dell'interesse pubblico.
Sono state esposte le ragioni per cui il contratto di cooperazione assurge a misura di tipo allocativo, compatibile con le regole del mercato interno e comunque riconducibile alle forme di esenzioni rilevanti nel diritto della concorrenza.
La tesi qui proposta non sembra smentita dalla Arrowsmith la quale dubita della natura contrattuale ("*may also be no contract*") degli accordi inter-amministrativi disciplinati dalle direttive europee, senza però considerare gli effetti sull'oggetto del rapporto determinati dall'ingresso del mercato aperto nella definizione dell'istituto.[597]

---

[597] Sue ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Volume 1*, Sweet and Maxwell, 2014 (3° ed., 1997), Cap. VI, *The Public Sector Rules; Which Contracs are Covered?*, § 2, *Requirement for a contract for pecuniary interest (consideration) in writing*, § 1, *Meaning of "contract*", sottolinea che negli "public–public arrangements" « *may also be no contract (altough this is not essential for the exclusion of such arrangements from the directive; they are also*

Del resto, la natura privatistica del contratto di cooperazione non è smentita dalla circostanza che il rapporto consensuale trova fondamento nell'affidamento del servizio pubblico ad altro ente pubblico, dal momento che la "fornitura congiunta" del servizio pubblico in comune, usando la terminologia presente nei considerando delle direttive,[598] può essere il presupposto della cooperazione, ma non necessariamente il risultato, dato che tale affidamento incide sul mercato solo quando la fornitura congiunta diventa anche produzione esternalizzata.

In altre parole, il requisito del mercato aperto nel contratto di cooperazione rende ancora più evidente la differenza tra compito di servizio pubblico e obbligo di servizio pubblico, essendo ben possibile che un compito di servizio pubblico incida su attività che non sono soggette ad alcun obbligo di servizio pubblico.

Dunque, il contratto di cooperazione diventa rilevante per il mercato interno proprio perché realizza una forma di esternalizzazione di un'attività economica, compatibile con il diritto della concorrenza nella misura in cui ha ad oggetto attività complementari e accessorie ad un compito di servizio pubblico, senza che tali attività debbano essere configurate come obbligo di servizio pubblico per gli operatori del mercato rilevante.

Dato il contenuto flessibile dell'oggetto dell'accordo, la questione andrebbe posta non con riferimento al se, ma ai limiti entro cui l'accordo inter-amministrativo può avere ad oggetto la realizzazione di lavori, la prestazione di servizi e

---

outside the scope of the TFUE, the application of which does not generally depend on the existence of a contract) » (p. 388, nota 9).

[598] Considerando (47), primo capoverso, ultimo periodo, dir. 2014/23/UE, considerando (33), secondo capoverso, primo periodo, dir. 2014/24/UE. Nulla è specificato nella dir. 2014/25/UE.

la fornitura di prodotti, può creare obbligazioni reciproche, può generare profitto, e cioè, come si diceva nelle premesse metodologiche, in che limiti il contratto di cooperazione e il contratto pubblico hanno in comune:
(*1*) la plurilateralità (superando l'assunto della semplice pluri-soggettività senza reciprocità);
(*2*) la patrimonialità (superando l'assunto del limite dell'incommerciabilità dell'oggetto contrattuale);
(*3*) l'onerosità (superando l'assunto del semplice equilibrio dei rapporti finanziari tramite il ristoro delle spese).
Solo con la verifica della rilevanza della nozione di contratto pubblico sulla fattispecie esente, sarà possibile riconoscere i presupposti dell'accordo inter-amministrativo a fini cooperativi e capire in che modo sarà possibile applicare *in extrema ratio* il criterio della distorsione della concorrenza.
In altri termini, sarebbe inutile verificare la corrispondenza della fattispecie ai requisiti legali in situazioni che esulano dai presupposti a cui tale esenzione si riferisce: non si potrebbe neppure darsi alcuna legittimità della cooperazione contrattuale senza la costruzione giuridica dell'esenzione.
Fatta questa distinzione, diventa dunque più semplice comprendere il posto che occupano i considerando delle direttive europee nell'interpretazione degli accordi inter-amministrativi, avendo importanza non ai fini della conformità legale della fattispecie, ma della corretta applicazione della esenzione.
Ad avviso di chi scrive, il contratto di cooperazione ammette, oltre alla commerciabilità dell'oggetto, anche la remuneratività della prestazione e la legittimazione dell'amministrazione partecipante come operatore economico.

Ciò deve valere nei limiti in cui tale abilitazione derivi da una disposizione di legge o sia compatibile con gli scopi statutari dell'ente pubblico.
Tale aspetto non è irrilevante, ma conferma la necessità di distinguere la portata dell'esenzione dall'ambito della fattispecie e, così, il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice nel concreto non abbia capacità di agire come operatore economico inibisce non tanto l'esenzione del contratto, quanto semmai la sua validità.
Invero, l'interesse pubblico è il criterio guida nell'individuazione dell'ambito della fattispecie e della portata dell'esenzione, e la rilevanza dei fini nel diritto pubblico richiede trasparenza e imparzialità. Nell'attività contrattuale tali cautele si manifestano al momento della deliberazione a contrattare, che è l'atto con il quale l'Amministrazione dovrà "mettere in evidenza i motivi di interesse pubblico che stanno a fondamento"[599] della cooperazione, espressamente previsti alla lettera b), dell'art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016, nonché quelli che giustificano il pagamento di remunerazione e la prestazione dell'attività come operatore economico.
Di conseguenza, il contratto di cooperazione in quanto atto finalizzato alla cura dell'interesse pubblico dovrà

---

[599] Massimo Severo GIANNINI, *L'attività amministrativa. Lezioni tenute durante l'anno accademico 1961-1962*, Jandi Sapi Editori, Roma, 1962, definisce i « *contratti ad evidenza pubblica, detti anche contratti amministrativi: sono accompagnati da provvedimenti amministrativi che hanno lo scopo di mettere in evidenza i motivi di pubblico interesse che stanno a loro fondamento* » (p. 42); *idem*, Massimo Severo GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, Parte III, *L'attività amministrativa*, Sez. III, *L'attività amministrativa di diritto privato*, Cap. XII, *I contratti ad evidenza pubblica*, § 219, *Nozione e principi regolatori*, pp. 677-682.

sottomettersi ai principi di imparzialità e di trasparenza nella fase di negoziazione del rapporto contrattuale.
Tutto ciò con la precisione che l'applicazione di tale regime amministrativo sembra giustificato dalla cura dell'interesse pubblico, che consente di funzionalizzare il contratto di cooperazione, piuttosto che dalla necessità di assicurare il principio di concorrenza, come previsto dall'art. 30, par. 2, dir. 2014/23/UE, dall'art. 18, par. 1, secondo capoverso, dir. 2014/24/UE e dall'art. 36, par. 1, dir. 2014/25/UE, come recepito all'art. 30, comm 2, D.Lgs. n. 50/2016.
Sotto tale punto di vista, giova rammentare che il codice dei contratti pubblici ha espressamente previsto di sottomettere ai principi comunitari "di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica", l'affidamento di tutti i "contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice", in base all'art. 4, D.Lgs. n. 50/2016, intitolato "[p]rincipi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi".
Ad avviso di chi scrive, sussistono fondate ragioni di coerenza sistematica che suggeriscono di applicare tali principi all'affidamento del contratto di cooperazione, siccome avente anche ad oggetto "lavori, servizi e forniture, esclusi", potendo così assicurare quel sufficiente grado di imparzialità e trasparenza nella negoziazione tra pubbliche Amministrazioni a migliore garanzia dell'interesse pubblico.
E sempre sul piano sistematico sarebbe necessario interpretare in modo conforme al diritto dei contratti pubblici le fattispecie di diritto interno con le quali è

permessa la stipulazione di convenzioni pubblicistiche aventi ad oggetto prestazioni di servizi.
Il riferimento corre all'art. 43, comma 3, L. 27 dicembre 1997, n. 449, recante "[m]isure per la stabilizzazione della finanza pubblica",[600] con il quale le pubbliche amministrazioni possono dare consulenze ad altri soggetti pubblici.
Evidentemente, la norma richiederebbe di essere integrata dei presupposti della fattispecie del contratto di cooperazione, sicché tale consulenza potrà essere esentata dall'obbligo di gara se richiesta nell'ambito di un servizio pubblico e se tale cooperazione potrà essere eseguita nell'interesse di entrambe le pubbliche Amministrazioni.
A questo riguardo, può essere utile offrire un quadro della disciplina applicabile al contratto di cooperazione che possa dare conto dell'applicazione del regime amministrativo che l'istituto si trascina in virtù della funzionalizzazione dell'attività di acquisto di beni così legittimata.
Sotto un profilo più generale, occorre segnalare che il contratto di cooperazione, in quanto contratto ad evidenza pubblica, richiede alla pubblica Amministrazione partecipante lo svolgimento di un procedimento amministrativo in modo parallelo alla formazione della

---

[600] A mente dell'art. 43, comma 3, L. n. 449/1997, è previsto che « [*a*]*i fini di cui al comma 1 le amministrazioni pubbliche possono stipulare convenzioni con soggetti pubblici o privati dirette a fornire, a titolo oneroso, consulenze o servizi aggiuntivi rispetto a quelli ordinari. Il 50 per cento dei ricavi netti, dedotti tutti i costi, ivi comprese le spese di personale, costituisce economia di bilancio. Le disposizioni attuative del presente comma, che non si applica alle amministrazioni dei beni culturali ed ambientali e dello spettacolo, sono definite ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400* ».

volontà contrattuale, per spiegare « *le ragioni di pubblico interesse per le quali vuole addivenire o è addivenuta a quel contratto, e perché vuol scegliere o sceglie o ha scelto quella controparte* ».[601]

S'è detto, in precedenza, che il presente istituto si può configurare come un'ipotesi speciale del genere definito all'art. 15 della L. n. 241/1990.

Giova solo rammentare il campo di applicazione di tale fattispecie: infatti, l'accordo di collaborazione *ex* art. 15, L. n. 241/1990 è senz'altro il modulo convenzionale generale e residuale che l'ordinamento predispone per il coordinamento dei poteri pubblici nell'ambito del procedimento amministrativo, senonché dottrina e giurisprudenza concordi hanno ammesso l'uso di tale istituto anche per definire i rappporti interprivati tra pubbliche Amministrazioni che agiscono come soggetti di diritto comune in virtù dell'autonomia privata.

Data la duplice efficacia della fattispecie generale, si ritiene corretto definire il contratto di cooperazione come fattispecie speciale: infatti, le due fattispecie divergono senz'altro nei presupposti (il mercato aperto) e convergono parzialmente nel contenuto (la provvista di beni e servizi).

Per completezza, vale la pena precisare che il classico accordo organizzativo avente ad oggetto l'aggregazione della fornitura dei servizi pubblici sarà esentato

---

[601] Massimo Severo GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1967, vol. III, tomo II, *L'attività amministrativa*, Sez. III, *L'attività amministrativa di diritto privato*, Cap. II, *I contratti ad evidenza pubblica*, § 128, *Nozione e principi regolatori*, pp. 33-38, cit. p. 33; Massimo Severo GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, Parte III, *L'attività amministrativa*, Sez. III, *L'attività amministrativa di diritto privato*, Cap. XII, *I contratti ad evidenza pubblica*, § 219, *Nozione e principi regolatori*, pp. 677-682, cit. p. 737; Massimo Severo GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1988 (2° ed. 1970), vol. II, Parte III, *L'attività amministrativa*, Sez. III, *L'amministrare per provvedimenti*, Cap. XII, *I contratti ad evidenza pubblica*, § 248, *Nozione e principi regolatori*, pp. 797-802, cit. p. 797.

dall'obbligo di gara non perché coerente con l'esenzione del contratto di cooperazione, ma perché riconducibile all'esercizio di una potestà amministrativa.
Ciò fermo, il contratto di cooperazione dovrà essere soggetto al regime previsto dall'art. 15, comma 2, L. n. 241/1990.
Ne consegue l'applicazione dei "principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili", ai sensi dell'art. 11, comma 2, L. n. 241/1990, siccome richiamato dall'art. 15, comma 2, cit.
In particolare, la compatibilità dei principi civilistici si determina in rapporto al regime amministrativo del contratto di cooperazione, scaturente dal perseguimento di interessi pubblici (e non dall'esercizio di potestà amministrativa, che non si rintraccia nello svolgimento di attività presenti sul mercato aperto).
Ribadito, poi, che il servizio pubblico entro cui si incornicia il contratto di cooperazione rappresenta una ragione abilitante per l'applicazione dell'esenzione (piuttosto che la prova della natura pubblicistica del contenuto contrattuale), occorre anzitutto domandarsi se il principio della risoluzione per inadempimento è applicabile.
Laddove la convenzione pubblicistica si fondasse sull'esercizio di potestà pubblicistica, merita attenzione l'opinione di Bassi secondo cui la risoluzione per inadempimento sarebbe sindacabile per eccesso di potere, che è "qualcosa di ben differente dal controllo svolto talvolta dai giudici ordinari sulle modalità di esercizio dei diritti potestativi alla stregua della clausola della buona

fede".[602] Ciò non vuole dire che il contratto di cooperazione non sia risolubile per inadempimento, ma impone di definire i limiti del sindacato giurisdizionale. A questo riguardo, per quanto la clausola generale della buona fede consenta un sindacato ampio e pervasivo, si deve tuttavia vagliare la meritevolezza della domanda di risoluzione con riferimento agli interessi delle parti, che, essendo per definizione interessi pubblici nel contratto di cooperazione, dovranno essere esplicitati e resi tipici; di conseguenza, non pare dirimente l'applicazione della clausola di buona fede, bensì l'"importanza dell'inadempimento", come richiede l'art. 1455 cod. civ.

Con riferimento al diritto di recesso, si deve anzitutto fare presente che l'art. 15, L. n. 241/1990 è rimasto silente al riguardo, non avendo fatto richiamo all'esplicita disposizione valida per gli accordi con i privati, contenuta nell'art. 11, comma 4, cit., secondo la quale il recesso uniltarale è ammissibile solo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse (con conseguente inammissibilità del recesso *ad nutum*).

Sul piano sostanziale, dovrebbe essere infine valutata la possibilità che il contratto di cooperazione possa essere dichiarato risolto per le ragioni previste non nel codice civile, ma nel codice dei contratti pubblici, considerate le peculiarità previste dall'art. 176 (in tema di concessioni) e dall'art. 108, comma 1, lett. c),

La questione sembra contradditoria, dato che tale contratto è propriamente escluso dal codice dei contratti pubblici, tuttavia se è vero che il contratto di cooperazione consiste sostanzialmente in un contratto pubblico, non si

---

[602] Nicola BASSI, *Accordi amministrativi*, in Sabino CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, vol. I, pp. 81-93, cit. p. 84.

dovrebbero vedere obiezioni per applicare anche tale ipotesi, posto che la ragione principale dell'esenzione di tale contratto sta nel suo rapporto diretto con l'applicazione dell'obbligo di gara e dei meccanismi concorrenziali.
Appare condivisibile l'autorevole dottrina sopra citata per la quale il recesso per sopravvenuti motivi è esercitabile anche in presenza di convenzioni tra soli enti pubblici, senza però alcune necessità di corrispendere l'indennizzo che sarebbe previsto dall'art. 11, comma 4, cit.
Da ultimo, si ritiene che tutte le controversie relative al contratto di cooperazioni spettino al Giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, in applicazione dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2), cod. proc. amm., considerato che tale istituto attiene a rapporti convenzionali tra enti pubblici.
A conferma di ciò, giova segnalare Merusi per il quale L'Autore aggiunge che « [*l*]*'attribuzione al giudice amministrativo in via esclusiva della competenza a conoscere delle controversie su accordi amministrativi ha fatto cadere ogni remora «linguistica» a qualificare come contratti tali accordi* ».[603]
Opinione questa che sgombra definitivamente il campo da ogni remora concettuale a riconoscere nel contratto di cooperazione una fattispecie negoziale per la provvista di beni e servizi in regime di autoproduzione nell'ambito del settore pubblico.

---

[603] Fabio MERUSI, *Procedimento di coordinamento infrastrutturale e procedimenti di collaborazione dopo le leggi sul procedimento amministrativo e sulla riforma delle autonomie locali*, in PLURES, *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Giuffrè, Milano, 1993, vol. II, pp. 1035-1054, cit. p. 1038, nonché, con il titolo *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 1993, a. I, n. 1, pp. 21-39, cit. p. 1047 e p. 32.

Stando così le cose, non resta che rassegnare le conclusioni.

CONCLUSIONI

CONTRATTO DI COOPERAZIONE: DALLA STRUTTURA ALLE FUNZIONI

un orecchio attento è quanto desidera il saggio
Sir. 3,32

Il contratto di cooperazione ha struttura mista e funzioni multiple.
Nell'introduzione del presente lavoro erano state poste due questioni in merito alla configurazione giuridica del contratto di cooperazione in ambito europeo, in quanto istituto armonizzato nel diritto dei contratti pubblici, consistente in una causa di esenzione dall'obbligo di gara.
La presente ricerca, pertanto, si è concentrata su due poli concettualmente distinti: la ricostruzione della fattispecie e il significato della esenzione del contratto di cooperazione.
Ne è emerso, utilizzando una formula, che il concenso libera la scelta, se reso in condizioni di concorrenza e nell'interesse pubblico.
Con ciò si intende sostenere che l'obbligo di gara per la selezione del contraente recede nel caso in cui il contratto di cooperazione rappresenta una forma di manifestazione del consenso tra soggetti pubblici per la provvista di beni e servizi forniti in regime di autoproduzione, dato che ciò non determina alcuna distorsione della concorrenza, stante il suo esplicito riconoscimento legale nell'ambito del diritto dei contratti pubblici.
In particolare, era stato messo in dubbio che il contratto di cooperazione potesse avere dimensione meramente pubblicistica (nel lessico europeo, si direbbe "situazione meramente interna"), con conseguente restrizione dell'ambito di applicazione dell'istituto entro l'ambito

dell'organizzazione pubblica di diritto nazionale, come se simili convenzioni pubblicistiche fossero *interna corporis*.
Inoltre, si prospettava la possibilità di valutare la compatibilità dell'esenzione in rapporto alle regole del mercato interno e, quindi, alle libertà fondamentali.
Detto in altre parole, lo studio del contratto di cooperazione veniva calibrato su un piano strettamente strutturale, e così si procedeva a tenere distinti, nel silenzio della legge e in modo innovativo rispetto all'approccio giurisprudenziale, i requisiti per la formazione della fattispecie dai presupposti per l'applicazione dell'esenzione.
Detto in altre parole, si è tentato di svincolare l'esenzione del contratto di cooperazione dalla nozione di contratto pubblico e dalla nozione di attività economica; di conseguenza, l'individuazione di una prestazione di servizi nell'oggetto del contratto e l'onerosità della prestazione non sono ragioni sufficienti per determinare l'obbligo di gara.
Al contrario, l'obbligo di gara sarebbe violato solo se il contratto di cooperazione si rivelasse come una misura di esternalizzazione che attribuisce un vantaggio economico ad un soggetto pubblico (o, indirettamente, ad un soggetto privato, in caso di partecipazione ad un ente pubblico a compagine mista) – ragione, questa, necessaria e sufficiente per configurare una distorsione della concorrenza.
Del resto, la distinzione tra fattispecie ed esenzione si rendeva necessaria dal momento che la struttura dell'istituto presentava caratteri misti, abbracciando il "servizio pubblico" insieme al "mercato aperto".
Ne derivava una ricostruzione dell'istituto incentrata sullo scostamento dalla tipica cooperazione amministrativa a valenza organizzatoria per avvicinarsi alla cooperazione commerciale, tanto da giustificare l'inserimento di tale

fattispecie nell'ambito della regolazione dei contratti pubblici.
Sotto questo profilo, diventava altrettanto necessario soffermarsi sulle analogie e sulle differenze che tale tipo di contratto, una volta depurato da ogni assiomatica, poteva avere con le fattispecie affini previste dal diritto nazionale e riconosciute dal diritto europeo come cause di esenzione.
Alla luce di questa analisi, si è cercato di mettere in evidenza che la nozione codificata di contratto di cooperazione esprime la versione evoluta dell'accordo di collaborazione (già esente in quanto atto organizzativo), con la quale sono esentati però appalti pubblici e concessioni aventi ad oggetto attività economiche esposte al mercato aperto, finalizzate all'erogazione di servizi pubblici e scambiate in regime autoproduzione, per come legittimata e tipizzata dal diritto europeo.
Al centro di tale interpretazione sta la previsione, introdotta in modo innovativo rispetto alla precedente giurisprudenza, che ammette la deducibilità nel contratto di attività esposte al mercato aperto, come previsto alla lettera c) dell'art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016. A partire da tale previsione, è possibile ampliare l'oggetto della cooperazione a "tutti i tipi di attività connesse alla prestazione di servizi", in base ai considerando (47), primo capoverso, secondo periodo, *incipit*, dir. 2014/23/UE, considerando (33), primo capoverso, secondo periodo, *incipit*, dir. 2014/24/UE,
Tale cooperazione, inoltre, può ben riguardare attività economiche accessorie al servizio pubblico, come affermato dalla Commissione nel documento di lavoro del 4 ottobre 2011. Detto altrimenti, si è voluto sostenere che il contratto di cooperazione può assumere i tratti di un vero e proprio contratto di natura commerciale, seppur a determinate condizioni, previste dalle direttive europee del 2014, cosa che invece era stata esclusa dalla Commissione

europea nel 2011, prima dell'introduzione della lettera c) in questione.
Inoltre, sempre sul piano strutturale, si è visto che il contratto di cooperazione non si sovrappone, né interferisce con il contratto *in house*, per come codificato, anche se l'istituto è inserito nel medesimo pacchetto normativo. L'*in house providing* non rappresenta un presupposto implicito della cooperazione contrattuale né sul piano giuridico, né sul piano logico, posto che il primo rappresenta una forma di internalizzazione, mentre la seconda costituisce una misura di esternalizzazione che viene ricondotte alle forme di autoproduzione in virtù della partecipazione alla struttura organizzativa in senso lato, esattamente come succede nel settore privato con riferimento alla disciplina dell'autoproduzione nei gruppi societari.
Del resto, dal punto di vista normativo non costituisce un presupposto necessario dell'organizzazione *in house* l'adempimento di un compito di servizio pubblico, come invece avviene in caso di cooperazione di tipo contrattuale.
Inoltre, non esiste nemmeno alcuna implicazione logica tra *in house providing*, come codificato nelle direttive, e cooperazione nei servizi pubblici, dato che la cooperazione avviene tra enti in posizione paritaria, non soggetti a controllo analogo, senza limite territoriale e senza vincolo organizzativo: infatti, non occorre che gli enti partecipanti creino un'organizzazione in comune.
Da ultimo, la possibilità di ricorrere alla società pubblica come strumento di aggregazione dell'offerta dei servizi pubblici non dimostra che la cooperazione è elemento necessario dell'organizzazione *in house*, anzi mette in evidenza il fatto che il contratto di cooperazione non deve necessariamente presupporre la gestione aggregata del servizio pubblico, ma è possibile la semplice condivisione delle prestazioni, come definito dalle direttive europee.

Volgendo l'attenzione all'ambito dell'esenzione, si deve rilevare, sottol il profilo funzionale, che nel contesto della cooperazione contrattuale è stata permessa l'integrazione tra enti pubblici per svolgere attività complementari, nei considerando delle direttive europee del 2014. Infatti, "[i] servizi forniti dalle diverse amministrazioni partecipanti non devono necessariamente essere identici; potrebbero anche essere complementari" (considerando 47, par. 1, ultimo alinea, dir. 2014/23/UE e considerando 33, par. 1, ultimo alinea, dir. 2014/24/UE).

Ne deriva che gli enti pubblici che cooperano non devono congiuntamente adoperarsi per assolvere il compito di erogare il servizio pubblico, ma possono trovarsi in posizioni diverse nella catena produttiva finalizzata all'erogazione del servizio pubblico. Questo tipo di cooperazione, che trova finalmente riconoscimento nelle direttive europee, non comporta la legittimazione delle amministrazioni aggiudicatrici ad agire sul mercato, dato che tale qualifica dipende dal diritto nazionale, ma permette solo di uniformare l'esenzione dalle regole del mercato interno a fronte della prestazione di attività accessorie e connesse all'erogazione del servizio pubblico alle cause di esenzione rispetto al diritto della concorrenza, applicabili alle attività accessorie ai servizi di interesse generale e ai servizi di interesse economico generale.

Più chiaramente, il contratto di cooperazione parte dal presupposto dell'aggregazione dei servizi pubblici per realizzare la condivisione delle risorse e delle prestazioni, che costituisce una forma ordinaria di gestione delle imprese a livello inter-organizzativo nel settore privato.

Ed è proprio sotto il profilo funzionale che l'istituto desta ulteriore interesse.

Infatti, ciò si è cercato di mettere in evidenza nel corso dello studio è la rappresentazione del progressivo

ancoramento operato dalla Corte di Giustizia alla nozione di contratto pubblico in senso funzionale per definire l'ambito di applicazione delle cause di esenzione dal diritto dei contratti pubblici.
Tale approccio deve reputarsi oramai superato.
Se, infatti, nella costruzione giurisprudenziale delle esenzioni la nozione di contratto pubblico era il faro, oggi l'armonizzazione del contratto di cooperazione ha permesso di guardare ai requisiti della fattispecie tenendo per presupposto i caratteri essenziali del contratto pubblico, al punto di potere sostenere che tale contratto di cooperazione, quando ha ad oggetto attività economiche, può avere carattere patrimoniale, senza correre il rischio di falsare la concorrenza.
Si è andato così delineando il passaggio dalla struttura alle funzioni del contratto di cooperazione, muovendo dalla funzione associativa e dalla funzione di scambio che tale istituto può assumere, passando per le ragioni che possono giustificare l'applicazione dell'istituto anche ai fini della centralizzazione degli acquisti.
In sintesi, la presente tesi sostiene che il contratto di cooperazione è formalmente un accordo inter-amministrativo, soggetto ai principi di imparzialità e trasparenza, e sostanzialmente un contratto pubblico, configurabile come esente dall'obbligo di gara, quando, sotto il profilo strutturale, può riguardare attività accessorie al servizio pubblico, senza comportare alcun rapporto *in house*. Inoltre, sotto il profilo funzionale, si è cercato di dimostrare che l'esenzione di tale contratto va oltre la semplice aggregazione dei servizi ed è estesa ai casi in cui si verifica la condivisione delle risorse e delle prestazioni attraverso lo svolgimento di attività complementari.

APPENDICE

Cooperation Contract: Three Functions within the EU Public Procurement Law

(*paper* presentato in occasione della VII Public Procurement Research Student Conference presso l'University of Nottingham lo scorso 9 settembre 2016).

Summary:

I. INTRODUCTION.

1. A survey on the normative steps along the way to the European harmonization of the public-public arrangements within the EU public procurement law. The legal certainty as concern of this insight and the specification of the scope of the exemptions to its legal order as methodological issue of the survey.

II. SURVEY IN ACTION.

2. First step: from public-public partnership to public-public cooperation and back. Relevance of the national patterns and emergence of a European type of inter-administrative arrangement in the case law.
3. Second step: from cooperation agreement to cooperation contract and back. Format and enhanced requirements for the compliance of the public-public cooperation type.
4. Third step: from cooperation contract to public contract and back. Statutory and normative constraints to the scope of the public-public cooperation exemption.

III. FINDINGS.

5. Functions of cooperation contract and the need to distinguish requirements of the legal concept from constraints to the application of the statutory exemption.

6. Legitimacy of three paradigms of common action in the public sector.
IV. CONCLUSIONS.
7. Remarks on the three functions of cooperation contract.

Abstract
This paper concerns the cooperation contract as a type of contract covered by the EU public procurement law, but falling outside its scope, since is devised in the shape of a statutory exemption from the obligation to follow tendering procedures. The aim of this survey is to demonstrate that the cooperation contract touches multiple objects (cooperation in public service task, cooperation in public service activity, cooperation in collaborative procurement) and, according to the case, accomplishes multiple effects (the aggregation of the public service tasks, the swap of ancillary public services activities in a complementary way, the pool of collaborative procurement system), which express the different, normative functions of this kind of inter-administrative arrangement. To reach this aim, I seek to recognize the way taken by the case law to acknowledge this kind of contract as an autonomous exemption; thus I find three steps towards the harmonization of a European type of public-public cooperation, which are the: (*i*) first step: from public-public partnership to public-public cooperation, (*ii*) second step: from cooperation agreement to cooperation contract, (*iii*) third step: from cooperation contract to public contract. In particular, the core of the survey is to assess the degree of legal certainty achieved by the codification of the cooperation contract, and to identify the proper scope of the exemption as such. In order to that, it must distinguish the requirements to comply the

cooperation contract type (as currently defined by the rule at issue) from the constraints which undermine the cooperation contract exemption (stemmed by the public procurement principles), having carved out a functional interpretation of public contract; in my way, the exit strategy from this kind of circular interpretation is to conceive that the statutory requirements of the public-public cooperation lay down different functions of the cooperation contract. The result of this exam is the recognition of three function of the cooperation contract, figuring out three different paradigms of mutual, joint and shared action in the public sector, which ensure the enforcement of the EU public procurement law defining *ab extra* its proper scope.

I. INTRODUCTION.

1. *A survey on the normative steps along the way to the European harmonization of the public-public arrangements within the EU public procurement law. The legal certainty as concern and the specification of the scope of the exemptions to its legal order as methodological issue of the survey*.

This paper concerns the cooperation contract as a type of contract covered by the EU public procurement law, but falling outside its scope, since is devised in the shape of a statutory exemption from the obligation to follow tendering procedures.

In outline, the three 2014 EU public procurement directives set up many types of inter-administrative arrangements. As known, inter-administrative arrangements are conveyed in terms of “concessions”, “public contracts” and “contracts”,

at para 1 of art. 17, dir. 2014/23/EU, art. 12, dir. 2014/24/EU, and art. 28, dir. 2014/25/EU; these are in-house arrangements, awarded to a legal person governed by private or public law, even jointly controlled.

It was stated that these provisions are the codification of the ECJ rulings with regards to the public-public cooperation, and specifically the codification of the traditional quasi in house arrangements (para 1) and of four further normative situations, the "inverted" in house and the "horizontal in house" (para 2), ad quoted by ECJ, and the so called vertical cooperation (para 3) and horizontal cooperation (para 4), as quoted by European Commission in Working Paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities ('public-public cooperation'), handed down on October 2011, 4th (p. 14). Thus, the arrangements within the public sector concluded among contracting authorities or entities between themselves, without any similar (not even bilateral) control, are provided at the para 4 of the same provisions.

Accordingly, the European type of cooperation contract is established in the three 2014 directives, in an identical rule, uniform for each directive, at para 4 of art. 17, dir. 2014/23/EU, art. 12, dir. 2014/24/EU, and art. 28, dir. 2014/25/EU.

Foremost, it is worth to underline that the 2014 public procurement directives acknowledge the cooperation contract as such, *i.e.* as an autonomous legal type, not more provided by the national law, but even going beyond the case law, where this legal concept was founded. Actually, the roots of this type of contract stem from national law, addressing cooperation agreement as one of the possible forms of public-public partnership, with proper conditions,

suitable and necessary to constitute a purely public arrangement.

In particular, the European type of cooperation contract points out at least four criteria (not literally spelt out by ECJ), to meet cumulatively:

(*i*) the sole participation of contracting authorities or entities;

(*ii*) the performance of a public service task for objectives in common of contracting authorities or entities (in limited case);

(*iii*) the implementation of public interest considerations;

(*iv*) the due performance of some activity (not more of one-fifth) in the open market.

Hence, this type of contract is an inter-administrative arrangement, concluded not in-house, but among third parts one another, and substantially it might have two kind of objects: the joint provision of public services or the performance of ancillary activity to the delivery of public services, as also stated by the European Commission in the Working Paper (p. 14, fn. 47).

In this paper, I do not interpret the meaning of the single criteria of the new legal type (even if it should be useful deepen its entailments; for example, if the task should be public in nature), but I just seek to estimate the effects of this legal measure in the public procurement system, therefore, in my view, these criteria are relevant not as such, but as tools for the public choice and the public action.

Therefore, my aim is to focus the degree of legal certainty achieved by the codification of the cooperation contract, and to identify the proper scope of the exemption as such. In particular, the purpose of the survey is to define the legal certainty of the legal type, the consistency of the legal

exemption, and on the coherence of the European harmonization.

To achieve this aim, I'm going to clarify four assumptions, based on distinctions:

(*i*) at first, within the European *law*: distinction of the European type of cooperation contract from the national patterns of inter-administrative arrangement, considered by art. 1, para 4, dir. 2014/23/EU and art. 1, para 6, dir. 2014/24/EU;

(*ii*) secondly, within the interpretation of the European law: distinction of the legal concept of exemption from the jurisprudential notion of exception applicable to the cooperation contract;

(*iii*) within the European legal type: distinction of the requirements feasible for the compliance of the legal type from the constraints relevant for the definition of the scope of the European legal exemption of cooperation contract. The requirements to comply the cooperation contract type (as currently defined by the rule at issue) are different from the constraints which undermine the cooperation contract exemption (stemmed by the public procurement principles), and it is due to conceive that the statutory requirements lay down different functions of the cooperation contract; it must underscore that the proper scope of the public-public cooperation exemption is shaped by its functions, thus I will criticise the trigger of constraints to the achievement of the exemption as such, whether they result in contrast with the statutory functions of the cooperation contract as legal concept;

(*iv*) Within the requirements of the legal type: distinction of public service activities from the public service tasks as object of the cooperation contract.

In order to do, I will use the well-known milestones of the case law to trace the way to the European harmonisation of the public-public arrangements within the EU public procurement law. Accordingly, by the traditional approach, national inter-administrative arrangements are conceptualized as the horizontal version of the in house providing (*Coditel* case, C-324/07, *Hamburg* case, C-480/06). This means that cooperation contract might be qualified as a normative exception from public procurement directives at par of the in house organization (*ANAV* case, C-410/04). Notwithstanding, the in house providing has typically organizational object (implied by the similar control), instead of cooperation contract having only organizational effects. Thus, is due to change the approach to delve the effects of the legal type; in fact, the proper effects derive by the functions of its legal concepts. In particular, I shall shed light on three steps accomplished by the case law and the EU public procurement law:

(*i*) first step: from public-public partnership to public-public cooperation;

(*ii*) second step: from cooperation agreement to cooperation contract;

(*iii*) third step: from cooperation contract to public contract.

Finally, it ought to observe that every single step includes the explanation of the "way back", since it exists the counter-effect of any single exemption within the broader legal concept of inter-administrative arrangements.

II. SURVEY IN ACTION.

2. *First step: from public-public partnership to public-public cooperation and back. Relevance of the*

national patterns and emergence of a European type of inter-administrative arrangement in the case law.

The first step goes from the notion of public-public partnership to the one of public-public cooperation; in particular, it might useful distinguish the inter-administrative arrangements pursuant by the national law from the types of inter-administrative agreement exempted by the EU law. The result of this exam is that the multiple forms of the national inter-administrative arrangements interact with the European exemptions. Therefore, it might be stated that the public-public partnership is a broader area of the public-public cooperation, whereby inter-administrative arrangements are treated as such, if they do not comply the new public-public cooperation legal type.
Said that, the current argument will touch the following points:

(*i*) the ongoing relevance of the national patterns of inter-administrative arrangements harmonized via multiple public-public partnership exemptions;
(*ii*) the piecemeal emergence of a European type of public-public cooperation in the shape of a tailored exemption from the EU public procurement law.

(*i*) *The ongoing relevance of the national patterns of inter-administrative arrangements harmonized via multiple public-public partnership exemptions. The effect: the reach of the specific scope of this kind of exemptions*.

The EJC addressed the matter of inter-administrative agreements in two directions. First, it comes to the fore the case law on public-public partnership, carried out by inter-administrative arrangements as provided in domestic law,

and falling outside the scope of the EU public procurement law.

At this scope, it can be seen that the Court shed light on different national measures to delve the compatibility of those legal type of purely public arrangements towards the primary and secondary European law. In particular, it might mark five rulings: *Commission v France* case (C-264/03, at. p. 54), *Asemfo* case (C-295/05, at p. 60), *Correos* case (C-220/06, at p. 67) and *ReData Processing* case (C-3/88, at p. 13) with *Selex* case (C-113/07 P, at p. 70), and the opinion of Advocate General in *Remondis* case (C-51/15). Of course, these cases, almost all, were treated by the cited Commission Staff Working Paper, and all these normative situations are in force as actual provisions in the directives.

With these decisions the Court considered some domestic inter-administrative arrangements in an ample sense, but acknowledged these ones as exemptions outside (not within) the scope of public procurement. In reality, the Court's approach was useful to distinguish, piecemeal, the statutory exemptions from the national inter-administrative arrangements, not covered by these. In fact, after those rulings the public procurement framework confirmed or, even recognized, four different exemptions, as established in the directives:

1) the exemption of the competence transfer, as provided, for the first time, at art. 1, para 4, dir. 2014/23/UE and art. 1, para 6, dir. 2014/24/UE (from *Commission v France* case):

"[*a*]*greements, decisions or other legal instruments that organise the transfer of powers and responsibilities for the performance of public tasks between contracting authorities or groupings of contracting authorities and do not provide for remuneration to be given for contractual*

performance, are considered to be a matter of internal organisation of the Member State concerned and, as such, are not affected in any way by this Directive";
2) the exemption of the *propter legem* public contract (via mandatory order) as recognised at recital (48), dir. 2014/23/UE and recital (34), dir. n. 2014/24/UE (from *Asemfo* case):
"[*c*]*ertain cases exist where a legal entity acts, under the relevant provisions of national law, as an instrument or technical service to determined contracting authorities, is obliged to carry out orders given to it by those contracting authorities and has no influence on the remuneration for its performance. In view of its non- contractual nature, such a purely administrative relationship should not fall within the scope of public procurement procedures*";
3) the exemption of joint exercise of public powers or imperative reasons, as provided at art. 51, para 1, TFEU, art. 52, para 1, TFEU and art. 62, TFEU (from *ReData Processing* and *Selex* cases);
4) the exemption of contract awarded on the basis of an exclusive right, as provided at art. 10, para 1, dir. 2014/23/UE, art. 11, dir. 2014/24/UE and art. 22, dir. 2014/25/UE (from *Correos* case):
"[*t*]*his Directive shall not apply to public service contracts awarded by a contracting authority to another contracting authority or to an association of contracting authorities on the basis of an exclusive right which they enjoy pursuant to a law, regulation or published administrative provision which is compatible with the TFEU*".
According to these exemptions, it remains a specific scope where inter-administrative arrangements pursuant to the national law are consistent with the public procurement law, even if they follow different purposes and scopes. In other words, the Court's effort is gone to characterize the

proper scope of national inter-administrative agreements in case of competence transfer, the *propter legem* public contract, joint exercise of public powers, contract awarded on the basis of an exclusive right, with the aim to comply and give consistency to the exemptions defined by the EU public procurement law.
Hence, it may underpin that the relevance of national patterns of public-public partnership demonstrates the piecemeal construction of the inter-administrative arrangements framework within (not outside) the scope of the EU public procurement law, as evidenced by the recent *Remondis* case (C-51/15).

(*ii*) *The piecemeal emergence of a European type of public-public cooperation in the shape of a tailored exemption from the EU public procurement law. The counter-effect: the possible coverage of the other inter-administrative arrangements under the public-public partnership exemptions*.

As seen above, the domestic public-public partnership will continue its specific relevance after the introduction of the cooperation contract within the EU public procurement law. Actually, the EJC tackled the domestic types of inter-administrative agreement in a second direction, with the completion to create a new exemption within the (scope of the) public procurement law.
This new exemption was possible through the recognition of, on one side, the freedom of public authorities to discharge the public service tasks by using their own resources, which includes the possibility of cooperation with other public authorities, as provided at art. 2, para 1, second sentence, dir. 2014/23/UE, together with, on the other side, the freedom to use any particular legal form

within the discharge of public service tasks, as stated at recital (47), para 1, first sentence, dir. 2014/23/UE and rec. (33), para 1, first sentence, dir. 2014/24/UE. In particular, the principle of cooperation was stated, for the first time, in the *Coditel* case (C-324/07, at p. 49) and, then, replaced in *Hamburg case* (C-480/06, at p. 45), having legitimize contract with the solely participation of public authorities that "*establishes cooperation between local authorities with the aim of ensuring that a public task that they all have to perform*" (p. 37) and "*implementation of that cooperation is governed solely by considerations and requirements relating to the pursuit of objectives in the public interest*" (p. 47).

Notwithstanding, it is found elsewhere the main criterion to justify the beginning creation of a new European type of exemption within the scope of the inter-administrative arrangements. In my view, the *rationale* of the emergence of a new exemption derives from the indifference towards the market orientation of the public-public cooperation. This assumption comes by the idea that is exemptible only the inter-administrative arrangement having as object public matter. In fact, in the case *Commission v Spain* (C-84/03), the Court held that the inter-administrative arrangement must be treated under the public procurement law according to "*the nature of those relations*" (p. 40).

Accordingly, only if the inter-administrative arrangement complies its own condition (at that time the *Teckal* criteria, then the *Hamburg* criteria, now the statutory requirements), it shall be exempted by the public procurement. Therefore, on the nature of the inter-administrative arrangement, not on the completion to meet the exemption condition is founded the *rationale* of the acknowledgment of the exemption as an autonomous legal concept. With the words of the European Commission, the exemptible inter-

administrative arrangement is not “a normal public contract”, is not guided by “commercial considerations” and it doesn’t consist in the “performance of a task against remuneration”.

In fact, the way of the recognition of this exemption was characterized by the reach of requirements consistent with the no commercial nature: in fact, even if the *Hamburg* case opened the way as above, subsequently it was stated that is not feasible by the way of cooperation arrangement:

(*i*) the direct award of public contract (*Asl Lecce* case, C-564/11);

(*ii*) the indirect performance of public task (*Piepenbrock* case, C-386/11);

(*iii*) the direct entrustment of public services (*Datenslotsen* case C-15/13).

Nevertheless, the case law creates a tailored exemption covered by public procurement law, but falling outside its scope, not having any commercial nature, to justify the enforcement of the principle of equal treatment between economic operators, if the contract was directly awarded to a public economic operator.

For the present purposes, it not interesting the legitimacy or not of these requirements (all coherent with the assumption that the task should be public in nature), but it must explain that this approach to inter-administrative arrangements shall come in action whether contracting authorities will seek to use a domestic type of arrangement for different scope than the cooperation contract requires or whether an actual cooperation contract, as enacted pursuant to the directives, will be not compliant with its scope and requirements. Thus, a cooperation contract is not automatically exempt by the EU public procurement law by means of the exemptions conceived for the inter-administrative arrangements provided by the national law.

This demonstrates clearly that the ongoing relevance of the national patterns is coherent with the emergence of the public-public cooperation as autonomous legal concept.

3. *Second step: from cooperation agreement to cooperation contract and back. Format and enhanced requirements for the compliance of the public-public cooperation type*.

The second step drives from cooperation agreement to cooperation contract; in particular, the European type of public-public cooperation came from the national pattern of cooperation agreement (almost parallel in different legal order of the Member States).
Indeed, cooperation agreement entails the relationship between public authorities regarding either the discharge of public tasks or the regulation of public powers and, for sake of chronicle, the Court never used the locution "cooperation agreement", but it may useful to explain the organizational valence of this kind of arrangement.
To be clear, it could be necessary distinguish three different moments in order to the role of the public authority towards a public service: in fact, a public authority may deliver a public service or not, then can discharge a public service *task* or not and, afterthought, could carry out a public service *activity* or not.
Therefore, these are three different public action of internalization of a public service, and these options are valid even in case of cooperation. Thus, there are three alternatives in cooperation agreements: in fact, contracting authorities can deliver together (contemporarily, not commonly) a public service and, thus, decide the common organization of a public service, but discharge the public

service task separately, or discharge jointly the public service task, but carry out the public service activity by means of a private undertaking; notwithstanding, it could be possible that even the public service activity is performed by the participating contracting authorities. In my view, the cooperation agreement becomes a cooperation contract when the object overcomes the first moment and concerns even the discharge of the public service tasks and the performance of the public service activity. Hence, it must analyse the requirements to comply the cooperation contract type, as currently defined by the rule at issue.

In this section, I will focus on:

(*i*) the format requirements, derived by the national patterns;

(*ii*) the enhanced requirements in the European type.

(*i*) *The format requirements, derived by the national patterns: the solely participation of public authorities, the cooperation condition, the public interest condition. The effect: the (not) possible coverage of the national patterns of cooperation agreement within the public-public cooperation exemption*.

As cited, the sole participation of public authorities, the performance of a public service tasks for objectives in common of contracting authorities or entities, and the implementation of public interest considerations are the requirements of the cooperation contract as provided by the EU public procurement law. Actually, these requirements are conditions to constitute a purely public arrangement, coming from the similar provisions on cooperation agreement established by the national law.

In other words, the rule on cooperation contract content the cooperation condition and the public interest condition, suitable to justify the exemption of this kind of inter-administrative arrangement by virtue of the lack of commercial nature and, thus, the irrelevance in the scope of the public procurement.

The consequent effect of this compliance is that national patterns of cooperation agreement will be covered within the public-public cooperation exemption, if these requirements are met. Actually, it must consider the reach of the harmonization of the cooperation contract in the *acquis communautaire*; hence, the national patterns of organizational arrangement are not interchangeable with the European type of cooperation contract, but they will have a residual relevance, depending on the application of the others exemption as seen above.

Accordingly, it is due to assess if the final version of the horizontal cooperation legal type is not just the attainment of adjustments and additions of the national patterns, modelled by the case law fixed in the draft version; but, in my view, it opens new scenario and offers a tool for multiple choices in the public action. The necessary move starts from the recognition that: "[*c*]*ontracting authorities should be able to choose to provide jointly their public services by way of cooperation*", as stated by the recital (33), dir. 2014/24/UE, recital (47), dir. 2014/23/UE, and evidenced in our daily experience, recalling all the services to the community, delivered by local authority in common with the neighbouring authority. To the present purposes, this means that cooperation in the public service task is just a possible function of the cooperation contract.

(*ii*) *Enhanced requirements in the European type: the participation of contracting entity and body governed*

by public law and the inclusion of activity in the open market. The counter-effect: the consequent not-coverage of the inter-administrative arrangements not having as object any market activity under the public-public cooperation exemption, but under the scope of the public-public partnership exemptions.

The very core of the introduction of the cooperation contract regard two aspects, when viewed subjectively and objectively.

At first, the directives entail that even the contracting entity and the body governed by the law are legitimate to participate in this kind of cooperation and benefit the exemption.

In order to the body governed by the law, this aspect is not actual new, as European Commission extended the horizontal cooperation over the scope of the local authorities. But now this requirement may involve the participation of private economic operator in a public-owned firm, qualified as body governed by the law. The 2014 directives consider this situation, and provide an interpretative criterion, stating that "[*i*]*t should be ensured that any exempted public-public cooperation does not result in a distortion of competition in relation to private economic operators in so far as it places a private provider of services in a position of advantage vis-à-vis its competitors*" (recital 45, last sentence, dir. 2014/23/UE, and 31, last sentence, dir. 2014/24/UE).

In order to the relevance of contracting entity, the directives detect a new scope with the participation of this kind of legal persons; in particular, are admitted to participate in cooperation just the same legal persons which are contracting authorities, but qualified, in this context, as contracting authority, not public undertakings, as provided

by art. 17, dir. 2014/23/UE, which refers to art. 7, para 1, lett. a), dir. 2014/23/UE. Actually, the real scope of this extension is based on the content of the cooperation: in fact, it is allowed to cooperate between contracting authorities performing activities referred to in Annex II (like gas, heat, electricity, postal service, exploitation of a geographical area), which, in some Member State, are directly exposed to competition on markets to which access is not limited (and, thus, not subject to the directive 23, but 25, according to the recital 41, first sentence, dir. 2014/23/UE). Anyway, this extension opens a new scenario: in fact, it represents the possibility to infer in the contract even commercial activities, overhauling the national patterns of cooperation agreement.

Secondly, the rule requires the performance of an activity in the "open market" (even is not more than one-fifth), and this activity is due since it is legislated as cumulative requirement. This requirement is quite new (even if is not even explained in the recitals), and confirms the new scope of the cooperation contract European type in comparison with the cooperation agreement national pattern, carving out a further scope to this exemption. In fact, the cooperation contract "*might cover all types of activities related to the performance of services*", as stated by recital (47), para 1, second sentence, dir. 2014/23/EU and rec. (33), para 1, second sentence, dir. 2014/24/EU. This is linked to the 2011 Working Paper of European Commission, pointing out that the operation may concerns the performance of "*strictly ancillary and marginal activity to the delivery of public services*", as also stated at p. 14, fn. 47.

Nevertheless, it arises doubts in order to the actual scope of the statutory type of cooperation contract: in fact, according with a narrow and literal interpretation, it might

raise the following counter-effect: if an inter-administrative arrangement doesn't have as object any market activity, it shouldn't be applied the public-public cooperation exemption, but it shall be relevant checking the comply with the scope of the public-public partnership exemptions.
About this, it is worth to remind that the recital (33), first para, first sentence, dir. 2014/24/UE, recital (47), first para, first sentence, dir. 2014/23/UE distinguish two forms of public action: on one side, the joint provision of public services and, on the other side, the shared activity, referring that: "[*c*]*ontracting authorities should be able to choose to provide jointly their public services by way of cooperation without being obliged to use any particular legal form. Such cooperation might cover all types of activities related to the performance of services*", furthermore, it declares that the public service task consists in a "*mandatory or voluntary tasks of local or regional authorities or services conferred upon specific bodies by public law*", and finally defines that "[*t*]*he services provided by the various participating authorities need not necessarily be identical; they might also be complementary*".
These remarks undermine the legal certainty of the statutory cooperation contract (if is exemptible only the public nature of inter-administrative arrangement), and require chartered and wanting assessments to improve the recognition of a new function in the cooperation contract as a suitable tool to legitimate the performance sharing through the cooperation in public service activities exposed to competition in the open market, but ancillary to the performance of the public service activity.

4. *Third step: from cooperation contract to public contract and back. Statutory and normative constraints*

to the scope of the public-public cooperation exemption.

The third step towards the recognition of the proper scope of the European type of the public-public cooperation leads from the type of cooperation contract to the scope of public contract. Indeed, beyond the legal type of the cooperation contract, lies the exemption as the statutory effect of the conclusion of the arrangement; this effect ought to interact with other provisions, involving constraint on the scope of the legal type of the cooperation contract.

As known, "*operations which relate in essence to the acquisition of goods or services for consideration by one or more contracting authorities fall under the EU rules on public procurement because the conditions governing the application of those rules are met, even if they might have been formally classified as as internal reorganization*" or, it may say, as inter-administrative arrangements (opinion Adv. Gen. Mengozzi, *Remondis* case, C-51/15, para 47).

The relevance of these rules means that constraints trigger the enforcement of the cooperation contract exemption, not the scope of the public-public cooperation type, so these constraints implement, not necessarily limit the functions of the legal type.

In particular, it seems clear that the case law and the public procurement law present, at least, four situations in which the scope of cooperation contract depends on constraints and constraint stemmed by other provisions and legal concept, which I spell out in the following list:

(*i*) statutory constraints stemmed from the notion of public contract;

(*ii*) normative constraints stemmed from the collaborative procurement mechanism;

(*iii*) normative constraints stemmed from the competition principle;
(*iv*) normative constraints stemmed from the principle of cooperation.

(*i*) *Statutory constraints stemmed from the notion of public contract: no pecuniary interest and no performance of economic operator. The quest of consistency with a functional approach to public contract.*

As know, a public contract requires the pecuniary interest and the performance of an economic operator, according to its official definition. Thus, when a contract content these requirements, the public procurement rules apply, as stated in *Asl Lecce* case (C-564/11, p. 29 on pecuniary interest and p. 26 on economic operator). In particular, pecuniary interest occurs whether "*the remuneration remains limited to reimbursement of the expenditure incurred to provide the agreed service*" (p. 29), and the notion of economic operator becomes relevant since "*the Member States may regulate the activities of those entities and inter alia authorise or not authorise them to operate on the market*" (p. 27).
Accordingly, the lack of pecuniary interest and the lack of a statutory economic operator as counterpart are the pre-condition to the application of the exemption.
In my view, this recourse to the notion of public contract is not justifiable anymore by the functional interpretation, as legitimized by a new provision within the public procurement law.
I'm referring to the principle of competition and subsequent prohibition of artificially narrowing competition, "*unduly favouring or disadvantaging certain*

economic operators", as provided at art. 3, para 1, and art. 30, para 2, dir. 2014/23/EU, art. 18, para 2, second sentence, dir. 2014/24/EU and, finally, art. 36, para 2, dir. 2014/25/EU.

These provisions are equal in each directive and concern the "*principle of equal treatment, non-discrimination and transparency*" (art. 3, cited) and "*principles of procurement*" (art. 18 and art. 36, cit.).

Having said that, it must to remember the chance to cooperate in public service activities exposed to competition in the open market, but ancillary to the performance of the public service activity, since it is the second function of the cooperation contract.

This means that contracting authorities are authorized to procure between themselves, without any similar control, ancillary activities with the aim to discharge public service tasks. In this situation, the principle of procurement applies, and therefore, it might consider the participating contracting authorities or entities not as automatic economic operator, since the legitimacy of the recourse to the cooperation contract procuring ancillary activities. In my prospect, this new exempted contract is a nuanced form of a public contract in the shape of a cooperation agreement; this means that the cooperation contract is not definitely a public contract, but is no more a cooperation agreement, as relevant within the EU public procurement law.

In this particular case, the notion of economic operator is not relevant as such (via the notion of public contract), but it might resort to the functional interpretation of public contract, which is applicable only if participating contracting authority or entity (even if acting as economic operator) awards a public contract (ancillary to the performance of public service) by favouring of its position

in the open market (through public funding). In other words, a certain degree of transparency applies in case of cooperation contract of this kind, but not an automatic deny of contracting out within the public sector.

(*ii*) *Normative constraints stemmed from the collaborative procurement mechanism: the recourse of the cooperation contract for centralised purchasing as a circumvention of the public procurement rules. The demand of coherence with the European harmonisation of the cooperation contract.*

The EU public procurement law recognizes a third function of cooperation contract, when provides the central purchasing bodies and the collaborative procurement.
In particular, central purchasing bodies can cooperate with contracting authorities by having recourse to the cooperation contract, and these bodies can also operate "*as wholesalers by buying, stocking and reselling or, secondly*", as referred by the recital (69), para 2, dir. 2014/24/EU. Besides, art. 39, para 1, dir. 2014/24/EU declares: "[*w*]*ithout prejudice to Article 12, contracting authorities from different Member States may act jointly in the award of public contracts by using one of the means provided for in this Article*", establishing the cross-borders collaborative procurement. Thus, the art. 12 and the included para 4, on cooperation contract, indicate the main scope of the enforcement of the collaborative procurement.
Both of cases shed light on the risk to "*circumvent the rules on public procurement*", as stated in *Hamburg* case (C-480/06, p. 48), and represents constraints to consider relevant only if it assumes that the public-public cooperation exemption is logically dependent on the public procurement rules and their enforcement is a pre-condition

of the scope of the exemption as such. Conversely, this assumption is not coherent with the harmonisation of the cooperation contract in the public procurement law; therefore, it must be applied only in the uncertain cases, not generally.

(*iii*) *Normative restriction stemmed from the competition principle: no private provider in a position of advantage vis-à-vis competitors and the concern of distortion of competition. The demand of coherence with the procurement principle*.

Cooperation contract exemption also influenced by the principle of competition in another way: in fact, recitals of 2014 directives establish that "*public-public cooperation does not result in a distortion of competition in relation to private economic operators in so far as it places a private provider of services in a position of advantage vis-à-vis its competitors*" (rec. 45, para 1, dir. 2014/23/EU and rec. 31, para 2, dir. 2014/24/EU) and that "*no private service provider is placed in a position of advantage vis-à-vis its competitors*" (rec. 47, para 1, dir. 2014/23/EU and rec. 33, para 2, dir. 2014/24/EU).
Actually, these two constraints were not stated by ECJ ruling, but it is worth to underline that even these recitals set up constraints on the application of the public-public cooperation exemption, reducing the scope of the cooperation contract type.
Conversely, the application of this exemption undermines the consistency of procurement principle, since bodies governed by the law, even if shared by private operator, ought to award every contract to a private operator, when acquire through the private market.

(*iv*) *Normative restriction stemmed from the principle of cooperation: the cooperative concept as general condition to resort to cooperation contract. The need of legal certainty on the nature of (inter-administrative) cooperation*.

Finally, recitals of directive include also the assumption that "*the cooperation should be based on a cooperative concept*" (rec. 47, para 2, dir. 2014/23/EU and rec. 33, para 3, dir. 2014/24/EU). This provision is supported by the freedom to discharge public service tasks in cooperation, without any legal form, as quoted above.
In my view, this kind of assumption arises doubts on the consistency of the cooperation contract, insofar it seems not clear the scope of this cooperative concept: in fact, there are two possibly types of cooperation. The first is a sort of managerial cooperation, the second one is the classical inter-administrative cooperation, which involves the implementation of a public law obligation. Obviously, this option has effects on the scope of the public-public cooperation exemption, which the cooperation contract type doesn't solve as such, without a deeper analysis of its functions. This is why, in my view, the effects of this option depend on the scope covered by the actual cooperation contract, and hence any automatic constraint doesn't apply.

III. FINDINGS.

5. *Functions of cooperation contract and the need to distinguish requirements of the legal concept from constraints to the application of the statutory exemption*.

In this part of the paper, it's sufficient to resume the points laid down in previous paragraphs. In particular, the survey evidenced some temporary outcomes:

(*i*) on the legal certainty of the legal type of the cooperation contract: legal requirements have clear scope, but undefined boundaries (in two directions, towards inter-administrative agreement and towards public contract). The legal type doesn't dismiss uncertainty, as contrarily stated in the preamble of 2014 directives. In outline, the legal type applies whether the legal requirements are compliant and satisfied. Hard cases arise issue about the consistency of the as legal exemption;

(*ii*) on *the consistency of the legal exemption* of the cooperation contract: the risk to "*circumvent the rules on public procurement*" (*Hamburg* case, para 48) shapes the design of the legal exemption under constraints based on public procurement principles. This means that the principles of Treaties apply surely in hard cases. This represents a kind of circular interpretation, even if the type is harmonized, and undermines the coherence of the harmonization;

(*iii*) on the coherence of the European harmonization of the cooperation contract: "Complaints may no longer be raised in treaty infringement proceedings directly against failure to observe the principle of non-discrimination and the requirement of transparency which stem from freedom of establishment and freedom to provide services if the contested conduct at the same time constitutes an infringement of secondary legislation which effects full harmonisation" (opinion Adv. Gen. Trsteniak, *Germany* case, C-160/08). Accordingly, the cooperation contract doesn't require

any more restrictive interpretation in soft cases, but admits the recourse to the functional interpretation of the notion of public contract. Thus, statutory and normative constraints are functionally limited: pecuniary interest and economic operator, relevant within the public contract, are legitimate, implied criteria of the cooperation contract. This means that the cooperation contract is the tailored and nuanced form of the public contract: not yet a public contract, but no more a cooperation agreement.

Having said that, there are three functions of cooperation contract:

(*i*) cooperation in public service task by the gathering of the public service tasks;

(*ii*) cooperation in public service activities, by the swap of ancillary operations in a complementary way;

(*iii*) cooperation in collaborative procurement, by the pool of the procurement system.

Besides, it was highlighted that the statutory definition of cooperation contract has overcome the case law, but doesn't satisfy the demand of legal certainty, since there are constraints to the application of the exemption stemmed not by the legal concept of cooperation contract, but by the public procurement principles, which hinder also the requalification of the inter-administrative arrangement under the (residual) scope of the public-public partnership exemptions, as established within the public procurement law.

In my view, this approach to the cooperation contract is based on a kind of circular interpretation, justified by the risk of circumvention of public procurement rules, as stated by the ECJ, but it would be rational to recourse to a functional interpretation of the notion of public contract, as

occurred jet in order to the application of the notion of body governed by the law.
To conclude, using a functional approach in the detection of the scope of cooperation contract, there would be the chance to enforce EU public procurement law defining *ab extra* its proper scope, by the application of the notion of distortion of competition in force, as provided.

6. *Legitimacy of three paradigms of common action in the public sector*.

On the basis of what has just detected, it might be interesting noting that every single type of cooperation contract corresponds to a specific form of public action in common, which are the following:
(*i*) the mutual interaction;
(*ii*) the shared performance;
(*ii*) the joint action.
Finally, the combination between functions of cooperation contract and forms of common action reveals the inner paradigms of cooperation within the public sector:
(*i*) cooperation in public services task represents the organizational paradigm of the mutual interaction of public authorities;
(*ii*) cooperation in public services activity represents the economic paradigm of the performance sharing in the public sector;
(*iii*) cooperation in collaborative procurement represents the regulatory paradigm of the joint action of contracting authorities or entities.
Hence, an actual cooperation contract must be consistent and coherent with the pertinent paradigm, implying organizational, regulatory and economic issue; therefore, in

my view, the duty of the research is to delve each paradigm distinguishing arguments distinguish the effects of every functions of the cooperation contract. This kind of analysis allows the contracting authority to use these paradigms, avoiding the risk of inconsistency with the scope of public contract, public procurement rules and public procurement principles.

To be clear, I try to implement the analysis, pointing out some examples of proper justification of the cooperation contract:

(*i*) the demand to reach economy of scale (as commonly referred to explain the phenomenon) or to maximise the industrial capacity (*Hamburg* case, para 39-41) might be a possible organizational justification of the cooperation in public service task;

(*ii*) the demand to perform the ancillary and complementary operation (as stated by European Commission and recitals of directives) or even the demand of savings might be a possible economic justification of the cooperation in public service activity;

(*iii*) the demand to meet the need of general interest might be a regulatory justification of the cooperation in collaborative procurement (as if was the non-institutional form of a body governed by the law, see *Hamburg* case, para 46).

About that, the implementation of these justifications in details and the discovery of other ones have just begun, with the aim ensuring more consistency and coherence within the whole EU public procurement law.

IV. CONCLUSIONS.

7. *Remarks on the three functions of cooperation contract.*

Arrived at this part of the paper, it might useful express some remarks on the implied policies to the three functions of cooperation contract.

As seen above, there are three functions of cooperation contract, corresponding to different forms of public action in common, legitimized and authorized by the EU public procurement law:

(*i*) cooperation in public service task;
(*ii*) cooperation in public service activities;
(*iii*) cooperation in collaborative procurement.

In my view, the recourse to the cooperation contract might be justified by the application of these functions, without the constraints stemmed by the enforcement of the notion of public contract and of the public procurement rules and principles. Hence, every single function must address a corresponding public procurement policy, which shall be expressed in the following lines:

(*i*) where cooperation in public service task reaches the aggregation of delivery of public service activity, the cooperation contract amount to a lever for the development of public sector;
(*ii*) where cooperation in public service activity consists in swapping the ancillary operations to the public services in a complementary way, the cooperation contract values, as a tool for the public entrepreneurship in the social market economy;
(*iii*) where cooperation in collaborative procurement achieved the pooling the procurement system the cooperation contract represents the *lingua franca* between contracting authorities or entities.

If the above is reasonable, the main issues for the proper application of the cooperation contract are not the coordination of governments or the constraints to the legal exemption, but the core instance is to define the *governance* of the development of the public sector for the delivery of public services, the scope of the legal type of cooperation contract (to reach a sort of *managerial* cooperation), the *ab extra* definition of the duty to follow competitive procedures (solidarity matters: see *ASL Spezzino* case, C-113/13, and *CASTA* case, C-50/14), the use of this type of contract by bodies governed by the law between themselves, above all in case of participation of private operator, the legality and legitimacy to support networks in essential facilities, even in the area of the sharing economy.

In this paper, I seek to analyse the proper scope of cooperation contract as legal concept and as exemption from the EU public procurement law, and I try to justify the suitable recourse of its to become consistent with the public procurement rules and principles, through the functional interpretation of public contract and the functional interpretation of cooperation contract. In my view, the well-known insights on public-public cooperation have been finally codified in the law, and now is the time of the contracting authorities and entities to enact their national policies, hoping to have recognized the proper scope of the cooperation contract.

BIBLIOGRAFIA ITALIANA E STRANIERA*

I. *Bibliografia italiana*.

1. *Bibliografia generale*.

Chiara AGNOLETTI, Roberto CAMAGNI, Sabrina IOMMI, Patrizia LATTARULO (a cura di), *Competitività urbana e policentrismo in Europa*, il Mulino, Bologna, 2014.

Guido ALPA, Pierluigi CHIASSONI, Andrea PERICU, Francesco PULITINI, Stefano RODOTÀ, Francesco ROMANI (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1998.

Amedeo ARENA, *La nozione di* servizio pubblico *nel diritto dell'integrazione economica. La specificità del modello sovranazionale europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

ASSOCIAZIONE DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO (a cura di), *Annuario 2001. I manuali di diritto amministrativo. I contratti integrativi del pubblico impiego. I servizi pubblici, la riforma della didattica universitaria*, Giuffrè, Milano, 2002.

ASSOCIAZIONE DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO (a cura di), *Annuario 2006. Analisi economica e diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2007.

ASSOCIAZIONE DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO (a cura di), *Annuario 2013. Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica. Atti del Convegno Annuale, Milano, 27-28 settembre 2014*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

Francesco ASTONE, *Il diritto europeo dei conratti pubblici e la sua trasposizione nell'ordinamento interno*, Aracne, Roma, 2010.

Nicola BASSI, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2004.

Stefano BATTINI, Edoardo CHITI, Giacinto DELLA CANANEA, Claudio FRANCHINI, Bernardo Giorgio MATTARELLA (a cura di), *Sistemi regolatori globali e diritto europeo*, Quaderno n. 6 di *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, Giuffrè, Milano, 2011.

Gian Antonio BENACCHIO, Michele COZZIO, Federico TITOMANLIO, *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell'Unione europea raccolta dei principali arrêts della Corte di Giustizia*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2016.

---

* La bibliografia in elenco è stata citata nel testo o comunque è stata consultata durante la ricerca.

Auretta BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Giappichelli, Torino, 1999.
Harald BONURA, Massimo CASSANO (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Percorsi e disciplina generale*, Giappichelli, Torino, 2011.
Giorgio BROSIO (a cura di), *La teoria economica dell'organizzazione*, il Mulino, Bologna, 1989.
Eugenio BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra Amministrazioni e privati*, Giuffrè, Milano, 1996.
Vincenzo BUONOCORE (a cura di), *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.
Maurizio CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Giuffrè, Milano, 2001.
Marco CAMMELLI, Marco DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2008
Marco CAMMELLI, Alberto ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Maggioli, Bologna, 1997.
Giovanni CAPUTI, *Servizi pubblici e monopoli nella giurisprudenza comunitaria*, Giappichelli, Torino, 2002.
Francesco CARINGELLA, Marco GIUSTINIANI (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo. I contratti pubblici*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2014.
Francesco CARINGELLA, Marco GIUSTINIANI, *I contratti pubblici*, Dike, Roma, 2015 (2° ed., 2014).
Francesco CARINGELLA, Marco GIUSTINIANI, Pierluigi MANTINI, *Nuovo codice dei contratti pubblici: D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Dike, Roma, 2016.
Hilde CAROLI CASAVOLA, *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 2012.
Dario CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione* in house, Jovene, Napoli, 2003.
Sabino CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2012 (5° ed., 1995).
Sabino CASSESE, *Dentro la Corte*, il Mulino, Bologna, 2015.
Sabino CASSESE, Luisa TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, il Mulino, Bologna, 2015.
Vincenzo CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011.
Paola CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Cedam, Padova, 2005.
Mario P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2011 (4° ed.).
Mario P. CHITI, Guido GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007 (2° ed., 1997).

Mario P. CHITI, Alessandro NATALINI (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, il Mulino, Bologna, 2012.

Mario P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2013.

Fabio CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Giuffrè, Milano, 2010.

Stefano CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1997.

Stefano CIVITARESE MATTEUCCI, Lorenzo DEL FEDERICO (a cura di), *Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso. Strumenti e tecniche di tutela dell'amministrato e del contribuente*, FrancoAngeli, Milano, 2010.

Gian Domenico COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Giuffrè, Milano, 1996.

Domenico COMPORTI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

Fulvio CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, FrancoAngeli, Milano, 2012.

Dario COSSUTTA, Michele GRILLO (a cura di), *Concorrenza, monopolio, regolamentazione*, il Mulino, Bologna, 1987.

Adolfo CUNEO, *Appalti pubblici e privati*, Hoepli, Milano, 1937 (3° ed., 1914).

Adolfo CUNEO, *Appalti pubblici e privati*, a cura del dott. Carlo Cuneo, Cedam, Padova, 1972 (7° ed., 1914).

Pasquale D'ANGIOLILLO, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009.

Luca DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002.

Claudio DE VINCENTI, Adriana VIGNERI (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, il Mulino, Bologna, 2006.

Giacinto DELLA CANANEA, Giulio NAPOLITANO (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, il Mulino, Bologna, 1998.

Giacinto DELLA CANANEA, Claudio FRANCHINI (a cura di), *Il diritto che cambia.* Liber amicorum*: Mario Pilade Chiti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

Monica DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Giuffrè, Milano, 2011.

Giandomenico FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Giuffrè, Milano, 1984.

Giandomenico FALCON, Barbara MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive. Atti del Convegno di Trento, 7-8 giugno 2012*, Cedam, Milano, 2013.

Erminio FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Raffaello Cortina, Milano, 1999.
Erminio FERRARI (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003.
Luigi FIORENTINO (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche Amministrazioni*, il Mulino, Bologna, 2007.
Enrico FOLLIERI, Antonio BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul Codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Cedam, Padova, 2015.
Giuliano FONDERICO, *Il comune regolatore. Le privative e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, ETS, Pisa, 2012.
Pierpaolo FORTE, *Aggregazioni pubbliche locali. Forme associative nel governo e nell'amministrazione tra autonomia politica, territorialità e* governance, FrancoAngeli, Milano, 2011.
Claudio FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, 2007, UTET, Torino, tomo I e II.
Claudio FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Utet, Torino, 2010.
Claudio FRANCHINI, Francesco SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni, elementi di criticità e opportunità*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015.
Claudio FRANCHINI, Federico TEDESCHINI (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2009.
Aldo FRIGNANI, Roberto PARDOLESI, Antonio PATRONI GRIFFI, Luigi Carlo UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, Zanichelli, Bologna, 1993.
Diana-Urania GALETTA (a cura di), *Diritto amministrativo nell'Unione Europea. Argomenti e materiali*, Giappichelli, Torino, 2014.
Daniele GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e* welfare *nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2010.
Carlo Emanuele GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Giappichelli, Torino, 2014.
Rocco GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 2016.
Luigi GIAMPAOLINO, *Dall'attività amministrativa al mercato. La disciplina dei contratti con le pubbliche Amministrazioni in materia di lavori, servizi e forniture*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.
Massimo Severo GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950.
Massimo Severo GIANNINI, *L'attività amministrativa. Lezioni tenute durante l'anno accademico 1961-1962*, Jandi Sapi Editori, Roma, 1962.
Massimo Severo GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1967.
Massimo Severo GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970.

Massimo Severo GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1988 (2° ed., 1970).
Massimo Severo GIANNINI, *Scritti*, Giuffrè, Milano, 2006, vol. VIII (1984-1990).
Massimo Severo GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1981, seconda edizione aggiornata a cura di Alfredo MIRABELLI CENTURIONE, Giuffrè, Milano, 2000.
Massimo Severo GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna, 1986.
Fabio GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Giuffrè, Milano, 2008.
Gregorio GITTI, Mariasaria MAUGERI, Mario NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, il Mulino, Bologna, 2012, vol. I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*.
Guido GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003.
Mario LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza, dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014.
Claudio LUZZATI, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, Giappichelli, Torino, 2016.
Pierluigi MANTINI, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2015.
James G. MARCH, Johan P. OLSEN, *Riscoprire le istituzioni. Le basi organizzative della politica*, il Mulino, 1992.
Barbara MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale. Atti del Seminario di Trento, 17 dicembre 2012*, Cedam, Milano, 2013.
Ignazio Maria MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Giuffrè, Milano, 1987.
Mita MARRA, *Il mercato nella pubblica amministrazione. Coordinamento, valutazione responsabilità*, Carocci, Roma, 2006.
Alberto MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa University Press, 2012 (2° ed., 2011).
Franco MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove Direttive europee e del D.L. 90 del 2014*, Giappichelli, Torino, 2014.
Mario MIDIRI, Sandra ANTONIAZZI (a cura di), *Servii pubblici locali e regolazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.
Claudio MIGNONE, Giuseppe PERICU, Fabio ROVERSI MONACO (a cura di), *Le esternalizzazioni. Atti del XVI Convegno degli amministrativisti Italo-Spagnoli: Genova 25-27 maggio 2006*, Bonomia University Press, Bologna, 2007.

Giulio NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003.
Giulio NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, il Mulino, Bologna, 2005.
Giulio NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, Milano, 2007.
Giulio NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2014.
Giulio NAPOLITANO, Michele ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limitii*, il Mulino, Bologna, 2009.
Riccardo ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1968.
Riccardo ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1953 (2° ed., ristampa 1961).
Michela PASSALACQUA (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2015.
Giorgio PASTORI (a cura di), *Accordi e intese nell'ordinamento regionale*, FrancoAngeli, Milano, 1993.
Alberto PERA, *Concorrenza e antitrust. Usi e abusi del mercato*, il Mulino, Bologna, 2009 (4° ed., 1998).
Luca R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Cedam, Padova, 2003.
Luca R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, IPSOA, Milano, 2013.
Andrea PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2001.
Giuseppe PERICU, Alberto ROMANO, Vincenzo SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Giuffrè, Milano, 1995.
Giuseppe PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2005.
PLURES, *Coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali: atti del V Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna – Villa Monastero, 17-20 settembre 1959*, Giuffrè, Milano, 1961.
PLURES, *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo: atti del XXXVII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna – Villa Monastero, 19-21 settembre 1991*, Giuffrè, Milano, 1993.
PLURES, *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione: atti XLI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna – Villa Monastero, 21-23 settembre 1995*, Giuffrè, Milano, 1997.
PLURES, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi Amministrativi, Varenna – Villa Monastero 17-19 settembre 2015*, Giuffrè, Milano, 2016.

Umberto POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Cedam, Padova, 1964.
Luigi PROSPERETTI, Mario SIRAGUSA, Matteo BERETTA, Matteo MERINI (a cura di), *Economia e diritto antitrust. Un'introduzione*, Carocci, Roma, 2006.
Carla RABITTI BEDOGNI, Piero BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Giappichelli, Torino, tomo II, 2010, pp. 753-760.
Nicoletta RANGONE, *I servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1998.
Lorenzo ROBOTTI (a cura di), Competizione e regole nel mercato dei servizi pubblici, il Mulino, Bologna, 2002.
Franco Gaetano SCOCA (a cura di), *Gli appalti pubblici. Profili sostanziali e processuali: atti del convegno di Chieti, 8 aprile 2011*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.
Stefano Salvatore SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2008.
Elisa SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Cedam, Padova, 2003.
Herbert A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2001 (2° ed., 1958).
Pietro SIRENA (a cura di), *I contratti di collaborazione*, UTET, Torino, 2011.
Domenico SORACE (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.
Pasquale STANZIONE, Angelo SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 2006.
Ernesto STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Giuffrè, Milano, 1992.
Ernesto STICCHI DAMIANI, *La nozione di appalto pubblico. Riflessioni in tema di privatizzazine dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1999.
Giuseppe TESAURO, Marco D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, il Mulino, Bologna, 2000.
Luisa TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, il Mulino, Bologna, 2012 (2° ed., 2010).
Simone TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi 'a rete'*, Giuffrè, Milano, 2007.
Francesca TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2016 (5° ed., 2007).
Elisa VALERIANI, *Public Procurement. Mercato, Comportamenti, Contratti e Conflitti*, Cisalpino-Monduzzi, Milano, 2013.
Veronica VECCHI, Velia LEONE, *Partnership Pubblico Privato. Una guida manageriale, finanziaria e giuridica*, Egea, Milano, 2016.
Riccardo VILLATA, Mario BERTOLISSI, Vittorio DOMENICHELLI, Giuseppe SALA (a cura di), *I contratti di lavori, servizi e forniture*, Cedam, Padova. 2014.
Armin VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Editoriale Scientifica, Milano, 2011.

Fulvio ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Giuffrè, Milano, 1973.
Renate MAYNTZ, *La teoria della* governance*: sfide e prospettive*, in *Riv. It. Scienza Pol.*, 1999, a. XXIX, n. 1, pp. 3-19.
Fritz W. SCHARPF, *Verso una teoria della multi-level governance in Europa*, in *Riv. It. Pol. Pubb.*, 2002, a. I, n. 1, pp. 11-42.
Luigi BOBBIO, Governance *multilivello e democrazia*, in *Riv. Pol. Soc.*, 2005, a. I, n. 2, pp. 51-62.
B. Guy PETERS, *«Governance» e democrazia: un dibattito*, in *Riv. It. Scienza Pol.*, 2008, a. XXXVIII, n. 3, pp. 443-461.
Stefano ZAN, *«Governance» e cooperazione*, in *Anal. Giur. Econ.*, 2008, a. VII, n. 2, pp. 423-
Mark BEVIR, *La costruzione della «governance»*, in *Riv. It. Scienza Pol.*, 2009, a. XXXIX, n. 3, pp. 417-440.
Maria Rosaria FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, il Mulino, Bologna, 2010.
Francesca SCAMARDELLA, *Teorie giuridiche della* governance. *Le ragioni e i limiti di una nuova narrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.
Maria Rosaria FERRARESE, *Governance. Sugli effetti politici e giuridici di una «soft revolution»*, in *Pol. Dir.*, 2014, a. XLV, n. 2, pp. 161-187.

2. *Bibliografia in tema di cooperazione pubblico-pubblico*.

Guido BARDELLI, *Nozione di organismo di diritto pubblico, accordi tra pp.aa. e fattispecie di procedura negoziata negli appalti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2005, a. IX, n. 11, pp. 1275-1283.
Leonardo BARONI, *La sentenza* Auroux-Commune De Roanne*: una nuova pronuncia del giudice comunitario in materia di affidamento di un appalto senza procedura ad evidenza pubblica*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2007, a. XVII, n. 1, pp. 350-371.
Antonio BARTOLINI, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti*, in *Urb. e App.*, 2013, a. XVII, n. 12, pp. 1260-1265.
Nicola BASSI, *Accordi amministrativi*, in Sabino CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, vol. I, pp. 81-93
Nicola BASSI, *Accordi amministrativi verticali e orizzontali: la progressiva ibridazione dei modelli*, in Marco CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 453-473.
Roberto BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2001, a. VI, n. 1, pp. 3-13.

Roberto BIN, *Le prassi della cooperazione nel sistema italiano di* multilevel government, in *Ist. Fed.*, 2007, a. XXVIII, n. 6, pp. 689-706.

Luigi BOBBIO, *Produzione di politiche a mezzo di contratti nella pubblica amministrazione italiana*, in *Stato e Merc.*, 2000, a. XX, n. 1, pp. 112-141.

Luisa CAPICOTTO, *Commento alla sentenza della Corte di Giustizia – Grande Sezione – 19 dicembre 2012. Elementi identificativi degli accordi di cooperazione, ex art. 15 Legge 241 del 1990 e s.m.i. e obbligo di rispettare le regole dell'Unione Europea sugli appalti pubblici*, in *Gazz. Amm.*, 2012, n. 4, pubblicato *on line*.

Roberto CARANTA, *La cooperazione tra amministrazioni nazionali nell'ambito del mercato unico*, in *Giur. It.*, 1997, a. CXLIX, pt. I, sez. I, pp. 1449-1460.

Roberto CARANTA, *Contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2012 (2° ed., 2004), Cap. I, *Considerazioni introduttive*, § 5, Ubi ratio legis cessat*:* in house providing *e accordi tra enti pubblici*, pp. 25-39.

Roberto CARANTA, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2013, a. XVII, n. 4, pp. 391-397.

Maria CASORIA, nota a *C.G.U.E., Sez. V, 8 maggio 2014, C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg c. Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, in *Foro It.*, 2015, a. CXL, n. 1, pt. IV, pp. 46-51.

Antonio CASSATELLA, *Pubblica Amministrazione e contratto di rete: un modello privato per l'organizzazione pubblica?*, in Barbara MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale. Atti del Seminario di Trento, 17 dicembre 2012*, Cedam, Milano, 2013, pp. 259-305.

Antonio Vincenzo CASTORINA, *Il principio di concorrenza come limite agli accordi tra pubbliche amministrazioni*, in *Rass. Avv. Stato*, 2013, a. LXV, n. 3, pp. 205-219.

Roberto CHIEPPA, Roberto GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012 (2° ed.), § 5.4. *Compatibilità con il diritto dell'Unione europea di determinate forme di accordi tra P.A.*.

Roberto CIPPITANI, *Applicazione della disciplina degli appalti agli accordi tra enti pubblici per lo svolgimento di attività di ricerca*, in *App. e Contr.*, 2013, pubblicato *on line*.

Mario E. COMBA, *Cooperazione verticale ed orizzontale tra enti pubblici: verso una "teoria unificata" delle deroghe all'applicazione della normativa europea sugli appalti?*, in *Dir. Pubb. Comp. Eur.*, 2013, a. XVI, n. 1, pp. 298-303.

Mario E. COMBA, *Aggregazioni di contratti e centrali di committenza: la disciplina europea ed il modello italiano*, in *Urb. e App.*, 2016, a. XX, n. 11, pp. 1053-1064.

Michele COZZIO, *Accordo di cooperazione tra amministrazioni per la gestione di un servizio pubblico (termovalorizzazione dei rifiuti): non si applicano*

le direttive sugli appalti pubblici, pubblicato on line in *osservatorioappalti.unitn.it*, 2009.

Paolo DE ANGELIS, *Nuove forme di cooperazione tra amministrazioni pubbliche. Il partenariato pubblico-pubblico: funzione, limiti, disciplina*, in *Sanità Pubb. e Priv.*, 2013, a. XXII, n. 1, pp. 78-85.

Vincenzo DE FALCO, *Gli appalti pubblici in Spagna e le dissonanze con l'ordinamento comunitario alla luce del principio giurisprudenziale dell'effetto utile*, in *Dir. Pubb. Comp. Eur.*, 2005, a. VIII, n. 2, pp. 834-838.

Piero DE LUCA, *Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, a. XIX, n. 2, pp. 381-397.

Annamaria DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, in Franco MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 699-762.

Viviana DI CAPUA, *Accordi tra Amministrazioni e inderogabilità del diritto dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici. La tutela della concorrenza diventa un «superprincipio»*, in *Giust. Amm.*, 2014, a. XI, n. 2, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 24 febbraio 2014.

Bruno DI GIACOMO RUSSO, *I contratti di cooperazione tra enti pubblici e la tutela della concorrenza*, in *App. e Contr.*, 2013, a. VIII, n. 1-2, pp. 54-60.

Bruno DI GIACOMO RUSSO, *Il partenariato pubblico-pubblico tra giurisprudenza comunitaria e italiana*, in *Contr. St. e Enti Pubb.*, 2013, a. XXI, n. 4, pp. 17-29.

Alvise Vittorio Alessandro DIVARI, *Per una lettura degli accordi di partenariato pubblico-pubblico, di cooperazione e di collaborazione inter-amministrativa*, in *Dir. Econ.*, 2014, a. XXVII, n. 1, pp. 233-263.

Giovanni Maria CARUSO, *La collaborazione contrattuale fra pubbliche amministrazioni. Unità e frammentazione della sfera pubblica fra logica del mercato e obiettivi di contenimento della spesa*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2015, a. XXV, n. 3-4, pp. 775-818.

Giuseppe FIENGO, *Le regole europee in materia di appalti pubblici: nulla di nuovo dalla Corte con la sentenza 19 dicembre 2012, C-159/11 (... ?)*, in *Rass. Avv. Stato*, 2012, a. LXIV, n. 4, pp. 23-25.

Fabrizio FRACCHIA, Luigi GILI, *Ordinamento dell'Unione europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, parte II, *Analisi critica relativa ad alcuni profili soggettivi, tra diritto dell'Unione europea ed esigenze interne, a conferma della complessità funzionale della materia*, § 6. *I rapporti contrattuali tra enti pubblici*, pp. 53-58.

Carlo Emanuele GALLO, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, in *Urb. e App.*, 2009, a. XIII, n. 10, pp. 1180-1182.

Luca GENINATTI SATÉ, *Forme e limiti di appalti di lavori tra amministrazione aggiudicatrici*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2007, a. VI, n. 3, pp. 740-747.

Christian IAIONE, *L'ambito oggettivo e soggettivo*, in Marcello CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 204-277, già *La nozione codicistica di contratto pubblico*, in *Giust. Amm.*, 2007, a. IV, n. 2, pp. 286-332, § 7.2. *I rapporti tra amministrazioni pubbliche*, pp. 328-329.

Domenico IELO, *Amministrazione a rete e reti di amministrazioni: nuovi paradigmi della* global governance, in *Amministrare*, 2003, a. XXXIII, n. 3, pp. 373-403.

Domenico IELO, *Art. 15. Accordi fra pubbliche amministrazioni*, in Maria Alessandra SANDULLI (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 488-545.

Francesca IERVOLINO, *Accordi tra pubbliche amministrazioni e tutela della concorrenza*, in *Giust. Amm.*, 2012, a. IX, n. 12, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 13 dicembre 2012.

Francesco LEGGIADRO, *Affidamento* in house *della concessione per la gestione di una rete di teledistribuzione: controllo analogo e controllo pubblico*, in *Urb. e App.*, 2009, a. XIII, n. 3, pp. 288-300.

Alessandro LOLLI, *Servizi pubblici locali e società* in house*: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*, in *Foro Amm. TAR*, 2005, a. IV, n. 6, pp. 1934-1945.

Simone LUCA, *Note a Corte di Giustizia della Comunità Europea del 19 dicembre 2012 C-159/11*, 2012, pubblicato *on line* sul sito www.ildirittoamministrativo.it.

Sabino LUCE, *Approvvigionamenti di lavori, forniture e servizi delle p.a. Disciplina comunitaria e nazionale*, Zanichelli, Torino, 2014, pt. IV. *I procedimenti per l'acquisizione di beni e servizi da parte delle amministrazioni pubbliche*, § 2.1. *Gli accordi di collaborazione tra amministrazioni pubbliche*, pp. 470-471.

Enzo Maria MARENGHI, *Affidamento di servizi pubblici senza gara tra interesse comune e cooperazione*, in *Nuove Autonomie*, 2012, a. XXI, n. 1, pp. 395-409.

Davide MARESCA, *La cooperazione inter-amministrativa, tra appalti e accordi orizzontali: i recenti orientamenti della Corte di giustizia*, in *Dir. Pubb. Comp. Eur.*, 2013, a. XVI, n. 2, pp. 688-702.

Alberto MASSERA, *L'attività contrattuale*, in Giulio NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, Milano, 2007, spec. § 5.1, *I soggetti del rapporto convenzionale: il partenariato pubblico-pubblico e il partenariato pubblico-privato*, pp. 238-244.

Alberto MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa University Press, 2012 (2° ed., 2011), Cap. V.3 *Brevi cenni sul partenariato pubblico-pubblico e alcune considerazioni finali sull'uso dei moduli negoziali nel diritto delle pubbliche amministrazioni*, pp. 587-601.

Marco MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'*in house *al Partenariato "Pubblico-Pubblico"*, in *Giur. It.*, 2013, a. CLV, n. 6, pp. 1416-1419.

Antonio NICODEMO, Giovanni Francesco NICODEMO, *Nuovi canoni interpretativi per il partenariato pubblico-pubblico. Il Giudice Europeo si mostra rigoroso sulle ipotesi di collaborazione tra le PP.AA. in favore del principio di concorrenza. Nota a Corte di Giustizia Europea Grande Sezione 19/12/2012 n. C 159/11*, in *Giust. Amm.*, 2013, a. X, n. 2, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 7 febbraio 2013.

Giovanni PESCATORE, *L'inedito modello dell'*in house *orizzontale*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2015, pubblicato *on line* sul sito www.treccani.it.

Donatella PROTO, *La direttiva 95/36/CEE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è applicabile anche ai contratti fra amministrazioni aggiudicatrici*, in *Urb. e App.*, 2000, a. IV, n. 10, pp. 1152-1155.

Mariano PROTTO, *Accordi tra pubbliche amministrazioni e disciplina degli appalti*, in *Urb. e App.*, 2005, a. IX, n. 7, pp. 780-781.

Mariano PROTTO, Roberto CARANTA, *La cooperazione tra autorità pubbliche*, in *Urb. e App.*, 2009, a. XIII, n. 7, pp. 803-804.

Mariano PROTTO, Roberto CARANTA, In house *totalmente pubblico e controllo congiunto*, in *Urb. e App.*, 2009, a. XIII, n. 7, pp. 806-807 (commento a Conseil d'Ètat, I e VI sottosezioni riunite, 4 marzo 2009, ric. 300481, *Syndacat National des Industries d'Information de Santé - SNIIS Commissaire du gouvernement Courrèges*).

Pietro QUINTO, *L'incertezza giurisprudenziale e la certezza del diritto (riflessioni critiche sulla sentenza del TAR Lombardia-Milano, Sez. I, n. 2361/2013)*, in *Lexitalia*, 2013.

Claudio RANGONE, *Affidamenti diretti e cooperazione tra enti pubblici: il mercato dell'Unione si allarga o si restringe?*, relazione al Convegno IGI del 30.11.2010, in www.osservatorioappalti.unitn.it, pubblicato *on line*.

Claudio RANGONE, In house *e cooperazione pubblico pubblico nel Trattato, nella giurisprudenza della Corte e nelle nuove direttive appalti e concessioni*, relazione al Convegno IGI del 27 febbraio 2014, pubblicato *on line*.

Gabriella RONDONI, *Convenzione tra amministrazioni aggiudicatrici come appalto di lavori*, in *Urb. e App.*, 2007, a. XI, n. 5, pp. 555-561.

Clemente Pio SANTACROCE, *Osservazioni sul «partenariato pubblico-pubblico», tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2014, a. LVII, n. 2, pt. II, pp. 174-197, nonché in *Giust. Amm.*, 2014, a. XI, n. 6, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 26 giugno 2014.

Andrea SONCINI, *Gli accordi tra pubbliche Amministrazioni ex art. 15 L. 241/90 e il divieto di affidamenti diretti*, in *Dir. Com. Scambi Intern.*, 2013, a. LII, n. 3, pp. 433-445.

Antonio SPAGNUOLO, *L'affidamento di appalti tra amministrazioni aggiudicatrici*, in *Lexitalia*, 2013, n. 12.

Massimiliano SPAGNUOLO, *L'affidamento di appalti tra amministrazioni aggiudicatrici: un nuovo arresto della Corte di Giustizia*, in *Appalti & Contratti*, 2013, a. VIII, n. 12, pp. 36-38.

Ernesto STICCHI DAMIANI, *Gli accordi di collaborazione tra università e altre amministrazioni pubbliche*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2012, a. V, n. 3, pp. 807-842.

Sabrina TRIVELLONI, *Attività di protezione civile tra contratti di appalto, affidamenti* in house, *accordi fra pubbliche amministrazioni e alla luce delle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della giurisprudenza nazionale. Interpretazione della sentenza della CGUE del 19 dicembre 2012, C-159/11*, in *Rass. Avv. Stato*, 2013, a. LXV, n. 2, pp. 50-65.

Sabrina TRIVELLONI, *Attività di protezione civile tra contratti di appalto, affidamenti in house ed accordi fra pubbliche amministrazioni ex art. 15, L. 7 agosto 1990, n. 241 ed art. 6 L. 24 febbraio 1992, n. 225, alla luce dell'entrata in vigore del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, in *Rass. Avv. Stato*, 2016, a. LXVIII, n. 4.

Gerolamo TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, in *Federalismi*, 2015, n. 18, pubblicato *on line* sul sito www.federalismi.it in data 30 settembre 2015.

Giovanni TULUMELLO, *Ambito di applicazione oggettivo degli impegni consensuali fra amministrazioni pubbliche, disciplina degli interessi e procedimenti a forma vincolata: il limite del diritto europeo della concorrenza*, 2012, pubblicato *on line* sul sito www.giustizia-amministrativa.it [nota alle conclusioni dell'Avv. Gen. presentate in data 23 maggio 2012, nella causa C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*].

Carmen VITALE, *Modelli privatistici di collaborazione stabile tra amministrazioni: le società a partecipazione integralmente pubblica nel sistema locale*, in Marco CAMMELLI, Marco DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 63-117.

Leonardo ZANETTI, *Gli strumenti di cooperazione funzionale nell'azione pubblica*, in Marco CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 507-525.

3. *Tesi di dottorato discusse in tema di cooperazione tra enti pubblici*.

Flaminia D'ANGELO, *Tutela della concorrenza, autorganizzazione ed accordi di cooperazione tra pubbliche amministrazioni*, Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, Facoltà di Giurisprudenza, Corso di dottorato in Diritto pubblico, ciclo XXVII, dissertazione, 2015.

Anna MALANDRINO, *La cooperazione tra pubbliche amministrazioni ed in particolare tra amministrazioni aggiudicatrici del settore sanitario dell'Unione europea*, Università degli Studi di Torino, Scuola di Dottorato in Scienze Umane e Sociali, Dottorato in Diritti e Istituzioni, Ciclo XXVIII, dissertazione, 2015.

Kris WAUTERS, *CJEU Case Law on Cooperative Agreements between Public Authorities and its Influence on Certain National Legal Systems*, University of Glasgow, School of Law, dissertation, 2014.

4. *Bibliografia in tema di organizzazione* in house.

Enrica ADOBATI, *La Corte di Giustizia interpreta nuovamente la direttiva sugli appalti pubblici di lavori con riferimento ad un'aggiudicazione senza gara in un caso di affidamento* in house, in *Dir. Com. Scambi Intern.*, 2007, XLVI, n. 2, pp. 324-326.

Chiara ALBERTI, *Appalti* in house, *concessioni* in house *ed esternalizzazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2001, a. XI, n. 3, pp. 495-530.

Domenico ANDRACCHIO, *Dalle origini giurisprudenziali alla codificazione dell'*in house providing, in *Rass. Avv. Stato*, 2016, a. LXVIII, n. 2, pp. 171-228.

Luca ANNIBALI, *Ancora sulla partecipazione privata all'*in house, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2015, a. XXI, n. 6, pp. 787-795.

Francesco ASTONE, *La nuova funzione degli statuti nella società* «in house», in *Amministrare*, 2011, a. XLI, n. 3, pp. 329-339.

Antonio BARTOLINI, *Prime pronunce giurisprudenziali sull'*in house *nella Dir. 2014/24/UE: il caso CINECA*, in *Giur. It.*, 2015, a. CLVII, n. 8-9, pp. 1977-1983.

Massimo CAPANTINI, *Contratto di servizio ed affidamenti* in house, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, a. XIV, n. 3-4, pp. 801-821.

Vittorio CAPUZZA, *Dualismi ermeneutici del Consiglio di Stato a valle dei recenti sviluppi europei sugli affidamenti* in house providing, in *Giust. Amm.*, 2015, a. XII, n. 6, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 3 giugno 2015.

Roberto CARANTA, *Dodo, Rondine o Fenice: quale futuro per l'*in house*?*, in *Urb. e App.*, 2007, a. XI, n. 12, pp. 1486-1492.

Roberto CARANTA, *La Corte di giustizia chiarisce i contorni dell'*in house *pubblico*, in *Giur. It.*, 2009, a. CLI, n. 5, pp. 1254-1258.

Francesco CARINGELLA, *L'affidamento* in house, in Roberto GAROFOLI, Maria Alessandra SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2014/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 231-260.

Gherardo CARULLO, *Prime riflessioni in merito alla "nuove" eccezioni relative agli affidamenti tra enti nell'ambito del settore pubblico, alla luce della "vecchia" giurisprudenza sull'*in house, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2014, a. XXIV, n. 3-4, pp. 823-834.

Gherardo CARULLO, *Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di* in house *anche in prospettiva dei corrispondenti limiti nazionali per le società strumentali*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2014, a. XXIV, n. 5, pp. 991-1017.

Gherardo CARULLO, nota a *C.G.U.E., Sez. V, 19 giugno 2014, C-574/12, Centro Hospitalar de Setubal e SUCH*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2014, a. XXIV, n. 6, pp. 1369-1371.

Gherardo CARULLO, *Luci ed ombre sulla legittimità dell'affidamento* in house *al CINECA*, in *Giust. Amm.*, 2015, a. XII, n. 2, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 11 febbraio 2015.

Dario CASALINI, *Appalti pubblici e organizzazione* in house*: un caso spagnolo*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2003, a. II, n. 12, pp. 3544-3557.

Dario CASALINI, *L'alternativa tra mercato e auto-produzione di beni e servizi*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2008, a. VII, n. 4, pp. 1158-1180.

Antonio CASSATELLA, *Partecipazione "simbolica" alle società in house e requisito del controllo analogo*, in *Giur. It.*, 2014, a. CIL, n. 7, pp. 1708-1714.

Marcello CLARICH, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti "*in house*" e concorrenza per il mercato*, in *Urb. e App.*, 2007, a. XI, n. 7, pp. 893-895.

Angelo CLARIZIA, *Il privato inquina: gli affidamenti* in house *solo a società a totale partecipazione pubblica*, in *Giust. Amm.*, 2005, a. II, n. 1, pp. 196-198.

Stefano COLOMBARI, *Il modello* in house providing *tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*, in *Urb. e App.*, 2008, a. XII, n. 2, pp. 211-220.

Claudio CONTESSA, *L'*in house providing *quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, in Claudio CONTESSA, Domenico CROCCO (a cura di), *Appalti e concessioni. Le nuove direttive europee*, Dei, Roma 2015.

Antonio D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento «in house»*, in *Giur. Cost.*, 2008, a. LII, n. 6, pp. 5009-5012.

Aurora DONATO, *Affidamenti* in house *e partecipazione pubblica totalitaria: lo strano caso del CINECA*, in *Foro Amm.*, 2016, seconda serie, a. III, n. 2, pp. 503-523.

Giuseppe Franco FERRARI, *Servizi pubblici locali ed interpretazione restrittiva delle deroghe alla disciplina dell'aggiudicazione concorrenziale*, in *Dir. Pubb. Comp. Eur.*, 2005, a. VIII, n. 2, pp. 829-833.

Giuseppe Franco FERRARI, Parkng Brixen*:* Teckal *da* totem *a* tabù*?*, in *Dir. Pubb. Comp. Eur.*, 2006, a. IX, n. 1, pp. 271-277.

Giuseppe Franco FERRARI, *Affidamento di servizi pubblici locali: la Corte apre la strada al consorzio tra Comuni*, in *Dir. Pubb. Comp. Eur.*, 2009, a. XII, n. 1, pp. 354-356.

Giuseppe Franco FERRARI, *Per il momento non vi è posto per l''in house' orizzontale*, in *Dir. Pubb. Comp. Eur.*, 2014, a. XVII, n. 3, pp. 1370-1372.

Giuseppe FIENGO, *Un utile riassunto sul tema degli "appalti in house"*, in *Rass. Avv. Stato*, 2009, a. LXI, n. 3, p. 151 (editoriale).

Gianni FISCHIONE, Federico FISCHIONE, *Spunti sull'ammissibilità dell'*in house *orizzontale e sulla non configurabilità dell'*in house *sottoposta a controllo analogo* in parte qua, in *Giust. Amm.*, 2014, a. XI, n. 5, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 16 maggio 2014.

Segio FOÀ, *I soggetti partecipanti alle gare*, in Carlo Emanuele GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 25-53.

Sergio FOÀ, Davide GRECO, *L'*in house providing *nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, in *Federalismi*, 2015, n. 15, pubblicato *on line* sul sito www.federalismi.it in data 29 luglio 2015.

Francesco FOGGIA, In house providing *orizzontale: modello teorico e prospettive applicative*, in *Neldiritto*, 2014, n. 8, pp. 1536-1544.

Fabrizio FRACCHIA, In house providing, *codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, in *Dir. Econ.*, 2012, a. XXV, n. 2, pp. 243-281.

Diana-Urania GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed* in house providing *nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2007, a. XVII, n. 1, pp. 17-50.

Diana-Urania GALETTA, *Coamministrazione, reti di amministrazioni, Verwaltungsverbund: modelli organizzativi nuovi o alternative semantiche alla nozione di "cooperazione amministrativa" dell'art. 10 TCE, per definire il fenomeno dell'amministrazione intrecciata?*, in Alfredo CONTIERI, Fabio FRANCARIO, Maria IMMORDINO, Alberto ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, vol. I, pp. 191-202, nonché in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2009, a. XIX, n. 6, pp. 1689-1698.

Diana-Urania GALETTA, Gherardo CARULLO, *Gestione dei servizi pubblici locali e* in house providing*: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di de-frammentazione del sistema*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2016, a. XXVI, n. 1, pp. 371-393.

Miriam GIORGIO, *Affidamento* in house *e forniture pubbliche di elicotteri: il caso «Agusta»*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2008, a. XIV, n. 12, pp. 1247-1254 (nota d C.G.C.E., 8 aprile 2008, C-337/05, *Commissione v. Italia*).

Miriam GIORGIO, *L'*in house *pluripartecipato e il caso SEA*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, a. XVI, n. 2, pp. 129-134.

Ginevra GRECO, *Prima apparizione dell'istituto dell'in house c.d. orizzontale*, in *eurojus.it*, pubblicato *on line* in data 4 settembre 2014.

Guido GRECO, *Gli affidamenti* «in house» *di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizi e il principio della gara*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, a. X, n. 6, pp. 1461-1469.

Guido GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti* «in house»*: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, a. XV, n. 1, pp. 61-78.

Gerardo GUZZO, *La Direttiva Ue n. 2014/24/Ue e le nuove regole in materia di affidamento* in house*: riflessioni minime e prime interpretazioni*, in *Lexitalia*, 2014, n. 7-8, pubblicato *on line*.

Christian IANONE, *Gli equilibri instabili dell'*in house providing *fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?*, in *Giust. Civ.*, 2006, a. LVI, n. 1, pp. 13-32.

Christian IAIONE, In house providing *nella distribuzione del gas e nozione societaria di controllo analogo*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2006, a. V, n. 1, pp. 39-68.

Antonio ILACQUA, *L'*in house *nelle recenti riforme amministrative*, in *Foro Amm.*, 2016, a. III, n. 11, pp. 2805-2814.

Chiara LACAVA, Gabriele MAZZANTINI, *Affidamenti* in house *e regole di concorrenza*, in Luigi FIORENTINO (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche Amministrazioni*, il Mulino, Bologna, 2007, Cap. V, pp. 161-190.

Mario LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *Federalismi*, 2010, n. 8, pubblicato on line sul sito www.federalismi.it in data 21 aprile 2010, ripubblicato in Fabrizio GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, p. 21 e ss., nonché in Paolo BENAZZO, Mario CERA, Sergio PATRIARCA (a cura di), *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 471 e ss.

Mario LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'articolo 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148*, in *Federalismi*, 2011, n. 22, pubblicato on line sul sito www.federalismi.it in data 16 novembre 2011, nonché in *Riv. Dir. Soc.*, 2012, a. VI, n. 2, pp. 199-230.

Barbara MAMELI, *L'*in house *tra regola ed eccezione*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2010, a. LIIV, n. 10, pp. 1949-1967.

Barbara MAMELI, *Affidamenti* in house *e libera concorrenza*, in *Urb. e App.*, 2003, a. VII, n. 12, pp. 1419-1423.

Alberto MASSERA, *L'«*in house providing*»: una questione da definire*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, a. X, n. 4, pp. 849-854.

Marco MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e* In House Providing, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, a. VI, n. 2-3, pp. 537-557.

Remo MORZENTI PELLEGRINI, *Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e controllo "analogo" esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali "extra-codicistiche"*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2009 a. VIII, n. 10, pp. 2246-2255.

Antonio NICODEMO, *Il «controllo analogo congiunto» nell'*in house providing, in *Riv. Amm. Rep. Ital.*, 2010, a. CLXI, n. 5-6, pp. 307-318.

Roberta OCCHILUPO, *Le società* in house, in *Giur. Comm.*, 2008, a. XXXV, n. 3, pt. II, pp. 525-560.

Elisabetta PATRIZI, Eleonora PRATAVIERA, *L'*in house providing *tra aperture comunitarie e cautele nazionali* (nota a Cons. Stato, Sez. III, 7 maggio 2015, n. 2291), in *Riv. Trim. App.*, 2015, a. XXX, n. 3, pp. 32-39.

Fabio POLETTINI, In house providing *e concorrenza*, in *Il Dir. Ind.*, 2009, a. XVII, n. 2, pp. 157-161.

Franco Gaetano SCOCA, *Sugli affidamenti* in house*: una possibilità sempre più limitata*, in *Ragiusan*, 2008, a. XXV, n. 293-294, pp. 74-77, nonché in *Dir. e Prat. Amm.*, 2008, a. III, n. 4, p. 10 ss.

Antonio ROMANO TASSONE, *La società «in house» dall'«eccezionale eccezionalità» all'«anomala normalità»*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2014, a. VIII, n. 2, pp. 397-412.

Micol ROVERSI MONACO, *Società in house e gare*, in *Riv. Trim. App.*, 2011, a. XXVI, n. 3, pp. 625-650.

Rosaria RUSSO, *L'immediata applicabilità dell'*in house*?*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2016, a. XXVI, n. 1, pp. 115-145.

Antonella SAU, *Dubbi e certezze sulla natura* in house providing *del Cineca*, in *Munus*, 2015, a. V, n. 2, pp. 467-490.

Stefano Salvatore SCOCA, *L'*in house providing *frazionato e la natura "funzionale e cangiante" dell'ente pubblico* (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660), in *Riv. Trim. App.*, 2015, a. XXX, n. 3, pp. 40-47.

Elisa SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste,* in house providing *e partenariato pubblico privato*, in *Dir. Amm.*, 2005, a. XIII, n. 4, pp. 915-962.

Andrea SONCINI, *Trasparenza ed effettività in materia di concessioni di servizi*, in *Dir. Com. Scambi Intern.*, 2005, a. XLIV, n. 4, pp. 693-704.

Andrea SONCINI, *Gli affidamenti* in house*: rassegna della giurisprudenza comunitaria sino alla sentenza* TRAGSA II *del 2007*, in *Dir. Com. Scambi Intern.*, 2007, XLVI, n. 2, pp. 281-317.

Giuseppe URBANO, *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto* in house providing *tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, in *Amministrazione In Cammino*, pubblicato *on line*, 2008.

Riccardo URSI, *Brevi osservazioni sui presupposti dell'approvvigionamento «in house» di servizi pubblici locali alla luce del nuovo testo dell'art. 113, 5° comma, lett. c), del testo unico sugli enti locali*, in *Foro It.*, 2004, a. CXXVII, n. 1, pt. III, pp. 196-198.

Riccardo URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. Amm.*, 2005, n. XIII, n. 1, pp. 179-209.

Giulio VELTRI, In house *e anticipata efficacia della direttiva 2014/24/UE* (nota a Cons. Stato, Sez. II, 30 gennaio 2015, n. 298), in *Urb. e App.*, 2015, a. XIX, n. 6, pp. 667-676.

Giulio VELTRI, *L'*in house *nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, a. XXII, n. 4, pp. 488-495.

Carmine VOLPE, *La Corte CE continua la rifinitura dell'*in house, *ma il diritto interno va in controtendenza*, in *Urb. e App.*, 2010, a. XIV, n. 1, pp. 43-54.

Carmine VOLPE, *L'affidamento in house. Questioni aperte sulla disciplina applicabile*, in *Giust. Amm*, 2014, n. 7, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 29 luglio 2014.

Carmine VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origini ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in *Giust. Amm*, 2014, n. 4, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 7 aprile2014.

Carmine VOLPE, *L'affidamento "in house": situazione attuale e propostee per una disciplina specifica*, in *Giust. Amm*, 2014, n. 10, pubblicato *on line* in data 28.10.2014.

Gianluca ZARRO, *Il Consiglio di Stato e le "mobili frontiere" dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2015, a. V, n. 2, pp. 491-504.

Vincenzo ZENO-ZENCOVICH, *Università e disciplina degli appalti. Concorrenza, servizi "*in house*" e prospettive evolutive*, in *Munus*, 2015, a. V, n. 2, pp. 455-465.

5. *Bibliografia in tema di concorrenza, commesse pubbliche e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*.

Alessandra ALBANESE, *L'affidamento diretto di servizi socio-sanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte di Giustizia manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2008, a. XVIII, n. 6, pp. 1453-1468.

Alessandra ALBANESE, *Il servizio di trasporto dei malati tra regole della concorrenza e valore sociale*, in *Munus*, 2012, a. II, n. 1, pp. 115-158.

Alessandra ALBANESE, *La Corte di giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma*

sembra avere paura del proprio coraggio) [nota a Corte giust. 11 dicembre 2014, causa C-113/13], in *Foro It.*, 2015, a. CIL, n. 3, pt. IV, pp. 151-157.

Cesare AMICONI, *Le università come operatori economici affidatari di servizi sul mercato*, pubblicato *on line* sul sito www.altalex.it in data 7 gennaio 2015.

Jacopo BERCELLI, *Gli accordi tra pubbliche amministrazioni nei servizi pubblici locali alla luce delle recenti evoluzioni normative. Il problema della qualificazione giuridica del c.d. contratto di servizio tra ente locale e società* in house, Daniele CORLETTO (a cura di), *Gli accordi amministrativi tra consenso, conflitto e condivisione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pp. 225-251.

Roberto BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2001, a. VI, n. 1, pp. 3-13.

Roberto BIN, *Le prassi della cooperazione nel sistema italiano di* multilevel government, in *Ist. Fed.*, 2007, a. XXVIII, n. 6, pp. 689-706.

Giuseppe BONCOMPAGNI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in PLURES, *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 189-225.

Maurizio CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2013, a. XXIII, n. 5-6, pp. 991-1020.

Allegra CANEPA, *Università come operatore economico nell'appalto di servizi*, in COLOMBINI, Giovanna (a cura di), *Finanziamento, competizione ed* accountability *nel governo dell'Università*, tomo II, *Il finanziamento della Università*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 445-460.

Roberto CARANTA, *Attività pubblica, attività* no-profit *e disciplina dei contratti pubblici di servizi*, in *Urb. e App.*, 2008, a. XII, n. 3, pp. 296-304.

Roberto CARANTA, *Il principio di diritto comunitario della trasparenza/concorrenza e l'affidamento o rinnovo di concessioni di servizi pubblici (ancora in margine al caso Enalotto)*, in *Giur. It.*, 2008, a. CL, n. 2, pp. 474-478.

Francesco CARDARELLI, *Le direttive europee sui contratti pubblici*, in *Il libro dell'anno*, 2015, pubblicato in www.treccani.it

Dario CASALINI, *Oltre la tutela della concorrenza: le forme giuridiche nazionali di esercizio dell'impresa pubblica*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, a. XV, n. 9, pp. 969-977.

Cristina CICOGNA, *L'*outsourcing *delle funzioni strumentali della pubblica amministrazione*, in Luigi FIORENTINO (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche Amministrazioni*, il Mulino, Bologna, 2007, Cap. I, pp. 25-45.

Marcello CLARICH, *Il Codice dei contratti pubblici tra regole della contabilità pubblica e disciplina della concorrenza*, in Enrico FOLLIERI, Lucio IANNOTTA (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, pp. 595-601.

Marcello CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid*, 2015, n. 19 (10 novembre 2015, n. 234), pubblicato *on line*, nonché in PLURES, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi Amministrativi, Varenna – Villa Monastero 17-19 settembre 2015*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 263-304.

Marcello CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Conc. e Merc.*, 2015, a. XIII, pp. 197-207, nonché in *Dir. Amm.*, 2016, a. XXIV, n. 1-2, pp. 71-92.

Marcello CLARICH, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. Giur. Mezz.*, 2016, a. XXX, n. 3, pp. 737-752.

Marcello CLARICH, Bernardo Giorgio MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico*, in *Anal. Giur. Econ.*, 2013, a. XII, n. 2, pp. 363-381.

Guido CLEMENTE DI SAN LUCA, *La morfologia dell'interesse pubblico alla 'tutela della concorrenza' nel campo dei servizi di pubblica utilità*, in FOLLIERI, Enrico – IANNOTTA, Lucio (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, pp. 557-594.

Gian Domenico COMPORTI, *Articolo 58, Dialogo competitivo*, in Giangiacomo RUGGERI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici: commento al D.lvo 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 559-595.

Gian Domenico COMPORTI, *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. Econ.*, 2007, a. XX, n. 2, pp. 231-280.

Gian Domenico COMPORTI, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in Gian Domenico COMPORTI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 1-25.

Gian Domenico COMPORTI, *Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici*, in *Dir. Econ.*, 2012, a. XXV, n. 3, pp. 575-603.

Gian Domenico COMPORTI, *Il principio di unità della funzione amministrativa*, in Mauro RENNA, Fabio SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 307-321.

Gian Domenico COMPORTI, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Federalismi*, 2015, n. 6, pubblicato *on line* sul sito www.federalismi.it in data 25 marzo 2015.

Claudio CONTESSA, *Le nuove regole dell'affidamento delle concessioni*, in *Urb. e App.*, 2016, a. XX, n. 8-9, pp. 933-938

Andrea CRISMANI, *I prezzi degli appalti pubblici e la questione sulla partecipazione alle gare di operatori economici pubblici*, in Elisabetta BANI (a cura di), *Il "giusto" prezzo tra Stato e mercato. Seminario di studi. Pisa 27 novembre 2008. Atti e contributi.* Liber amicorum *per Mauro Giusti*, Giappichelli, Torino, pp. 273-299. Ripubblicato con il

titolo: *La partecipazione alle gare di operatori economici pubblici*, in *Giust. Amm.*, 2010, a. VII, n. 1, pubblicato *on line* sul sito www.giustamm.it in data 4 gennaio 2010.

Marco D'ALBERTI, *Diritto della concorrenza e regolazione in una prospettiva ultranazionale*, in Carla RABITTI BEDOGNI, Piero BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Giappichelli, Torino, tomo II, 2010, pp. 753-760.

Filippo D'ANGELO, *Contratto ad evidenza pubblica, procedimento amministrativo, atti amministrativi negoziali*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2008, a. VII, n. 5, pp. 1586-1619.

Paolo DE ANGELIS, *L'affidamento senza gara del servizio di trasporto sanitario*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, a. XXII, n. 2, pp. 249-261 (nota a Cons. Stato, Sez. III, 26 giugno 2015, n. 3208).

Rosanna DE NICTOLIS, *La Corte Costituzionale si pronuncia sul codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *Urb. e App.*, 2008, a. XII, n. 1, pp. 5-19.

Rosanna DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2016, a. XX, n. 5, pp. 503-545.

Rosanna DE NICTOLIS, *La semplificazione che verrà*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2016, a. XXVI, n. 5-6, pp. 1107-1143.

Luca DE PAULI, *La partecipazione delle Università alle procedure ad evidenza pubblica*, in *Urb. e App.*, 2010, a. XIV, n. 5, pp. 554-561.

Vincenzo FERRARO, *Partenariati pubblico-privati ed* in house providing, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2010, a. XX, n. 6, pp. 1501-1546.

Vincenzo FERRARO, *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2014, a. XXIV, n. 3-4, pp. 835-866.

Vincenzo FERRARO, *La concessione e il diritto europeo: il complesso equilibrio tra la tutela della concorrenza e la "specialità" del regime dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2016, a. XXVI, n. 1, pp. 259-311.

Luigi FIORENTINO, *Appalti pubblici e concorrenza*, in Carla RABITTI BEDOGNI, Piero BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Giappichelli, Torino, 2010, tomo II, pp. 819-842.

Claudio FRANCHINI, *Mercato unico concorrenziale e pubbliche amministrazioni (il caso degli organismi di diritto pubblico e delle società* in house*)*, in Carla RABITTI BEDOGNI, Piero BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Giappichelli, Torino, 2010, tomo II, pp. 843-856.

Carlo Emanuele GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. Amm.*, 2005, a. XIII, n. 2, pp. 327-351.

Biagio GILIBERTI, *L'esenzione per le società quotate dal divieto di partecipazione alle gare di servizio pubblico locale alla luce della giurisprudenza comunitaria in tema di rapporti infragruppo*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2011, a. X, n. 5, pp. 1399-1413.

Biagio GILIBERTI, *Fusione di società affidatarie di servizi pubblici locali ed obbligo di gara*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2005, a. IV, n. 7-8, 2314-2324.

Roberto GIOVAGNOLI, *Obbligo di gara anche per i contratti gratuiti*, in *Urb. e App.*, 2007, a. XI, n. 7, pp. 723-726.

Francesco GOISIS, *Ente pubblico*, in *Enc. Dir.*, *Annali*, Giuffrè, Milano, 2014, vol. VII, p. 411-429.

Francesco GOISIS, *Il rischio economico quale* proprium *del concetto di concession nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico* versus *visioni tradizionali*, in *Dir. Amm.*, 2015, a. XXIII, n. 4, pp. 743-766.

Guido GRECO, *Le concessioni di lavori e di servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, a. X, n. 5, pp. 993-1006.

Guido GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2015, a. XXV, n. 5, pp. 1095-1126, nonché in PLURES, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi Amministrativi, Varenna – Villa Monastero 17-19 settembre 2015*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 187-224.

Alberto HEIMLER, *Appalti pubblici, prassi applicative e controlli: quale spazio per gli aspetti sostanziali?*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2015, a. XVII, n. 1, pp. 181-205.

Mario LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contr. e Impr.*, 2008, a. XXIV, n. 6, pp. 1201-1227.

Barbara MAMELI, *Concessioni e pubblici servizi*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2001, a. XI, n. 1, pp. 63-93.

Barbara MAMELI, *Gli organismi di diritto pubblico alla luce delle nuove direttive*, in *Giur. It.*, 2014, a. CLVI, n. 7, pp. 1797-1801.

Giovanna MARCHIANÒ, *Modernizzazione del mercato degli appalti pubblici nella proposta di direttiva comunitaria (COM (2001) 896 del 20.12.2011): l'impatto sulla normativa nazionale nel settore dei servizi*, Cedam, Padova, 2012.

Giovanna MARCHIANÒ, *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2016, a. XXVI, n. 1, pp. 1-49.

Alberto MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2005, a. XV, n. 5, pp. 1201-1217.

Alberto MASSERA, *La disciplina dei contratti pubblici: la relativa continuità in una materia instabile*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, a. XV, n. 12, pp. 1252-1268.

Maura MATTALIA, *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario?*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2008, a. VII, n. 7-8, pp. 1984-1997 [nota a C.G.C.E., Sez. III, 29 novembre 2007, C-119/06].

Fabio MERUSI, *Le esternalizzazioni: tendenze nel diritto amministrativo italiano*, in Claudio MIGNONE, Giuseppe PERICU, Fabio ROVERSI MONACO (a cura di), *Le esternalizzazioni. Atti del XVI Convegno degli amministrativisti Italo-Spagnoli: Genova 25-27 maggio 2006*, Bonomia University Press, Bologna, 2007, pp. 259-267.

Alfredo MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. Amm.*, 2012, a. XX, n. 4, pp. 567-668.

Giuseppe Morbidelli, Maurizio Zoppolato, *Appalti pubblici*, in Mario P. CHITI, Guido GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007 (2° ed., 1997), Parte speciale, tomo I, pp. 422-550.

Simona MORETTINI, *L'uso "strategico" dell'appalto pubblico nel diritto amministrativo europeo e globale*, Stefano BATTINI, Edoardo CHITI, Giacinto DELLA CANANEA, Claudio FRANCHINI, Bernardo Giorgio MATTARELLA (a cura di), *Sistemi regolatori globali e diritto europeo*, Quaderno n. 6 di *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 81-104.

Giovanni MULAZZANI, *La nozione di operatore economico e la partecipazione degli enti pubblici alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici*, in *Munus*, 2015, a. V, n. 2, pp. 385-418.

Giulio NAPOLITANO, *La pubblica amministrazione e le regole dell'esternalizzazione*, in Claudio MIGNONE, Giuseppe PERICU, Fabio ROVERSI MONACO (a cura di), *Le esternalizzazioni. Atti del XVI Convegno degli amministrativisti Italo-Spagnoli: Genova 25-27 maggio 2006*, Bonomia University Press, Bologna, 2007, pp. 17-42, nonché in *Dir. Econ.*, 2006, a. XIX, n. 4, pp. 663-695.

Roberta OCCHILUPO, Giacomo ROMA, *Le società miste affidatarie di servizi pubblici locali: un'analisi degli assetti di* governance, in *Anal. Giur. Econ.*, 2016, a. XIV, n. 2, pp. 495-514.

Cristoforo OSTI, *Ma a che serve l'antitrust?*, in *Foro It.*, 2015, a. CLX, n. 2, pt. V, pp. 114-121.

Davide PALAZZO, *La partecipazione degli enti pubblici alle gare d'appalto* (nota a C.G.U.E., Sez. V, 18 dicembre 2014, C-568/13), in *Foro Amm.*, 2015, seconda serie, a. II, n. 11, pp. 2707-2726.

Eugenio PICOZZA, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in Pasquale STANZIONE, Angelo SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 2006, pp. 130-137.

Luca R. PERFETTI, *Oggetto pubblico ed evidenza pubblica nelle concessioni di servizi*, in PLURES, *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione: atti XLI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione promosso da Amministrazione provinciale di*

Como, Varenna, Villa Monastero, 21-23 settembre 1995, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 441-455.

Luca R. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione Europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2001, a. XI, n. 3, pp. 479-494.

Luca R. PERFETTI, *Pubblico servizio, capacità di diritto privato e tutela della concorrenza. Il caso del* facility management, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2002, a. XII, n. 1, pp. 187-217.

Luca R. PERFETTI, *Nozione di servizi pubblico locale e fini sociali.* Revirement *del Consiglio di Stato in tema di servizi pubblici locali*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2003, a. II, n. 3, pp. 1000-1006.

Luca R. PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, a. II, n. 9, pp. 2498-2509 [Nota a C.G.C.E., Sez. V, 22 maggio 2003, C-18/01, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy and Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa v Varkauden Taitotalo Oy*, ECLI:EU:C:2003:300, caso c.d. *Taitotalo*]

Luca R. PERFETTI, *L'organismo di diritto pubblico e le sue nuove incerte frontiere. Il caso di Grandi Stazioni tra diritti speciali ed esclusivi ed obblighi di gara*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, a. III, n. 3, pp. 870-881 [nota a Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 2003, n. 5902].

Luca R. PERFETTI, Albero DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio di impresa. Variazioni su Corte di giustizia delle Comunità europee, sezione V, 22 maggio 2003, C-18/01*, in *Dir. Amm.*, 2005, a. XII, n. 1, pp. 135-179.

Luca R. PERFETTI, *Dalla soggettività all'oggettività pubblica. Sull'identificazione delle ipotesi di applicazione della disciplina in tema di evidenza pubblica alla luce della adunanza plenaria n. 9 del 2004*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2005, a. IV, n. 5, pp. 1347-1355.

Luca R. PERFETTI, *La fusione di società affidatarie di servizi pubblici locali*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2005, a. IV, n. 7-8, pp. 2300-2314.

Luca R. PERFETTI, *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Dir. Amm.*, 2006, a. XIV, n. 2, pp. 387-446.

Andrea PERICU, *Il diritto comunitario favorisce davvero le privatizzazioni dei servizi pubblici?*, in *Dir. Comm. Intern.*, 2001, a. XV, n. 2, pp. 327-359.

Davide PONTE, *Partecipazione alle gare aperta agli enti pubblici, ma la Pa può valutare l'esistenza del finanziamento*, in *Guida Dir.*, 2015, a. XXII, n. 6, pp. 98-104.

Luca G. RADICATI DI BROZOLO, Magnus GUSTAFSSON, *Partecipazione alle gare e regole di concorrenza*, in *Dir. Comm. Intern.*, 2002, a. XVI, n. 4, pp. 805-823.

Federico ROMOLI, *La Gepi s.p.a. come* partner *societario per la gestione di servizio pubblico locale: tra affidamento* in house *e garanzie di evidenza pubblica*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2005, a. IV, n. 3, pp. 842-852.

Girolamo SCIULLO, *Teoria e dogmatica degli accordi amministrativi*, in Stefano CIVITARESE MATTEUCCI, Lorenzo DEL FEDERICO (a cura di), *Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso. Strumenti e tecniche di tutela dell'amministrato e del contribuente*, FrancoAngeli, Milano, 2010, pp. 33-49.

Stefano Salvatore SCOCA, *La tutela della concorrenza come contenitore* omnibus *dell'evidenza pubblica, dell'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ma anche funzionale a garantire la virtuosità degli enti territoriali nell'ambito del patto di stabilità*, in *Giur. It.*, 2013, a. CLXV, n. 12, pp. 2659-2665.

Silvia SIMONE, Laura ZANETTINI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in Luigi FIORENTINO (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche Amministrazioni*, il Mulino, Bologna, 2007, Cap. IV, pp. 119-160.

Domenico SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. Pubb.*, 1999, a. V, n. 2, pp. 371-425.

Domenico SORACE, *Aspetti dell'amministrazione pubblica dei contratti*, in Domenico SORACE (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 7-9.

Salvatore SORRENTINO, *È possibile un rapporto "preferenziale" tra enti locali e cooperative sociali nell'affidamento di concessioni di servizi pubblici?*, in *Munus*, 2014, a. IV, n. 3, pp. 565-587 (nota a Cons. Stato, Sez. V, 16 aprile 2014, n. 1863).

Stefano POLIDORI, *Appalti pubblici, scelta del contraente e tutela della concorrenza*, in Raffaele DI RAIMO, Vincenzo RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 295-334.

Luisa TORCHIA, *Accordi di programma e ricerca scientifica*, in *Pol. Dir.*, 1991, a. XXII, n. 2, pp. 285-300.

Luisa TORCHIA, *L'amministrazione per accordi*, in Luciano VANDELLI (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 619-629.

Luisa TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. Amm.*, 2015, a. XXIII, n. 2-3, pp. 291-344, nonché in PLURES, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi Amministrativi, Varenna – Villa Monastero 17-19 settembre 2015*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 131-186.

Francesca TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol. Dir.*, 1992, a. XXIII, n. 1, pp.

Francesca TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. Dir.*, 1993, a. XXIV, n. 2, pp. 237-251.

Francesca TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica Amministrazione*, in *Dir. Pubb.*, 1998, a. IV, n. 1, pp. 35-71.
Francesca TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui «nuovi» servizi pubblici*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2002, a. XII, n. 3-4, pp. 945-967.
Francesca TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'Amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2004, a. XII, n. 4, pp. 661-689.
Francesca TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1 comma 1* bis *della L. n. 241 del 1990*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2005, a. IV, n. 3, pp. 947-958.
Francesca TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2008, a. XVIII, n. 5, pp. 1063-1104.
Francesca TRIMARCHI BANFI, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amministrare*, 2010, a. XL, n. 3, pp. 339-371.
Francesca TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2012, a. XXII, n. 5, pp. 723-744.
Francesca TRIMARCHI BANFI, *Ancora sulla concorrenza per il mercato e gli equivoci della giurisprudenza costituzionale*, in *Astrid*, 2012, n. 8 (27 aprile 2012 n. 157), p. 7, pubblicato *on line*.
Francesca TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamenti*, in *Dir. Amm.*, 2013, a. XXI, n. 1-2, pp. 15-51.
Francesca TRIMARCHI BANFI, *The Principle of Competition: Properties and Foundations. Its Impact on Italian Law*, in *Jus Publicum*, 2014, n. 2, pubblicato *on line*.
Francesca TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'attuazione dei principi costituzionali. Il principio di concorrenza nei giudizi in via principale*, in *Dir. Amm.*, 2015, a. XXIII, n. 4, pp. 623-637.
Francesca TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, a. XXXIV, n. 2, pp. 361-400.
Luigi Carlo UBERTAZZI, *Appalti pubblici, concorrenza e consumatori*, in *Il Dir. Ind.*, 2003, a. XI, n. 1, pp. 74-80.
Massimo URBANI, *L'efficienza della committenza pubblica e il mercato unico*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2014, a. XX, n. 12, pp. 1150-1159.
Riccardo URSI, *Il gioco dei Monopoli e i servizi pubblici locali*, in *Foro Amm.*, 2010, a. IX, n. 2, pp. 466-480.
Sara VALAGUZZA, *L'attività d'impresa degli enti pubblici*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2014, a. XXIV, n. 1, pp. 83-111.
Sara VALAGUZZA, *Le conseguenze sui principi ordinatori dell'economia delle nuove coordinate e degli scopi dell'azione pubblica - una proposta ricostruttiva*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2013. L'amministrazione pubblica in forma*

privatistica. Atti del Convegno Annuale. Milano, 27-28 settembre 2013, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 181-197.

Stefano VARONE, *La partecipazione degli enti pubblici alle gare di appalto e la tutela della concorrenza*, in *Rass. Avv. Stato*, 2015, a. LXVII, n. 3, pp. 101-110.

Stefano VINTI, *Organismi di diritto pubblico*, in *Diritto on line*, Enciclopedia Treccani, 2016, pubblicato *on line* sul sito www.treccani.it.

Antonio VESPIGNANI, *Nuovo Codice degli appalti e delle concessioni: finalmente ci siamo*, in *Riv. Trim. App.*, 2016, a. XXXI, n. 1, pp. 7-23.

Paola Maria ZERMAN, Rocco STEFFANONI, *Riutilizzo commerciale dell'informazione detenuta nel settore pubblico in materia di dati ipotecari e catastali alla luce dei Trattati europei e della Direttiva 2003/98/CE*, in *Rass. Avv. Stato*, 2013, a. LXV, n. 4, pp. 51-63.

Alessandro CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2015, a. XXIII, n. 4, pp. 797-840.

Umberto POTOTSCHNIG, *Poteri pubblici e attività produttive*, in PLURES, *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale. Atti del Convegno, Milano, 6-7 maggio 1988*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 99-116.

Mario Pilade CHITI, *Regolamentazione e mercato nella disciplina degli appalti pubblici*, in Adolfo ANGELETTI (a cura di), *Privatizzazione ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario. Atti del Convegno*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 137-159.

6. *Bibliografia in tema di servizi pubblici, servizi di interesse generale e servizi di interesse economico generale*.

Maria Carmen AGNELLO, *La modernizzazione degli aiuti di Stato a favore dei servizi di interesse economico generale: strumenti, competenze e tutele*, in *Contr e Impr. Eur.*, 2015, a. XX, n. 2, pp. 681-718.

Francesco ALBISSINI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici*, in Luisa Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, il Mulino, Bologna, 2010, Cap. IV, pp. 97-126.

Giuliano AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 1992, a. XII, n, 1, pp. 7-19.

Luca BERTONAZZI, Riccardo VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in Mario P. CHITI, Guido GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007 (2° ed., 1997), parte speciale, tomo IV, pp. 1791-1896.

Gian Franco CARTEI, *Il servizio universale*, in ASSOCIAZIONE DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO (a cura di), *Annuario 2001. I manuali di diritto amministrativo. I contratti integrativi del pubblico impiego. I*

servizi pubblici, la riforma della didattica universitaria, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 109-117.

Giuseppe CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, in *Foro Amm.*, 1991, a. LXVII, n. 12, pp. 3167-3189.

Giuseppe CAIA, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in PLURES, *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Giuffrè, Milano, 1993, vol. I, pp. 805-869, nonché in *Reg. Gov. Loc.*, 1992, a. XIII, n. 1-2, pp. 9-63.

Giuseppe CAIA, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in Leopoldo MAZZAROLLI, Giuseppe PERICU, Alberto ROMANO, Fabio A. ROVERSI MONACO, Franco Gaetano SCOCA, *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 1993, vol. I, parte III, Cap. III, pp. 893-915.

Giuseppe CAIA, *I modelli di organizzazione dei servizi pubblici locali: quadro generale e comparativo*, in Giuseppe SANVITI, *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, il Mulino, Bologna, 1995, pp. 55-121.

Giuseppe CAIA, *Le società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra i Comuni*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2002, a. I, n. 5, pp. 1232-1240.

Giuseppe CAIA, *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, in *Foro Amm. TAR*, 2002, a. I, n. 5, pp. 1568-1578.

Giuseppe CAIA, *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale (note preliminari)*, in *Riv. Giur. Quad. Pubb. Serv.*, 2005, a. VII, n. 1, pp. 139-147.

Giuseppe CAIA, *I servizi pubblici*, in Leopoldo MAZZAROLLI, Giuseppe PERICU, Alberto ROMANO, Fabio A. ROVERSI MONACO, Franco Gaetano SCOCA, *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2005 (4° ed., 1993), vol. I, pp. 131-177.

Giuseppe CAIA, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria*, in Enrico FOLLIERI, Lucio IANNOTTA (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, pp. 515-540.

Giuseppe CAIA, *Le nuove discipline dei servizi pubblici*, in PLURES, *Libro dell'anno del diritto 2013*, Treccani, Roma, 2013, pp. 238-243.

Giuseppe CAIA, *Modi di gestione dei servizi pubblici locali*, in PLURES, *Libro dell'anno del diritto 2012*, Treccani, Roma, 2012, pp. 321-325.

Giuseppe CAIA, *Procedura per l'affidamento dei servizi pubblici locali*, in PLURES, *Libro dell'anno del diritto 2012*, Treccani, Roma, 2012, pp. 236-330.

Marco CAMMELLI, *Le due riforme: ordinamento locale e servizi pubblici*, in *Le Reg.*, 1991, a. XIX, n. 2, pp. 432-440.

Marco CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le Reg.*, 1992, a. XX, n. 1, pp. 7-62.

Marco CAMMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Riv. Trim. App.*, 2003, a. XVIII, n. 3, pp. 513-517.

Roberto CARANTA, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Le Reg.*, 2011, a. XXXIX, n. 6, pp. 1176-1193.

Gian Franco CARTEI, *Servizio universale*, in *Enc. Dir. Annali*, Giuffrè, Milano, 2010, vol. III, pp. 1057-1079.

Gherardo CARULLO, *Aiuti di Stato: la "modernizzazione" del ruolo dello "Stato finanziatore" quale motore dello sviluppo dei servizi di interesse economico generale*, in *Conc. e Merc.*, 2015, a. XIII, pp. 5-35.

Sabino CASSESE, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Econ. Pubb.*, 1996, a XXVI, n. 5, pp. 5-14.

Sabino CASSESE, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. Giur. Ener. Elett.*, 1998, a. XV, n. 2-3, pp. 233-238.

Salvatore CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1990, vol. XLII, pp. 355-374.

Vincenzo CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2006, a. XVI, n. 3, pp. 747-789.

Fabio CINTIOLI, *I servizi di interesse economico generale ed i rapporti tra* antitrust *e regolazione*, in Carla RABITTI BEDOGNI, Piero BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Giappichelli, Torino, 2010, tomo II, pp. 775-799.

Pasquale CIRIELLO, *Servizi pubblici*, in *Enc. Giur.*, UTET, Roma, 1992, vol. XXVIII, pp. 1-9.

Marcello CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 2003, a. LIII, n. 1, pp. 91-125.

Marcello CLARICH, *Sevizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. Pubb.*, 1998, a. IV, n. 1, pp. 181-200, nonché in *Rass. Giur. Ener. Elett.*, 1998, a. XV, n. 1, pp. 41-61.

Guido CORSO, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in PLURES, *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione. Atti del XLI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 21-23 settembre 1995*, Giuffrè Milano, 1997, pp. 21-48.

Guido CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. Giur. Quad. Pubb. Serv.*, 1999, a. I, n. 1, pp. 7-19.

Giuseppe DI GASPARE, *I servizi pubblici locali verso il mercato*, in *Dir. Pubb.*, 1999, a. V, n. 3, pp. 797-821.

Daniele FABBRI, Gianluca FIORENTINI (a cura di), *Regolamentazione e finanziamento dei servizi pubblici*, Carocci, Roma, 1999.

Erminio FERRARI, *I servizi demografici del Comune e l'informatica tra (strutture di) diritto pubblico e (società di) diritto privato*, in *Le Regioni*, 1987, a. XV, n. 5, pp. 1263-1275.

Erminio FERRARI, *Servizi pubblici: impostazione e significato della ricerca di una nozione*, in *Foro It.*, 2002, a. CXXV, pt. I, pp. 1843-1850.

Fabrizio FIGORILLI, *I servizi pubblici*, in Franco Gaetano SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino 2015 (4° ed., 2008), pp. 651-687.

Fabrizio FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *Federalismi*, 2016, n. 14, pubblicato on line sul sito www.federalismi.it in data 13 luglio 2016.

Claudio GALLUCCI, *Servizi pubblici locali*, in *Enc. Giur.*, UTET, Roma, 1999, vol. XXVIII, pp. 1-25.

Claudio GALLUCCI, *Servizi pubblici locali (postilla di aggiornamento)*, in *Enc. Giur.*, UTET, Roma, 2004, vol. XXVIII, pp. 1-6.

Massimo Severo GIANNINI, *I proventi degli enti pubblici e la riserva della legge*, in PLURES, *Studi in onore di Giuseppe Menotti de Francesco*, Giuffrè, Milano, 1957, vol. II, pp. 395-424.

Massimo Severo GIANNINI, *Il servizio pubblico sotto il profilo giuridico*, in Massimo Severo GIANNINI, *Scritti*, Giuffrè, Milano, 2006, vol. VIII, pp. 379-386.

Fabio GIGLIONI, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di « servizio pubblico »*, in *Foro Amm.*, 1998, a. LXXIV, n. 6, pp. 2265-2290.

Antonio GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. Cost.*, 1992, a. XII, n, 1, pp. 21-64.

Micaela LOTTINI, *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2005, a. XV, n. 5, pp. 1351-1392.

Alberto LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. Cost.*, 2010, a. LV, n. 6, pp. 4645-4654.

Alberto LUCARELLI, *Per un diritto pubblico europeo dell'economia. Fondamenti giuridici*, in *Rass. Dir. Pubb. Eur.*, 2016, a. XV, n. 1, pp. 5-27.

Francesco MACARIO, *Art. 9. Autoproduzione*, in Aldo FRIGNANI, Roberto PARDOLESI, Antonio PATRONI GRIFFI, Luigi Carlo UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano: commento alla Legge 10 ottobre 1990, n. 287*, Zanichelli, Bologna, 1993, vol. II, pp. 791-811.

Barbara MAMELI, *Concessioni e pubblici servizi*, in ASSOCIAZIONE DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO (a cura di), *Annuario 2001. I manuali di diritto amministrativo. I contratti integrativi del pubblico impiego. I servizi pubblici, la riforma della didattica universitaria*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 119-136.

Giovanna MARCHIANÒ, *Occorre cambiare tutto perché nulla cambi: la tormentata vicenda dei SIEG*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2013, a. XXIII, n. 5-6, pp. 1021-1068.

Gerard MARCOU, *Il servizio pubblico tra attività economiche e non economiche*, in Antonio BRANCASI (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 313-350.

Gerard MARCOU, *Critica dell'ordine pubblico economico europeo*, in *Rass. Dir. Pubb. Eur.*, 2016, a. XV, n. 1, pp. 127-149.

Fabio MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in Fabio MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, il Mulino, Bologna, 2002, pp. 59-87, nonché in ASSOCIAZIONE DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO (a cura di), *Annuario 2001. I manuali di diritto amministrativo. I contratti integrativi del pubblico impiego. I servizi pubblici, la riforma della didattica universitaria*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 62-85.

Fabio MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. Amm.*, 2010, a. XVIII, n. 2, pp. 313-324.

Alfredo MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. It. Dir. Pubb.*, 2015, a. LXV, n. 1, pp. 89-137.

Alessandro MONTEBUGNOLI, *Sulla nozione di servizio pubblico*, in *Econ. Pubb.*, 1992, a. XXII, n. 1-2, pp. 3-9.

Francesco MUNARI, *Concorrenza e servizi pubblici*, in Antonio Tizzano (a cura di), *Il processo d'integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i Trattati di Roma*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 101-116.

Francesco MUNARI, *La disciplina dei cd. Servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati Membri e interesse generale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2002, a. VII, n. 1, pp. 39-75.

Giulio NAPOLITANO, *Dai rapporti di cittadinanza ai rapporti di utenza: tendenze e prospettive*, in ASSOCIAZIONE DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO (a cura di), *Annuario 2001. I manuali di diritto amministrativo. I contratti integrativi del pubblico impiego. I servizi pubblici, la riforma della didattica universitaria*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 137-152.

Giulio NAPOLITANO, *Le regole per liberalizzare i servizi pubblici*, in Fabio PAMMOLLI, Carlo CAMBINI, Andrea GIANNACCARI (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia. Proposte di riforma e linee di intervento settoriali*, il Mulino, Bologna, 2007, pp. 27-38.

Giulio NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, in Sabino Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2012 (5° ed., 1995), pp. 131-175.

Giulio NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, in Sabino CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, vol. VI, pp. 5517-5527.

Mario NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1957, a. VII, n. 1, pp. 118-195.

Luca R. PERFETTI, *Servizi pubblici come funzione della fruizione dei diritti. Elaborazione del metodo e scelte metodologiche*, in ASSOCIAZIONE DEI

PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO (a cura di), *Annuario 2001. I manuali di diritto amministrativo. I contratti integrativi del pubblico impiego. I servizi pubblici, la riforma della didattica universitaria*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 153-174.

Luca R. PERFETTI, *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Dir. Amm.*, 2006, a. XIV, n. 2, pp. 387-446.

Andrea PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, in ASSOCIAZIONE DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO (a cura di), *Annuario 2001. I manuali di diritto amministrativo. I contratti integrativi del pubblico impiego. I servizi pubblici, la riforma della didattica universitaria*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 175-192.

Giuseppe PIPERATA, *Tipologie "chiuse" e forme aperte nella gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. Trim. App.*, 2003, a. XVIII, n. 4, pp. 859-875.

Giuseppe PIPERATA, *Servizi pubblici locali*, in Sabino CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, vol. VI, pp. 5527-5535.

Alessandra PIOGGIA, *L'amministrazione pubblica in forma privata: un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il servizio pubblico in Italia?*, in *Dir. Amm.*, 2013, a. XXI, n. 3, pp. 481-507, cit. p. 487, nonché in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2013. Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica. Atti del Convegno Annuale. Milano, 27-28 settembre 2013*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 137-161.

Aristide POLICE, *Sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in Stelio MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino 2008, pp. 65-82.

Umberto POTOTSCHNIG, *Servizi pubblici essenziali: profili generali*, in *Rass. Giur. Ener. Elett.*, 1992, a. IX, n. 2, pp. 269-275.

Gabriella M. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. Amm.*, 1994, a. II, n. 2, pp. 201-246.

Pippo RANCI, *Concorrenza e servizi pubblici nella Costituzione*, in Giacinto DELLA CANANEA, Giulio NAPOLITANO (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, il Mulino, Bologna, 1998, pp. 33-45.

Nicoletta RANGONE, *Servizi universali*, in *Enc. Giur.*, UTET, Roma, 1998, vol. XXVIII, pp. 1-9.

Nicoletta RANGONE, *I servizi pubblici: nozioni e regole*, in ASSOCIAZIONE DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO (a cura di), *Annuario 2001. I manuali di diritto amministrativo. I contratti integrativi del pubblico impiego. I servizi pubblici, la riforma della didattica universitaria*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 193-205.

Alberto ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, 1994, a. II, n. 4, pp. 459-521, nonché, con il titolo *La concessione di un pubblico servizio*, in Giuseppe PERICU, Alberto ROMANO, Vincenzo SPAGNUOLO VIGORITA

(a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 11-81.

Giampaolo ROSSI, *I servizi pubblici locali*, in *Riv. Giur. Quad. Pubb. Serv.*, 1998, a. I, n. 0, pp. 11-23.

Paolo SABBIONI, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutela più rigorose della concorrenza*, in *Giur. Cost.*, 2010, a. LV, n. 6, pp. 4654-4663.

Filippo SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. Pubb.*, 2000, a. VI, n. 2, pp. 535-553.

Filippo SALVIA, *I servizi pubblici nella letteratura recente*, in ASSOCIAZIONE DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO (a cura di), *Annuario 2001. I manuali di diritto amministrativo. I contratti integrativi del pubblico impiego. I servizi pubblici, la riforma della didattica universitaria*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 87-108.

Domenico SORACE, *Il giovane Cammeo e i servizi pubblici*, in *Quad. Fior.*, 1993, a. XXII, pp. 511-530.

Domenico SORACE, *Servizi pubblici locali e iniziativa privata*, in *Econ. Pubb.*, 1993, a. XXIII, n. 1-2, pp. 11-17.

Domenico SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 1997, a. VII, n. 1, pp. 51-83.

Domenico, SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. Pubb.*, 1999, a. V, n. 2, pp. 371-425.

Domenico SORACE, *I servizi pubblici*, in *Amministrare*, 2001, a. XXXI, n. 3, pp. 385-404, nonché con il titolo *La riflessione giuridica di Umberto Pototschnig «I servizi pubblici»*, in *Dir. Pubb.*, 2002, a. VIII, n. 2, pp. 583-601.

Domenico, SORACE, *I servizi « pubblici » economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. Amm.*, 2010, a. XVIII, n. 1, pp. 1-25.

Elisa SCOTTI, *Servizi pubblici locali e ordinamento comunitario*, in Stelio MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino 2008, pp. 29-50.

Biagio SPAMPINATO, *L'accesso dei privati al mercato dei servizi pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2015, a. XXI, n. 4, pp. 467-475.

Sara Spuntarelli, *Il servizio sanitario: un servizio a carattere economico in regime speciale*, in *Urb. e App.*, 2011, a. XV, n. 2, pp. 230-236.

Francesca TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui «nuovi» servizi pubblici*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2002, a. XII, n. 3-4, pp. 945-967.

Francesca TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2008, a. XVIII, n. 5, pp. 1063-1104.

Roger VAN DEN BERGH, *Analisi economica del dirittto della concorrenza*, in Aldo FRIGNANI, Roberto PARDOLESI, Antonio PATRONI GRIFFI, Luigi Carlo UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano: commento alla*

Legge 10 ottobre 1990, n. 287, Zanichelli, Bologna, 1993, vol. I, pp. 1-47.

Roger VAN DEN BERGH, Behavioral economics*: un attore non (ancora) protagonista sulla scena antitrust*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2013, a. XV, n. 1, pp. 9-44.

Roger VAN DEN BERGH, *L'approccio più economico nel diritto comunitario della concorrenza. Il più è troppo o non (ancora) abbastanza?*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2014, a. XVI, n. 3, pp. 393-434.

Roger VAN DEN BERGH, *Addio utopia? Perché l'Unione europea dovrebbe prendere seriamente in considerazione l'economia del federalismo*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2016, a. XVIII, n. 2, pp. 217-248.

Riccardo VILLATA, *Pubblica Amministrazione e servizi pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2003, a. XI, n. 3, pp. 493-506.

7. *Bibliografia in tema di attività* extra moenia *delle aziende speciali, delle società miste e delle società pubbliche locali*.

Nicola AICARDI, *L'attività extraterritoriale delle aziende speciali nel nuovo ordinamento delle autonomie locali*, in *Reg. e Gov. Loc.*, 1992, a. XIII, n. 1-2, pp. 121-140.

Chiara ALBERTI, *Aziende municipalizzate ed extraterritorialità. Problematica dai confini incerti fra riforme interne e disciplina comunitaria*, in *Riv. Trim. App.*, 2001, a. XVI, n. 2, pp. 344-372.

Franco BASSI, *L'attività extraterritoriale delle aziende municipalizzate*, in PLURES, *Atti del Convegno regionale. Dimensioni territoriali delle aziende municipali del gas e dell'acqua*, Reggio Emilia, 1969, pp. 25-38.

Giuseppe CAIA, *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, in *Foro Amm. TAR*, 2002, a. I, n. 5, pp. 1568-1578.

Antonio CARULLO, *Capitale ed extraterritorialità: primi problemi per le nuove s.p.a. Comunali per la gestione del servizio idrico*, in *Riv. Trim. App.*, 1996, a. XI, n. 4, pp. 613-628.

Paolo CICERO, *Sui limiti territoriali all'attività delle aziende dei pubblici servizi municipalizzati*, in *Riv. Dir. Pubb.*, 1911, a. III, n. 2, parte I, pp. 414-422.

Claudio CONTESSA, *Ancora sul divieto di attività* extra moenia *delle società degli Enti locali: verso una nuova nozione di 'strumentalità'*, in *Urb. e App.*, 2010, a. XIV, n. 4, pp. 462-469.

Marco DUGATO, *La concorrenza e la extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, a. XI, n. 10, pp. 1054-1058.

Angelo FANIZZA, *L'extraterritorialità dell'azienda speciale,* in *Urb. e App.*, 1998, a. II, n. 12, pp. 1331-1333.

Francesco GOISIS, *I limiti all'attività* extra moenia *delle società miste locali. Qualche riflessione critica anche alla luce del diritto comunitario,* in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, a. XIX, n. 2, pp. 560-581.

Silvia GOTTI, *Riflessioni in tema di attività extraterritoriale delle aziende municipalizzate*, in *Dir. Reg.*, 1994, a. XI, n. 2, pp. 338-347.

Giovanni MANGIALARDI, *Ambito di operatività delle società miste*, in *Urb. e App.*, 2001, a. V, n. 9, p. 1030-1038.

Silvia MARCHI, *L'azienda speciale: attività extraterritoriale*, in *Riv. Trim. App.*, 1997, a. XII, n. 3, pp. 771-784.

Carlo MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, in PLURES, *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione. Atti del XLI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 21-23 settembre 1995*, Giuffrè Milano, 1997, pp. 49-102, in part. § 10, *L'ambito dell'attività: extraterritorialità e questioni connesse*, pp. 85-89.

Anteo MASSONE, *Limiti di operatività del divieto di cui all'art. 13 d.l. n. 223/2006 relativo alle società strumentali*, in *Contr. Stato e Enti Pubbl.*, 2013, a. XXI, n. 2, pp. 32-37.

Giacomo NICOLUCCI, *Brevi note in tema di aziende speciali degli enti locali ed attività extraterritoriale*, in *Foro Amm.*, 1999, a. LXXV, n. 2, pp. 1666-1673.

Vera PARISIO, *Aspetti economico-redistributivi e tutela dell'ambiente nell'attività* extra moenia *dell'azienda speciale*, in *Giust. Civ.*, 1995, a. XLV, n. 3, pp. 2570-2574, nonché in PLURES, *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione. Atti del XLI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 21-23 settembre 1995*, Giuffrè Milano, 1997, pp. 433-439.

Umberto POTOTSCHNIG, *Legittima l'attività extraterritoriale delle aziende municipalizzate*, in *Il contatore*, 1971, a. XV, n. 3, pp. 51-54.

Mario Alberto QUAGLIA, *La Corte Costituzionale e l'extraterritorialità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Trim. App.*, 2002, a. XVII, n. 4, pp. 715-728.

Micol ROVERSI MONACO, *I limiti operativi delle società partecipate per i servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2013, a. III, n. 1, pp. 89-116.

Elisa SCOTTI, *L'attività extraterritoriale delle aziende speciali e delle società miste tra vincoli funzionali, regole procedimentali e principi concorrenziali*, in *Foro It.*, 1999, a. CXXII, parte III, n. 2, pp. 399-406.

Elisa SCOTTI, *Società miste, legittimazione extraterritoriale e capacità imprenditoriale: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative al confronto*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, a. XII, n. 4, pp. 777-793.

Iolanda SEVERINO, *La questione extraterritoriale in Germania: ammissibilità e limiti della attività industriale esercitata dai Comuni al di fuori del proprio territorio*, in *Serv. Pubbl. e App.*, 2004, a. II, n. 1, pp. 41-61.

Martina SINISI, *L'attività* extra moenia *delle società miste: vincolo funzionale, nesso di controllo e «ambito territoriale ottimale»*, in *Foro Amm. TAR*, 2003, a. II, n. 4, pp. 2857-2869.

Giulio VESPERINI, *L'attività dell'azienda locale fuori dal territorio comunale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1996, a. II, n. 3, pp. 241-243.

VILLATA, Riccardo, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Giuffrè, Milano, 2008 (5° ed. dal 1999), cap. V, *Ancora sulle società miste e i servizi pubblici locali*, § 3, *Limiti territoriali per le società miste?*.

II. *Bibliografia straniera*.

1. *Bibliografia generale*.

Giuliano AMATO, Laraine L. LAUDATI, *The Anticompetitive Impact of Regulation*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2001.

Giuliano AMATO, Claus-Dieter EHLERMANN, Assimakis KOMNINOS (a cura di), *EC Competition Law: A Critical Assessment*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2007.

Marc AMSTUTZ, Gunther TEUBNER (a cura di), *Networks. Legal Issues of Multilateral Co-operation*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2009.

Pierre BAUBY, *L'européanisation des services publics*, Presses de Sciences Po, Paris, 2011.

John M. BRYSON, Barbara C. CROSBY, Laura BLOOMBERG, *Creating Public Value in Practice: Advancing the Common Good in a Multi-Sector, Shared-Power, No-One-Wholly-in-Charge World*, CRC Press, Boca Raton, London New York, 2015.

José Luis BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (Former article 90) of the EC Treaty*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

Sabino CASSESE (a cura di), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2016.

Paul CRAIG, *UK, EU and Global Administrative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

Daniel A. CRANE, Herbert HOVENKAMP (a cura di), *The Making of Competition Policy. Legal and Economic Sources*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

Marise CREMONA (a cura di), *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

Victoria CURZON PRICE, *1992: Europe's Last Chance? From Common Market to Single Market*, The Institute of Economic Affair, London, 1988, n. 81.

Josef DREXL, Wolfgang KERBER, Rupprecht PODSZUN (a cura di), *Competition Policy and the Economic Approach. Foundation and Limitations*, Edward Elgar, Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA), 2011.

John D. DONAHUE, Richard J. ZECKHAUSER, *Collaborative Governance: Private Roles for Public Goals in Turbulent Times*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2011.

Niamh DUNNE, *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

H. George FREDERICKSON, Kevin B. SMITH, Christopher W. LARIMER, Michael J. LICARI (a cura di), *The Public Administration Theory Primer*, Westview Press, Boulder (Colorado), 2012 (2° ed., 2003).

Alexander C. HENDERSON (a cura di), *Municipal Shared Services and Consolidation. A Public Solution Handbook*, Routledge, New York and London, 2015.

Doris HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Wolters Kluver, 2009 (3° ed., 1998).

Carol HARLOW, Richard RAWLINGS, *Administrative Law in Context: Restoring a Lost Connection*, in *Public Law*, 2014, a. XXXI, n. 1, pp. 28-42.

Jeremy K. KESSLER, *The Struggle for Administrative Legitimacy*, in *Harvard Law Review*, Jan. 2016, a. CXXIX, n. 3, pp. 718-773.

Markus KRAJEWSKI (a cura di), *Services of General Interest Beyond the Single Market. External and International Law Dimensions*, TMC Asser Press, The Hague (Netherlands), 2015.

Markus KRAJEWSKI, Ulla NEERGAARD, Johan Willem VAN DE GRONDEN (a cura di), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe: Between Competition and Solidarity*, TMC Asser Press, The Hague (Netherlands), 2009.

Jan-Erik LANE, *Public Administration and Public Management. The Principal–Agent Perspective*, Routeledge, New York, 2005.

Fred S. MCCHESNEY, William F. SHUGHART II, *The Causes and Consequences of Antitrust. The Public-Choice Perspective*, Chicago Univ. Press, 1995.

Mark H. MOORE, *Creating Public Value: Strategic Management in Government*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) and London, 1995.

B. Guy PETERS, Jon PIERRE (a cura di), *Handbook of Public Administration*, SAGE, London, Thousand Oaks, New Delhi, 2003.

Michael E. PORTER, *The Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance*, Free Press, New York, 1985.

Norbert REICH, Annette NORDHAUSEN SCHOLES, Jeremy SCHOLES (a cura di), *Understanding EU Internal Market Law*, Insersentia, Cambridge, 2015 (3° ed., 2003).

Javier ROBALINO, Jaime RODRIGUEZ-ARANA, *Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa*, Cameron May, Londra, 2010.

Wolf SAUTER, *Competition Law and Industrial Policy in the EU*, Clarendon Press, Oxford, 1997.

Wolf SAUTER, Harm SCHEPEL, *State and Market in European Union Law: The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

Wolf SAUTER, *Public Service in EU Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

Wolf SAUTER, *Coherence in EU Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

Alexandre SAYDÉ, *Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2014.

Erika SZYSZCZAK, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2007.

Erika SZYSZCZAK, Jim DAVIES, Mads ANDENÆS, Tarjei BEKKEDAL (a cura di), *Developments in Services of General Interest*, Springer, Berlin, 2011.

Erika SZYSZCZAK, Johan Willem VAN DE GRONDEN (a cura di), *Financing Services of General Economic Interest: Reform and Modernization*, TMC Asser Press, The Hague (Netherlands), 2013.

Ulla NEERGAARD, Erika SZYSZCZAK, Johan Willem VAN DE GRONDEN, Markus KRAJEWSKI (a cura di), *Social Services of General Interest in the EU*, TMC Asser Press, The Hague (Netherlands), 2013.

Lester G. TELSER, *A Theory of Efficient Cooperation and Competition*, Cambridge University Press, 1987.

Takis TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007 (2° ed., 2006).

Johan VAN DE GRONDEN, *The EU and WTO Law on Services: Limit to the Realisation of General Interest Policies within the Services Markets*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2009.

Mark D. WALTERS, *Public Law and Ordinary Legal Method: Revisiting Dicey's Approach to* Droit Administratif, in *University of Toronto Law Journal*, 2016, a. LXVI, n. 1, pp. 53-82 (*paper* presentato alla *Public Law Conference: Process and Substance in Public Law*, Faculty of Law, University of Cambridge, 15-17 September 2014).

Richard WHISH, David BAILEY, *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015 (8° ed.).

2. *Opere in tema di* public procurement.

Gian Luigi ALBANO, Caroline NICHOLAS (a cura di), *The Law and Economics of Framework Agreements. Designing Flexible Solutions for Public Procurement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

Sue ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Volume 1*, Sweet and Maxwell, 2014 (3° ed., 1997).

Sue ARROWSMITH, Robert D. ANDERSON (a cura di), *The WTO Regime on Government Procurement. Challenge and Reform*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

Sue ARROWSMITH, Arwel DAVIES, *Public Procurement: Global Revolution*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1998.

Sue ARROWSMITH, Peter KUNZLIK (a cura di), *Social and Environmental Policies in EU Procurement: New Directives and New Directions*, CUP, Cambridge, 2009.

Sue ARROWSMITH, John LINARELLI, Don WALLACE (a cura di), *Regulation Public Procurement – National and International Perspectives*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2000.

Sue ARROWSMITH, Martin TRYBUS (a cura di), *Public Procurement. The Continuing Revolution*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2003.

John David BAWDEN MITCHELL, *The Contracts of Public Authorities: A Comparative Study*, London School of Economics and Political Science, London, 1954.

Christopher BOVIS, *Public Procurement in the European Union*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2005.

Christopher BOVIS, *Business Law in the European Union*, Sweet & Maxwell, London, 1997.

Christopher BOVIS, *EC Public Procurement Law*, Longman, London, 1997.

Christopher BOVIS, *The Liberalisation of Public Procurement and Its Effects on the Common Market*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot, 1998.

Christopher BOVIS, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

Christopher BOVIS, *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012 (2° ed., 2007).

Christopher BOVIS, *Public-Private Partnerships in the European Union*, Routeledge, 2013.

Christopher BOVIS, *The Law of EU Public Procurement*, Oxford University Press, Oxford, 2015 (2° ed., 2006).

Christopher H. BOVIS (a cura di), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, Cheltenham Glos, 2016.

Christopher BRIGHT (a cura di), *Public Procurement Handbook*, Chancery Law Publishing, Chichester, 1994.

Antoinette CALLEJA, *Unleashing Social Justice Through EU Public Procurement*, Routledge, 2016.

Roberto CARANTA, Dacian C. DRAGOŞ (a cura di), *Outside the EU Procurement Directives – Inside the Treaty?*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2012.

Anne C.L. DAVIES, *The Public Law of Government Contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

Mario COMBA, Steen TREUMER (a cura di), *The In-House Providing in European Law*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2010.

Mario COMBA, Steen TREUMER (a cura di), *Award of Contracts in EU Procurement*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2013.

Jonathan DAVEY, James FALLE (a cura di), *The Government Procurement Review*, Law Business Research, London, 2013.

Enrique DÍAZ BRAVO, Aníbal RODRÍGUEZ LETELIER, *Contratos Administrativos en Chile. Principios y Bases*, Universidad Santo Tomás, Santiago de Chile, 2016.

José M. FERNANDEZ MARTÍN, *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

Philipp KIIVER, Jakub KODYM, *The Practice of Public Procurement: Tendering, Selection and Award*, Intersentia, Cambridge, 2014.

François LICHÈRE, Roberto CARANTA, Steen TREUMER (a cura di), *Modernising public procurement: the new directive*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2014.

Amy LUDLOW, *Privatising Public Prisons. Labour Law and the Public Procurement Process*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2015.

Ulla NEERGAARD, Catherine JACQUESON, Grith Skovgaard ØLYKKE (a cura di), *Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes. The XXVI FIDE Congress in Copenhagen 2014. Congress Publications Vol. 3*, DIØF Publishing, Copenhagen, 2014.

Grith Skovgaard ØLYKKE, Carina RISVIG HANSEN, Christina D. TVARNØ (a cura di), *EU Public Procurement – Modernisation, Growth and Innovation. Discussion on the 2011 proposals for Procurement Directives*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2012.

Gustavo PIGA, Tünde TÁTRAI (a cura di), *Public Procurement Policy*, Routledge, London, 2016.

Gustavo PIGA, Steen TREUMER (a cura di), *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Routledge, Londra, New York, 2013.

Carina RISVIG HANSEN, *Contract not Covered or not Fully Covered, by the Public Sector Directive*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2012.

Albert SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2015 (2° ed., 2011).

Abby SEMPLE, *A Pratical Guide to Public Procurement*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

Peter TREPTE, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

Peter TREPTE, *Public Procurement in the EU. A Practiotioner's Guide*, Oxford University Press, Oxford, 2007 (2° ed.).

Steen TREUMER, François LICHÈRE (a cura di), *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2011.

Takis TRIDIMAS, Paolisa NEBBIA (a cura di), *European Union law for the Twenty-first Century: Rethinking the New Legal Order*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2004, vol. 2, *Internal Market and Free Movement Community Policies*.

Martin TRYBUS, Roberto CARANTA, Gunilla EDESTAM (a cura di), *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Bruylant, Bruxelles, 2015.

Colin TURPIN, *Government Contracts*, Penguin, Harmondsworth, 1972.

Sara VALAGUZZA, *Sustainable Development in Public Contracts. An Example of Strategic Regulation*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016,

Stefan WEISHAAR, *Cartels, Competition and Public Procurement: Law and Economic Approaches to Bid Rigging*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham Glos, 2013.

Friedl WEISS, *Public Procurement in European Community Law*, The Athlone Press, London and Atlantic Highlands (NJ), 1993.

3. *Articoli in tema di* public procurement.

Robert D. ANDERSON, William E. KOVACIC, *Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, a. XVIII, n. 2, pp. 67-101.

Marta ANDRECKA, *Institutionalised Public-Private Partnership as a Mixed Contract under the Regime of the New Directive 2014/23/EU*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2014, a. IX, n. 3, pp. 174-186.

Sue ARROWSMITH, *Judicial Review and the Contractual Powers of Public Authorities*, in *The Law Quarterly Review*, 1990, a. CVI, n. 2, pp. 276-292.

Sue ARROWSMITH, *Public Procurement as an Instrument of Policy and the Impact of Market Liberalisation*, in *Law Quarterly Review*, 1995, a. CXI, n. 2, pp. 235-284.

Sue ARROWSMITH, *A Note on the Judgement in the Severn Trent Case*, in *Public Procurement Law Review*, 2001, a. X, n. 1, pp. NA34-NA40.

Sue ARROWSMITH, *The Entity Coverage of the EC Procurement Directives and UK Regulation: A Review*, in *Public Procurement Law Review*, 2004, a. XXIII, n. 3, pp. 59-86.

Sue ARROWSMITH, *The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: From Framework to Common Code?*, in *Public Contract Law Journal*, 2006, a. XXXV, n. 3, pp. 337-384.

Sue ARROWSMITH, *Horizontal Policies in Public Procurement: A Taxonomy*, in *Journal of Public Procurement*, 2010, a. X, n. 1, pp. 149-186.

Sue ARROWSMITH, *Modernising the EU's Public Procurement Regime: A Blueprint for Real Simplicity and Flexibility*, in *Public Procurement Law Review*, 2012, a. XXI, n. 3, pp. 71-82.

Sue ARROWSMITH, *The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies*, in Catherine

BARNARD, Marcus W. GEHRING, Iyiola SOLANKE (a cura di), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies. Volume 14, 2011-2012*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2012, Cap. I, pp. 1-48.

Sue ARROWSMITH, *Rethinking the Approach to Economic Justifications under the EU's Free Movement Rules*, in *Current Legal Problems*, 2015, a. LXVIII, n. 1, pp. 307-365.

Sue ARROWSMITH, *The Implications of Brexit for the Law on Public and Utilities Procurement*, *white paper* pubblicato *on line* sul sito www.achilles.com a luglio 2016.

Sue ARROWSMITH, *Public Procurement and Access to Justice: A legal and Empirical Study of the UK System*, in *Public Procurement Law Review*, 2016, a. XXV, n. 6, pp. 227-252.

Sue ARROWSMITH, *The Implications of Brexit for Public Procurement Law and Policy in the United Kingdom*, in *Public Procurement Law Review*, 2017, a. XXIV, n. 1, pp. 1-33.

Eleaor ASPEY, *The Search for the True Public Law Element: Judicial Review of Procurement Decisions*, in *Public Law*, January 2016, n. 1, pp. 35-53.

Annalisa ASCHIERI, *Italian Requests for Preliminary Rulings: A Difficult Dialogue between National Courts and the CJEU*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2015, a. X, n. 3, pp. 149-163.

Rosy ASHMORE, *Maintenance of an Automatic Suspension and the Relevance of the Not-For-Profit Status of a Tender:* Bristol Missing Link Limited v Bristol City Council, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 5, pp. NA161-NA167.

Rory ASHMORE, *Fresh Hope for a Fresh Award but Realism Must Prevail: High Court Upholds Automatic Suspension on Contract-Making in a Public Procurement Action but Finds no Illegal Award or Material Variation: R (Edenred (UK Group) Limited) v HM Treasury and others*, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 3, pp. NA88-NA93.

Rory ASHMORE, *The Supreme Court's Ruling in* Edenred *on the Issue of Material Variation of a Concluded Contract under EU Law*, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 6, pp. NA202-NA207.

Jean-Bernard AUBY, *Comparative Approaches to the Rise of Contract in the Public Sphere*, in *Public Law*, 2007, a. XXII, n. 1, pp. 40-57.

Norayr BADASYAN, Hans Wilhelm ALFEN, *The Public Infrastructure Provision Toolbox within the Framework of the New Institutional Economics*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2015, a. X, n. 2, pp. 72-82.

Philippe BANCE, *Opening up Public Services to Competition by Putting them out to Tender*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 2003, a. LXXIV, n. 1, pp. 33-61.

Robin BARTON, *Social Service of General Interest: The Case for Greater Harmonisation of the Competition and Public Procurement Rules*, in *European Law Review*, 2012, a. XXXVII, n. 5, pp. 584-604.

S. H. BAYLEY, *Reflections on Standing for Judicial Review in Procurement Cases*, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 4, pp. 122-132.

Michel BAZEX, *Le droit public de la concurrence*, in *Revue Francaise de Droit Administratif*, 1998, a. XIV, n. 4, pp. 781-800.

Miguel Ángel BERNAL BLAY, *The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2014, a. IX, n. 1, pp. 3-11.

Andrea BIONDI, *Justifying State Aid: The Financing of Service of General Economic Interest*, in Takis TRIDIMAS, Paolisa NEBBIA (a cura di), *European Union law for the Twenty-first Century: Rethinking the New Legal Order*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2004, vol. 2, *Internal Market and Free Movement Community Policies*, Cap. XV, pp. 259-272.

Piotr BOGDANOWICZ, *Cross-border Interest and Concession Contracts: A Critical Approach*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2015, a. X, n. 2, pp. 83-91.

Piotr BOGDANOWICZ, *(Still) Qualitative Approach to a Cross-Border Interest and Application of European Union Law to Concessions? Some Remarks on C-388/12* Comune di Ancona *Judgement*, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 1, pp. NA22-NA27.

Piotr BOGDANOWICZ, *The Application of the Principle of Proportionality to Modification of Public Contracts*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2016, a. XI, n. 3, pp. 194-204.

Christopher BOVIS, *The Regulation of Public Procurement as a Key Element of European Economic Law*, in *European Law Journal*, 1998, a IV, n. 2, pp. 220-242.

Christopher BOVIS, Case C-44/96, *Mannesmann Anlangenbau Austria AG et al.* v. *Strohal Rotationsdruck GesmbH*. Judgment of 15 January 1998, [1998] ECR I0073, in *Common Market Law Review*, 1999, a. XXXVI, n. 1, pp. 205-225.

Christopher BOVIS, *Recent Case Law Relating to Public Procurement: A Beacon for the Integration of Public Markets*, in *Common Market Law Review*, 2002, a. XXXIX, n. 5, pp. 1025-1056.

Christopher BOVIS, *Public Procurement, State Aid and Public Services: between Symbiotic Correlation and Asymmetric Geometry*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2003, a. III, n. 4, pp. 553-567.

Christopher BOVIS, *Financing Services of General Interest in the EU: How do Public Procurement and State Aid Interact to Demarcate between Market Forces and Protection?*, in *European Law Journal*, 2005, a. XI, n. 1, pp. 79-109.

Christopher BOVIS, *Public Procurement and the Internal Market of the 21st Century: Economic Exercise versus Policy Choice*, in Takis TRIDIMAS, Paolisa NEBBIA (a cura di), *European Union law for the Twenty-first Century: Rethinking the New Legal Order*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2004, vol. 2, *Internal Market and Free Movement Community Policies*, Cap. XVII, pp. 291-310.

Christopher BOVIS, *Public-Private Partnership in the 21st Century*, in *ERA Forum*, 2010, a. XI, n. 3, pp. 379-398.

Christopher BOVIS, *Public Procurement, Public-Private Partnerships and Public Services in the EU*, in *European Public Private Partnership Law Review*, 2010, a. V, n. 2, pp. 85-96.

Christopher BOVIS, *The State, Competition and Public Services*, in Patrick BIRKINSHAW, Mike VARNEY (a cura di), *The European Union Legal Order After Lisbon*, Kluver, The Hague, 2010, Cap. VII, pp. 137-153.

Christopher BOVIS, *Public Procurement in the EU: Jurisprudence and Conceptual Directions*, in *Common Market Law Review*, 2012, a. 49, n. 1, pp. 247-289.

Christopher BOVIS, *Regulatory Trends in Public Procurement at the EU Level*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2012, a. VII, n. 4, pp. 221-227.

Christopher BOVIS, *Public Service Partnership as Instruments of Public Sector Management in the European Union*, in *Columbia Journal European Law*, 2011-2012, a. XVIII, n. 3, pp. 473-518.

Christopher BOVIS, *Future Directions in Public Service Partnerships in the EU*, in *European Business Law Review*, 2013, a. XXIV, n. 1, pp. 1-35.

Christopher BOVIS, *The Challenges of Public Procurement Reform in the Single Market of the European Union*, in *ERA Forum*, 2013, a. XIV, n. 1, pp. 35-57.

Christopher BOVIS, *Building Social Value in Public Procurement*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2015, a. X, n. 4, pp. 227-230 (editorial).

Christopher BOVIS, *Public Procurement and State Aid*, in Herwig C. H. HOFMANN, Claire MICHEAU (a cura di), *State Aid Law of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2016, Parte II, Cap. VI, pp. 169-186.

Christopher BOVIS, *The Principles of Public Procurement Regulation*, in Christopher BOVIS (a cura di), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2016, Cap. I, pp. 35-59.

Christopher BOVIS, *Public Contract in Public Procurement*, in Christopher BOVIS (a cura di), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2016, Cap. III, pp. 89-118.

Christopher BOVIS, *Judicial Activism and Public Procurement*, in Christopher BOVIS (a cura di), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*,

Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2016, Cap. XI, pp. 325-351.

Sophie BOYRON, Anne C. L. DAVIES, *Accountability and Public Contracts*, in Rozen NOGUELLOU, Ulrich STELKENS (a cura di), *Droit comparé des Contrats Publics*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 209-230.

Adrian BROWN, *Seeing Through Transparency: The Requirement to Advertise Public Contracts and Concessions under the EC Treaty*, in *Public Procurement Law Review*, 2007, a. XVI, n. 1, pp. 1-21.

Adrian BROWN, *Helmut Muller GmbH v Bundersanstalt fur Immobilienaufgabe (C-451/08): Clarification on the Application of the EU Procurement Rules to Land Sales and Development Agreements*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, a. XIX, n. 4, pp. NA125-NA130.

Adrian BROWN, *Application of EU Treaty Obligation of Transparency to an Exclusive National Licence for Internet Games of Chance: Sporting Exchange Ltd, trading ad Betfair v Minister van Justitie (C-203/08)*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, a. XIX, n. 6, pp. NA221-NA224.

Adrian BROWN, *The Court of Justice Rules That a Series of Contracts for Architectural Service Constitued a Single Procurement for the Purpose of the Financial Thresholds of Directive 2004/18:* Commission v Germany *(C-572/10)*, in *Public Procurement Law Review*, 2012, a. XXI, n. 4, pp. NA160-NA164.

Adrian BROWN, *The Application of EU Treaty Principles to the Grant of a Service Concession for the Use of Publicly-Owned Cable Networks in Belgium: Case C-221/12* Belgacom, in *Public Procurement Law Review*, 2014, a. XXIII, n. 2, pp. NA46-NA50.

Adrian BROWN, *When Will Publication of a Voluntary Ex Ante Transparency Notice Provide Protection Against the Remedy of Contract Ineffectiveness? Case C-19/13* Ministero dell'Interno v Fastweb SpA, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 1, pp. NA10-NA16.

Adrian BROWN, *The Permissibility of Excluding an Economic Operator from a Tendering Procedure on the Ground that It Has Previously Committed an Infringement of Competition Law: Case C-470/13* Generali-Providencia Biztosító Zrt v Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntobizottság, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 3, pp. NA51-NA60.

Martin Burgi, *Can Secondary Considerations in Procurement Contracts Be a tool for Increasing Innovative Solutions?*, in Grith Skovgaard ØLYKKE, Carina RISVIG HANSEN, Christina D. TVARNØ (a cura di), *EU Public Procurement – Modernisation, Growth and Innovation. Discussion on the 2011 proposals for Procurement Directives*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2012, Cap. XII, pp. 275-290.

Michael BURNETT, *The New European Directive on the Award of Concession Contracts – Promoting Value for Money in PPP Contracts?*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2014, a. IX, n. 2, pp. 86-103.

Roberto CARANTA, *Transparence et concurrence*, in Rozen NOGUELLOU, Ulrich STELKENS (a cura di), *Droit comparé des Contrats Publics*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 145-172.

Roberto CARANTA, *The Borders of EU Public Procurement Law*, in Roberto CARANTA, Dacian C. DRAGOȘ (a cura di), *Outside the EU Procurement Directives – Inside the Treaty?*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2012, Cap. I, pp. 25-60.

Roberto CARANTA, *Sustainable Procurement*, in Martin TRYBUS, Roberto CARANTA, Gunilla EDESTAM (a cura di), *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Bruylant, Bruxelles, 2015, Cap. VI, pp. 165-190.

Roberto CARANTA, *The Changes to the Public Contract Directives and The Story They Tell About How EU Law Works*, in *Common Market Law Review*, 2015, a. LII, n. 2, pp. 391-459.

Hilde CAROLI CASAVOLA, *Global Rules for Public Procurement*, in Rozen NOGUELLOU, Ulrich STELKENS (a cura di), *Droit comparé des Contrats Publics*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 27-61.

Charles M. CLARKE, *CJEU Holds Against the Direct Awarding of Concession Contracts That Have a Potential Cross-Border Interest. Annotation on the Judgement of the Court of Justice (4th Chamber) of 14 November 2013 in Case C-388/12*, Comune di Ancona, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2014, a. IX, n. 3, pp. 258-263.

Charles M. CLARKE, *An Overview of the CJEU's Current Approach Towards the Application of the Underlying Treaty Principles Governing Concessions. Does the New Concessions Directive Reflect the Court's Progressive Functional Methodology and Provide for Legal Certainty*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2015, a. X, n. 4, pp. 273-285.

Mario E. COMBA, *Variations in the Scope of the New EU Public Procurement Directives of 2014: Efficiency in Public Spending and a Major Role of the Approximation of Laws*, in François LICHÈRE, Roberto CARANTA, Steen TREUMER (a cura di), *Modernising Public Procurement. The New Directive*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 29-49.

Paul CRAIG, *Specific Powers of Public Contractors*, in Rozen NOGUELLOU, Ulrich STELKENS (a cura di), *Droit comparé des Contrats Publics*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 173-198.

Paul CRAIG, Martin TRYBUS, *England and Wales*, in Rozen NOGUELLOU, Ulrich STELKENS (a cura di), *Droit comparé des Contrats Publics*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 125-141.

Anne C.L. DAVIES, *Public Law and Privatisation*, in Mark ELLIOTT, David FELDMAN, *The Cambridge Companion to Public Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, Cap. IX, pp. 172-192.

Omer DEKEL, *Improving Public Procurement Efficiency – Applying a Compliance Criterion*, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 3, pp. NA63-NA77.

Martin DISCHENDORFER, *Service Concessions under the E.C. Procurement Directives: A Note on the* Telaustria Case, in *Public Procurement Law Review*, 2001, a. X, n. 2, pp. NA57-NA63.

Berend Jan DRIJBER, Hélène STERGIOU, *Public procurement law and internal market law*, in *Common Market Law Review*, 2009, a. ILVI, n. 3, pp. 805-846.

Pavlos ELEFTHERIADIS, *Planning agreement as public contracts under the EU Procurement Rules*, in *Public Procurement Law Review*, 2011, a. XX, n. 2, pp. 43-55.

Andreas ESTRUP IPPOLITO, *Government to Government Contracts in EU Defence Procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 2014, a. XXIII, n. 6, pp. 249-265.

Martin FARLEY, Nicolas POURBAIX, *The EU Concessions Directive: Building (Toll) Bridges between Competition Law and Public Procurement?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, a. VI, n. 1, pp. 15-25.

Marc FRILET, Florent LAGER, *Public Procurement Issues in the European Union*, in *European Business Law Review*, 2010, a. XXI, n. 3, pp. 399-412.

Paul Andrew GEROSKI, *Procurement policy as a tool of industrial policy*, in *International Review of Applied Economics*, 1990, a. IV, n. 2, pp. 182-197.

Andrea GIDEON, Albert SANCHEZ-GRAELLS, *When Are Universities Bound by EU Procurement Rules as Buyers and Providers? – English Universities as a Case Study*, in *Ius Publicum*, 2015, a. IV, n. 1, pp. 58, pubblicato *on line* sul sito www.ius-publicum.com.

Ian HARDEN, *Defining the Range of Application of the Public Sector Procurement Directives in the United Kingdom*, in *Public Procurement Law Review*, 1992, a. I, n. 5, pp. 362-375.

Carol HARLOW, Richard RAWLINGS, *Process and Procedure in EU Administration*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2014, Cap. V, *The Pathways Model and Steering: Public Procurement*, pp. 142-169.

Paul HENTY, *Carbotermo SpA, and Consorzio Alisei v Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA, Identity crisis: When is a Subsidiary part of a Contracting Authority?*, in *Public Procurement Law Review*, 2006, a. XV, n. 5, pp. NA150-NA154.

Paul HENTY, *Implementation of the EU Public Procurement Directives in the UK: The Public Contracts Regulation 2015*, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 3, pp. NA74-NA80.

Ignacio HERRERA ANCHUSTEGUI, *EFTA Court Case E-24/13* Casino Admiral AG v Wolfgang Egger*: The Obligation of Trasparency and*

Consequences of its Breach Awarding Service Concessions, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 1, pp. NA1-NA9.

Chris JANSEN, *Allocation of Limited Rights from a European Public Procurement Law Perspective*, in Paul Adriaanse, Frank VAN OMMEREN, Willemien DEN OUDEN, Johan WOLSWINKEL (a cura di), *Scarsity and the State*, Intersentia, Cambridge, 2016, vol. I, *The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Cap. X, pp. 239-275.

Peter KUNZLIK, *Neoliberalism and the European Public Procurement Regime*, in Catherine BARNARD, Albertina ALBORS-LLORENS, Marcus GEHRING, Robert SCHÜTZE (a cura di), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies. Volume 15, 2012-2013*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013, Cap. XI, pp. 283-356.

Annamaria LA CHIMIA, *International Steps to Untie Aid: The DAC/OECD Recommendation on Untying Official Development Assistance to the Least Developed Countries*, in *Public Procurement Law Review*, 2004, a. XIII, n. 1, pp. 1-29.

Annamaria LA CHIMIA, *Conquering the Last Frontier of Protectionism: The Legality of Tied Aid under the EC Treaty Internal Market Rules*, in *European Law Review*, 2007, a. XXXII, n. 4, pp. 513-534.

Annamaria LA CHIMIA, *Addressing Tied Aid: Towards a More Development-Oriented WTO?*, in *Journal of International Economic Law*, 2009, a. XII, n. 3, pp. 707-747.

Amy LUDLOW, *The Public Procurement Rules in Action: An Empirical Exploration of Social Impact and Ideology*, in Albertina ALBORS-LLORENS, Kenneth A. ARMSTRONG, Markus W. GEHRING (a cura di), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies. Volume 16, 2013-2014*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2014, Cap. II, pp. 13-37.

Elisabetta MANUNZA, Wouter Jan BERENDS, *Social Services of General Interest and the EU Public Procurement Rules*, in Ulla NEERGAARD, Erika SZYSZCZAK, Johan Willem VAN DE GRONDEN, Markus KRAJEWSKI (a cura di), *Social Services of General Interest in the EU*, TMC Asser Press, The Hague (Netherlands), 2013, Cap. XIV, pp. 347-384.

Alberto MASSERA, *Italy*, in Rozen NOGUELLOU, Ulrich STELKENS (a cura di), *Droit comparé des Contrats Publics*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 715-739.

Patrick MCGOVERN, *The New Public Sector and Utilities Remedies Regulations 2015 in Ireland Reversing the Judicial Decision in the OCS Case*, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 5, pp. NA159-NA160.

Catriona MUNRO, *Competition Law and Public Procurement: Two Sides of the Same Coin*, in *Public Procurement Law Review*, 2006, a. XV, n. 6, pp. 352-361.

Ulla NEERGAARD, *Public Service Concessions and Related Concepts–the Increased Pressure from Community Law on Member States' Use of*

Concessions, in *Public Procurement Law Review*, 2007, a. XVI, n. 6, pp. 387-409.

Phedon NICOLAIDES, Ioana Eleonora RUSU, *Competitive Selection of Undertakings and State Aid: Why and When Does It not Eliminate Advantage?*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2012, a. VII, n. 1, pp. 5-29.

Phedon NICOLAIDES, Sarah SCHIENMAEKERS, *Public Procurement, Public Private Partnerships and State Aid Rules: A Symbiotic Relationship*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2014, a. IX, n. 1, pp. 50-69.

Rozen NOGUELLOU, *Scope and Coverage of the EU Procurement Directives*, in Martin TRYBUS, Roberto CARANTA, Gunilla EDESTAM (a cura di), *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Bruylant, Bruxelles, 2015, Cap. I, pp. 15-36.

Rozen NOGUELLOU, Ulrich STELKENS (a cura di), *Introduction*, in Rozen NOGUELLOU, Ulrich STELKENS (a cura di), *Droit comparé des Contrats Publics*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 1-24.

Peter OLIVER, *Competition and Free Movement: Their Place in the Treaty*, in Paolisa NEBBIA (a cura di), *European Union law for the Twenty-first Century: Rethinking the New Legal Order*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2004, vol. 2, *Internal Market and Free Movement Community Policies*, Cap. X, pp. 159-175.

Grith Skovgaard ØLYKKE, *How Does the Court of Justice of the European Union Pursue Competition Concerns in a Public Procurement Context?*, in *Public Procurement Law Review*, 2011, a. XVI, n. 6, pp. 179-192.

Grith Skovgaard ØLYKKE, *How Should the Relation between Public Procurement Law and Competition Law Be Addressed in the New Directive?*, in Grith Skovgaard ØLYKKE, Carina RISVIG HANSEN, Christina D. TVARNØ (a cura di), *EU Public Procurement – Modernisation, Growth and Innovation. Discussion on the 2011 proposals for Procurement Directives*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2012, Cap. II, pp. 57-84.

Grith Skovgaard ØLYKKE, *Is the Granting of Special and Exclusive Rights, Subject to the Principles Applicabile to the Award of Concessions? Recent Developments in Case Law and Their Implications for One of the Last Sanctuaries fFor Protectionism*, in *Public Procurement Law Review*, 2014, a. XXIII, n. 1, pp. 1-20.

Grith Skovgaard ØLYKKE, *Commission Notice on the Notion of State Aid As Referred to in Article 107(1) TFEU – Is the Conduct of a Public Procurement Procedure Sufficient to Eliminate the Risk of Granting State Aid?*, in *Public Procurement Law Review*, 2016, a. XXV, n. 5, pp. 197-212.

Andrzej PANASIUK, Łukasz JAROCKI, *Facing Contemporary Challenges – In Search of Instruments Enabling the Transformation of the Public*

Administration Sector, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2015, a. X, n. 3, pp. 140-148.

Cesar PEREIRA, *Application of the CISG to International Government Procurement of Goods*, in *Public Procurement Law Review*, 2016, a. XXV, n. 1, pp. 20-32.

Carina RISVIG HANSEN, *Treaty Requirements for Contracts 'Outside' the Procurement Directives*, in Martin TRYBUS, Roberto CARANTA, Gunilla EDESTAM (a cura di), *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Bruylant, Bruxelles, 2015, Cap. VIII, pp. 191-219.

Jaime RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, *The Principles of the Global Law of Public Procurement*, in *Dir. Pubb. Comp. Eur.*, 2016, a. XIX, n. 2, pp. 509-530.

Albert SANCHEZ GRAELLS, *What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance?*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2012, a. VII, n. 2, pp. 94-104.

Albert SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and State Aid: Reopening the Debate?*, in *Public Procurement Law Review*, 2012, a. XXI, n. 6, pp. 205-212.

Albert SANCHEZ GRAELLS, *Are the Procurement Rules a Barrier for Cross-border Trade within the European Market? A view on proposal to lower that barrier and spur growth*, in Grith Skovgaard ØLYKKE, Carina RISVIG HANSEN, Christina D. TVARNØ (a cura di), *EU Public Procurement – Modernisation, Growth and Innovation. Discussion on the 2011 proposals for Procurement Directives*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2012, Cap. IV, pp. 107-133.

Albert SANCHEZ GRAELLS, *The Continuing Relevance of the General Principles of EU Public Procurement Law After the Adoption of the 2014 Concession Directive*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2015, a. X, n. 3, pp. 130-139.

Albert SANCHEZ GRAELLS, *Review of* Wolf Sauter, Public service in EU law, Cambridge, 2015, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2015, a. XLII, n. 3, pp. 317-320.

Albert SANCHEZ-GRAELLS, *A Deformed Principle of Competition? – The Subjective Drafting of Article 18(1) of Directive 2014/24*, in Grith Skovgaard ØLYKKE, Albert SANCHEZ GRAELLS (a cura di), *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules in 2014* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 80-100.

Albert SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and Competition: Some Challenges Arising from Recent Developments in EU Public Procurement Law*, in Christopher BOVIS (a cura di), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2016, Cap. XIV, pp. 423-451.

Albert SANCHEZ GRAELLS, Pedro TELLES, *Commentary to the Public Contracts Regulations 2015*, 2016, pubblicato *on line* sul sito www.pcr2015.uk.

Stephan W. SCHILL, *Contracting with Foreigners: International Investement Law Implications*, in Rozen NOGUELLOU, Ulrich STELKENS (a cura di), *Droit comparé des Contrats Publics*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 63-79.

Stephan W. SCHILL, *Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contract in Globalization*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 2014, a. LXIV, n. 1, pp. 1-33.

Sidney A. SHAPIRO, *Outsourcing Government Regulation*, in *Duke Law Journal*, 2003, a. LIII, n. 2, pp. 389-434.

Susie SMITH, Impresa Pizzarotti v Comune di Bari *(Case C-213/13): Is a contract for the Leasing of a Building which has no yet been Built a Works Contract, and must a National Court Revisit a Ruling which has led to a Situation which is Incompatible with Eu Procurement Legislation?*, in *Public Procurement Law Review*, 2014, a. XXIII, n. 6, pp. NA171-NA175.

Susie SMITH, Comune di Ancona v Regione Marche *(C-388/12). EU Funded Project: When Do Changes Amount to a "Substantial Modification" under the European Regional Development Fund Rule? Consideration of the Requirement for a Competition for the Award of a Concession Contract in the Context of EU Funded Projects*, in *Public Procurement Law Review*, 2014, a. XXIII, n. 2, pp. NA35-NA38.

Susie SMITH, Cartiera dell'Adda SpA v CEM Ambiente SpA *C-42/13: Failure by an Economic Operator to Supply Evidence that the Grounds for Exclusion do not Exist and the Requirement on Contracting Authorities Strictly to Comply with the Rules which they Set for the Conduct of a Tender*, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 2, pp. NA33-NA36.

Susie SMITH, *Case: C-203/14* Consorci Sanitari del Maresme*: Definition of "Court or Tribunal" under Art. 267 TFEU and Exclusion of Public Authorities as Tenderer*, in *Public Procurement Law Review*, 2016, a. XXV, n. 1, pp. NA1-NA4.

Domenico SORACE, Andrea TORRICELLI, *Monitoring and Guidance in the Administration of Public Contracts*, in Rozen NOGUELLOU, Ulrich STELKENS (a cura di), *Droit comparé des Contrats Publics*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 199-208.

Pablo T. SPILLER, *An Institutional Theory of Public Contracts: Regulatory Implications*, in Claude MÉNARD and Michel GHERTMAN (a cura di), *Regulation, Deregulation & Reregulation*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2009, Cap. III, pp. 45-66.

Matias SYLVAN, *Do EU Rules on Public Procurement Apply to Tax-Funded Welfare Service?*, in *Public Procurement Law Review*, 2014, a. XXV, n. 6, pp. 253-272.

Erika SZYSZCAK, *State Intervention and the Internal Market*, in Takis TRIDIMAS, Paolisa NEBBIA (a cura di), *European Union law for the Twenty-first Century: Rethinking the New Legal Order*, Hart Publishing,

Oxford and Portland (Oregon), 2004, vol. 2, *Internal Market and Free Movement Community Policies*, Cap. XIII, pp. 217-238.

Erika SZYSZCAK, *Distortion of Competition and Effect on Trade between EU Member State*, in Herwig C. H. HOFMANN, Claire MICHEAU (a cura di), *State Aid Law of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2016, Parte II, Cap. V, pp. 151-160.

Steven TADELIS, Pat BAJARI, *Incentives versus Transactions Costs: A Theory of Procurement Contracts*, in *Rand Journal of Economics*, 2001, a. XXXII, n. 3, pp. 387-407.

Steven TADELIS, *Complexity, flexibility and the make or buy decision*, in *American Economic Review Papers and Proceedings*, 2002, a. XCII, n. 2, pp. 433-437.

Steven TADELIS, *The Innovative Organization: Creating Value through Outsourcing*, in *California Management Review*, 2007, a. L, n. 1, pp. 261-277.

Steven TADELIS, *Incentives and Transaction Costs in Public Procurement*, in Claude Ménard and Michel Ghertman (Eds.), *Regulation, Deregulation & Reregulation*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2009, Cap. IV, pp. 67-81.

Steven TADELIS, *Public Procurement Design: Lessons from the Private Sector*, in *International Journal of Industrial Organization*, 2012, a. XXX, n. 3, pp. 297-302.

Pedro TELLES, *Thre Good, the Bad, and the Ugly: The EU's Internal Market, Public Procurement Thresholds, and Cross-Border Interest*, in *Public Contract Law Journal*, 2013, a. ILIII, n. 1, pp. 3-27.

Pedro TELLES, *Public Procurement Financial Thresholds in the EU and their Relationship with the GPA*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2016, a. XI, n. 3, pp. 205-219.

Christopher THOMAS, *Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, a. VI, n. 9, pp. 629-638.

Simone TORRICELLI, *Les limites à l'activité conctractuelle de l'administration publique*, in Rozen NOGUELLOU, Ulrich STELKENS (a cura di), *Droit comparé des Contrats Publics*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 125-141.

Simone TORRICELLI, *Utilities Procurement*, in Martin TRYBUS, Roberto CARANTA, Gunilla EDESTAM (a cura di), *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Bruylant, Bruxelles, 2015, Cap. IX, pp. 191-219.

Peter-Armin TREPTE, *Public Procurement and the Community Competition Rules*, in *Public Procurement Law Review*, 1993, a. II, n. 2, pp. 93-114.

Peter TREPTE, *The Contracting Authority as Purchaser and Regulator: Should the Procurement Rules Regulate What We Buy?*, in Grith Skovgaard ØLYKKE, Carina RISVIG HANSEN, Christina D. TVARNØ (a cura di), *EU Public Procurement – Modernisation, Growth and Innovation.*

Discussion on the 2011 proposals for Procurement Directives, DJØF Publishing, Copenhagen, 2012, Cap. III, pp. 85-105.

Steen TREUMER, *The Discretionary Powers of Contracting Entities–Towards a Flexible Approach in the Recent Case Law of the Court of Justice?*, in *Public Procurement Law Review*, 2006, a. XV, n. 3, pp. 71-85.

Steen TREUMER, *Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive*, in François LICHÈRE, Roberto CARANTA, Steen TREUMER (a cura di), *Modernising Public Procurement. The New Directive*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 9-27.

Martin TRYBUS, *Public Contracts in European Union Internal Market Law: Foundations and Requirements*, in Rozen NOGUELLOU, Ulrich STELKENS (a cura di), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law On Public Contracts*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 81-121.

Andrea USAI, *Caught between the Public Procurement Principles and the 'Public Procurement Function' of Directive 2006/123/EC. Still a 'Grey Zone' in Search for Legal Certainty*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2014, a. IX, n. 4, pp. 228-239.

Christopher R. YUKINS, Jose A. CORA, *Feature Comment: Considering the Effects of Public Procurement Regulations on Competitive Markets*, in *Government Contractor*, 2013, a. LV, n. 9, pp. 1-6.

Christopher R. YUKINS, Michael. BOWSHER, *Brexit and the Trump Election: Finding a Way Forward for Transnational Procurement*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2016, a. XI, n. 4, pp. 258-262.

Stephen WEATHERILL, *Why Harmonise*, in Takis TRIDIMAS, Paolisa NEBBIA (a cura di), *European Union law for the Twenty-first Century: Rethinking the New Legal Order*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2004, vol. 2, *Internal Market and Free Movement Community Policies*, Cap. II, pp. 11-32.

Rhodri WILLIAMS, *The Commission's Explanatory Notes*, in *Public Procurement Law Review*, 2006, a. XV, n. 4, pp. NA 109-118.

Rhodri WILLIAMS, *Contracts Awarded Outside the Scope of the Public Procurement Directives*, in *Public Procurement Law Review*, 2007, a. XVI, n. 1, pp. NA 1-10.

Johan WOLSWINKEL, *From Public Contracts to Limited Authorisations and Vice Versa: Exploring General Award Requirement from the EU Court's Corollary Approach*, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 5, pp. 137-163.

4. *Opere e documenti in tema di cooperazione intermunicipale*.

Consiglio di Europa, *Intermunicipal co-operation. Manual of the European Commitee on Local and Regional Democracy (CDLR)*, 2008.

Consiglio di Europa, *Good Practices in Intermunicipal Co-operation in Europe. Report of the European Commitee on Local and Regional Democracy (CDLR)*, 2007.

Filipe TELES, *Local Governance and Inter-Municipal Cooperation*, Palgrave Macmillan, 2016.

Paola GARRONE, Riccardo MARZANO, *Why Do Local Governments Resist Contracting Out?*, in *Urban Affairs Review*, September 2015, a. 51, n. 5, pp. 616-648.

Michael R. HATTERY, *Service-Level Consolidation and Sharing Arrangements*, in Alexander C. HENDERSON (a cura di), *Municipal Shared Services and Consolidation. A Public Solution Handbook*, Routledge, New York and London, 2015, Cap. IV, pp. 59-75.

Christopher V. HAWKINS, *Local Government Joint Ventures: Cooperation and Competition for Economic Development*, Florida State University, School of Social Sciences, Dissertation, 2007.

Christopher V. HAWKINS, *Competition and Cooperation: Local Government Joint Ventures for Economic Development*, in *Journal of Urban Affairs*, 2010, a. XXXII, n. 2, pp. 253-275.

Amir HEFETZ, Mildred E. WARNER, *Contracting or Public Delivery? The Importance of Service, Market, and Management Characteristics*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2012, a. 22, n. 2, pp. 289-317.

Beth Walter HONADLE, *Alternative Service Delivery Strategies and Improvement of Local Government Productivity*, in *Public Productivity Review*, Winter 1984, a. 8, n. 4, pp. 301-313 (numero *Strategic Public Management and Productivity Improvement: A Symposium*).

Rudie HULST, André VAN MONTFORT, *Inter-Municipal Cooperation in Europe*, Springer, Dordrecht, 2007.

Denis JOBIN, *A Transaction Cost-Based Approach to Parternship Performance Evaluation*, in *Evaluation*, 2008, a. XIV, n. 4, pp. 437-465

Gérard MARCOU, François RANGEON, Jean-Louis THIÉBAULT (a cura di), *La cooperation contractuelle et le gouvernement des villes*, L'Harmattan, Paris, 1997.

Mildred E. WARNER, *Competition or Cooperation in Urban Service Delivery?*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, December 2011, a. 82, n. 4, pp. 421-435.

5. *Opere, saggi in opere collettanee e documenti in tema di cooperazione pubblico-pubblico e di organizzazione* in house.

Sue ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: regulation in the EU and UK*, Sweet and Maxwell, London, 2014, Vol. 1 (3° ed., 1996), Chap. VI, *The Public Sector Rules: Which Contract are Covered?*, Sect. 9. *Exemptions and Limitation for In House Procurement and "Public-Public" Arrangements (Agreement to Acquire Supplies, Works or Service Using the Entity's Own Resources or from Another Public Body)*, § 3, *Co-operation In a Public Task (the Hamburg Doctrine)*, pp. 521-530.

Christopher H. BOVIS, *The Law of EU Public Procurement*, 2015, Cap. VII, *Contracting Authorities in Public Procurement Regulation*, § 3, *The In-House Procurement*, § 7.147-7.152, pp. 368-370.

Christopher H. BOVIS, *Public-Private Partnerships in the European Union*, Routledge, New York, 2014, Cap. VII, *The Public-Public Partnership*, pp. 133-143.

Christopher H. BOVIS, *Public Service Partnerships*, in Christopher H. BOVIS (a cura di), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, Cheltenham Glos, 2016, Cap. XVIII, § VIII, *Public-Public Cooperation in Delivering Public Services*, pp. 579-591.

Martin BURGI, *"In-House" Providing in Germany*, in Mario COMBA, Steen TREUMER (a cura di), *The In-House Providing in European Law*, DJØF Publishing, Copehangen, 2010, pp. 71-93.

Martin BURGI, *Contracting Authorities, In-House Services and Public Authorities Cooperation*, in François LICHÈRE, Roberto CARANTA, Steen TREUMER (a cura di), *Modernising Public Procurement. The New Directive*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 49-66.

Roberto CARANTA, *The In-House Providing: The Law as It Stands in the EU*, in Mario COMBA, Steen TREUMER (a cura di), *The In-House Providing in European Law*, DIØF Publishing, Copenhagen, 2010, pp. 13-52.

Roberto CARANTA, *General Report*, in Ulla NEERGAARD, Catherine JACQUESON, Grith Skovgaard ØLYKKE (a cura di), *Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes. The XXVI FIDE Congress in Copenhagen 2014. Congress Publications Vol. 3*, DIØF Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 79-175.

Dario CASALINI, *Beyond EU Law: The New "Public House"*, in Grith Skovgaard ØLYKKE, Carina RISVIG HANSEN, Christina D. TVARNØ (a cura di), *EU Public Procurement – Modernisation, Growth and Innovation. Discussion on the 2011 proposals for Procurement Directives*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2012, Cap. VI, pp. 151-178.

Fabrizio CASSELLA, *In-House Providing – European Regulation vs. National System*, in Mario COMBA, Steen TREUMER (a cura di), *The In-House Providing in European Law*, DIØF Publishing, Copenhagen, 2010, pp. 53-69.

Mario COMBA, *In-House Providing in Italy: The Circulation of a Model*, in Mario COMBA, Steen TREUMER (a cura di), *The In-House Providing in European Law*, DIØF Publishing, Copenhagen, 2010, pp. 95-117.

Walter FRENZ, Philipp SCHLEISSING, *The Never Ending Story of 'In-house' Procurement*, in Ulla NEERGAARD, *Service of General Economic Interest: The nature of the Beast*, in Markus KRAJEWSKI, Ulla NEERGAARD, Johan Willem VAN DE GRONDEN (a cura di), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe: Between Competition and Solidarity*, TMC Asser Press, The Hague (Netherlands), 2009, Cap. IX, pp. 171-187.

Willem JANSSEN, *Public Procurement Law and In-house Delivery of Public Services: Improving a Paradox*, in Adam MCCANN, A.E. VAN ROOIJ, A. HALLO DE WOLF, A.R. NEERHOF (eds.), *When Private Actors Contribute to Public Interests: A Law and Governance Perspective*, Boom Juridisch, Haag, 2015, pp. 7-26.

Grith Skovgaard ØLYKKE, *The Definition of 'Contract' under Article 106 TFEU*, in Erika SZYSZCZAK, Jim Davies, Mads ANDENÆS, Tarjei BEKKEDAL (a cura di), *Developments in Services of General Interest*, Springer, Berlin, 2011, Cap. V, pp. 103-120.

Kristian PEDERSEN, Erik OLSSON, *The Role of the European Court of Justice in Public Procurement*, in Christopher BOVIS (a cura di), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2016, Cap. XIII, pp. 390-420.

Albert SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2015 (2° ed., 2011), Chap. VI, *A Critical Assessment of the 2014 EU Public Procurement Directives and their Case Law from a Competition Perspective: Preventing Competitive Distortions by Public Buyer*, § II, *A Competition Appraisal of Potential Distortions Derived from Public Procurement Processes*, § A, *Assessment of Unnecessary Restrictions of Access to the Procurement Process*, *sub* i, *Make-or-Buy Decisions and Public-Public Cooperation Mechanisms (or Cooperate-or-Buy Decisions*, pp. 248-257.

Abby SEMPLE, *A Practical Guide to Public Procurement*, Oxford University Press, Oxford, 2015, Cap. I, *The scope of procurement under EU Law*, §§ 1.49-1.57, *Public-Public Cooperation*.

Peter TREPTE, *Public Procurement in the EU. A practitioner's Guide*, Oxford University Press, Oxford, 2007 (2° ed., 1993), Cap. IV, *Defining the contracts*, § B, *The Concept of Contract*, Sect. (3), *Apparently non-contractual relationship*, (b) *'In-house' conctracs*, §§ 4.28-4.41

Kris WAUTERS, *Cooperative Agreements between Public Authorities. The Influence of CJEU Case Law on National Legal Systems*, Intersentia, Cambridge, 2015.

Procurement Lawyers' Association, *Shared Services Working Group*, January 2011, pubblicato *on line*.

United Kingdom, Cabinet Office-Crown Commercial Service, *Guidance on "Public/Public" Contracts*, 26 agosto 2015, pubblicato *on line* al seguente link: https://www.gov.uk/government/publications/public-procurement-regulations-public-to-public-procurement-guidance.

Kris WAUTERS, *Cooperative Agreements between Public Authorities. The Influence of CJEU Case Law on National Legal Systems*, Intersentia, Cambridge, 2015.

6. *Articoli e note a sentenza in tema di cooperazione pubblico-pubblico e di di organizzazione* in house.

Ammar AL-TABBAA, *The* Ex Ante *and* Ex Post *Application of the* Teckal *Criteria for In-house Awards*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2016, a. XI, n. 3, pp. 166-178.

Sue ARROWSMITH, *Some Problems in Delimiting the Scope of the Public Procurement Directives: Privatisations, Purchasing Consortia and In-House Tenders*, in *Public Procurement Law Review*, 1997, a. VI, n. 5, pp. 198-204.

Rory ASHMORE, *Reminder That Contracting Authorities Can Switch to an In-house "Plan B" Solution If It Represents Value for Money and Is Done in Good Faith:* Montpellier Estates Ltd v Leeds City Council, in *Public Procurement Law Review*, 2013, a. XXII, n. 3, pp. NA68-NA72.

Fotini AVARKIOTI, *The Application of EU Public Procurement Rules to 'InHouse' Arrangements*, *Public Procurement Law Review*, 2007, a. XVI, n. 1, pp. 22-35.

Ioan BACIU, Dacian C. DRAGOȘ, *Horizontal In-House Transactions vs. Vertical In-House Transactions and Public-Public Cooperation. Annotation on the Judgement of the Court of Justice (Fifth Chamber) of 8 May 2014 in Case C-15/13*, Technische Universität Hamburg-Harburg and Hochschul-Informations-System GmbH v Datenlotsen Informationssysteme GmbH, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2015, a. X, n. 4, pp. 254-272.

R. Paul BATTAGLIO, Ghassan A. KHANKARLI, *Toll Roads, Politics, and Public–Public Partnerships: The Case of Texas State Highway 121*, in *Public Works Management & Policy*, 2008, a. XIII, n. 2, pp. 138-148.

Adrian BROWN, *Case C-107/98: Application of Directive 93/36 where a Contracting Authority Entrusts Supply of Products to a Consortium in which it has a Holding: Inapplicability of the Directive where One Contracting Authority is Supplied by Another which it Controls and which Carries Out an Essential Part of the Awarding Authority's Activities*, in *Public Procurement Law Review*, 2000, a. IX, n. 2, pp. CS41-CS44.

Adrian BROWN, *The ECJ Upholds an Italian Municipality's Reliance on the* Teckal *Exemption for In-House Contracts: A note on* Commission v Italy *(C-371/05)*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, a. XXVIII, n. 1, pp. NA6-NA7.

Adrian BROWN, *In-House Exemption Not Available Due to the Presence of Private Members in the Supplier Entity: Case C-547/12* Centro

Hospitalar de Setubal, in *Public Procurement Law Review*, 2014, a. XXIII, n. 5, pp. NA133-NA137.

Adrian BROWN, *Lawfulness of a Requirement to Provide Health Service from an Enstablishment Located within a Specified Municipality: Case C-552/13* Grupo Hospitalario Quiron, in *Public Procurement Law Review*, 2016, a. XXV, n. 2, pp. NA45-NA48.

Adrian BROWN, *The Direct Award of Ambulance Services to Voluntary Organisations in Italy, revisited: Case C-50/14 CASTA*, in *Public Procurement Law Review*, 2016, a. XXV, n. 3, pp. NA72-NA76.

Steven BRUNNING, *English Supreme Court Ruling on the* Teckal *In-house Exemption: The Decision in* Brent LBC v Risk Management Partners Ltd, in *Public Procurement Law Review*, 2011, a. XX, n. 2, pp. NA77-NA82.

Martin BURGI, Frauke KOCH, *In-House Procurement and Horizontal Cooperation between Public Authorities. An Evaluation of Article 11 of the Commission's Proposal for a Public Procurement Directive from a German Perspective*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2012, a. VII, n. 2, pp. 86-93.

Roberto CARANTA, *The Changes to the Public Contract Directives and The Story They Tell About How EU Law Works*, in *Common Market Law Review*, 2015, a. LII, n. 2, pp. 391-459.

Roberto CAVALLO PERIN, Dario CASALINI, *Control over In-house Providing Organisations*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, a. XVIII, n. 5, pp. 227-240.

Roberto CAVALLO PERIN, Dario CASALINI, *Organisation v Market in Purchasing Arrangements Among Public Entities: The European Perspective*, pubblicato *on line*, presentato al IV Convegno IPPC, Seoul, August 28th-29th, 2010.

Ping WANG, Roberto CAVALLO PERIN, Dario CASALINI, *Addressing Purchasing Arrangements between Public Sector Entities – What Can the WTO Learn from the EU's Experience?*, in Sue ARROWSMITH, Robert D. ANDERSON (a cura di), *The WTO Regime on Government Procurement. Challenge and Reform*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 252 -282.

Charles M. CLARKE, *The Meaning and Requirements of the Term 'Contracting Authority' under EU Public Procurement Law: A Critique of Developments from the ECJ Jurisprudence*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2012, a. VII, n. 1, pp. 57-64.

Charles M. CLARKE, *The CJEU's Evolving Interpretation of 'In-House' Arrangements under the EU Public Procurement Rules: A Functional or Formal Approach?*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2015, a. X, n. 2, pp. 111-125.

Martin DISCHENDORFER, *The Compatibility of Contracts Awarded Directly to "Joint Executive Services" with the Community Rules on Public Procurement and Fair Competition: A note on Case C-295/05, ASEMFO*

v Tragsa, in *Public Procurement Law Review*, 2007, a. XVI, n. 5, pp. NA123-NA130.

James FALLE, Hamburg *Again: Shared Services and Public Sector Cooperation in the Case of* Tecnische Universität Hamburg-Harburg v Datenlotsen Informationssysteme GmbH, in *Public Procurement Law Review*, 2014, a. XXIII, n. 5, pp. NA123-NA132.

Friedrich Ludwig HAUSMANN, Georg QUEISNE, *In-House Contracts and Inter-Municipal Cooperation – Exceptions from the European Union Procurement Law Should Be Applied with Caution*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2013, a. VIII, n. 3, pp. 231-237.

Friedrich HAUSMANN, Sven BEAUJEAN, *No "Automatic" Similar Control over Private Social Solidarity Institutions in In-house Cases. Annotation on the Judgement of the Court of Justice of 19 June 2014 in Case C-574/12*, Centro Hospitalar de Setúbal EPE (CHS) and Serviço de Utilização Comum do Hospitais (SUCH) v Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurante Lda (EUREST), in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2014, a. IX n. 3, pp. 215-218.

Paul HENTY, *Implementation of the EU Public Procurement Directives in the UK: The Public Contracts Regulations 2015*, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 3, pp. NA74-NA80.

Willem JANSSEN, *The Institutionalised and Non-Institutionalised Exemptions from EU Public Procurement: Towards a More Coherent Approach?*, in *Utrecht Law Review*, 2014, a. X, n. 5, pp. 168-186.

Willem JANSSEN, *In-House Contracts and Public-Public Cooperation Issues under Directive 2014/24/EU*, trascrizione dell'intervista di Pedro Telles pubblicata *on line* sul sito www.publicprocurementpodcast.eu in data 29 giugno 2016.

Mustafa KARAYIGIT, *A New Type of Exemption from the EU Rules on Public Procurement Established: "In thy Neighbour's House" Provision of Public Interest Tasks*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, a. XIX, n. 6, pp. 183-196.

Totis KOTSONIS, *Application of the "Teckal" exemption to a services concession contract: Coditel Brabant SA v Commune d'Uccle, Region de Bruxelles-Capitale (C-324/07)*, in *Public Procurement*, 2009, a. XXVIII, n. 3, pp. NA73-NA78.

Totis KOTSONIS, *Co-operative Arrangements between Public Authorities in the Pursuit of a Public Interest Task:* Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany *(C-480/06)*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, a. XVIII, n. 6, pp. NA212-216.

Toni KAARRESALO, *Procuring In-house: The Impact of the EC Procurement Regime*, in *Public Procurement Law Review*, 2008, a. XVII, n. 6, pp. 242-254.

David MCGOWAN, *A Contract or not? A Note on Asociacion Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v*

Administracion General del Estado (Case C-220/06), in *Public Procurement Law Review*, 2008, a. XVII, n. 5, pp. NA204-NA206.

David MCGOWAN, *Does the Future Possibility of Private Capital Being Held in a Public Company Prevent the Application of Teckal?* Sea v Comune di Ponte Nossa, in *Public Procurement Law Review*, 2010, a. XIX, n. 1, pp. NA13-NA.

David MCGOWAN, *Italian Rules Regarding Participation of Consortia in Tenders: A note on Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) v regione Marche (C-306/08) and Serrantoni Srl, Consorzio Stabile edile Scrl v Comune di Milano (C-376/08)*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, a. XIX, n. 3, pp. NA94-NA99.

David MCGOWAN, *Clarification of Permissible Public Cooperation and Pecuniary Interest:* Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento v Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce *(C-159/11)*, in *Public Procurement Law Review*, 2013, a. XXII, n. 3, pp. NA61-NA64.

David MCGOWAN, *Further Clarification of Permissible Public Cooperation:* Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG v Kreis Düren, in *Public Procurement Law Review*, 2013, a. XXII, n. 6, pp. NA158-NA160.

David MCGOWAN, *Can Horizontal In-House Transaction Fall Within* Teckal*? A note on Case C-15/13,* Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informations-System GmbH v Datenlotsen Informationssysteme Gmbh, in *Public Procurement Law Review*, 2014, a. XXIII, n. 5, pp. NA120-NA122.

David MCGOWAN, *Does the Reservation of Ambulance Services to Volutary Organisations on Cost Reimbursement Basis Give Rise to a Public Service Contract? Case C-113/13,* Azienda Sanitaria Locale No. 5 'Spezzino' v San Lorenzo Società Cooperativa Sociale, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 3, pp. NA61-NA66.

Olaf OTTING, Laura SORMANI-BASTIAN, *A Review Procedure before the National Courts is not Relevant for Declaring a Failure to Fulfil an Obligation under the Treaty: A Note on Commission v Germany (C-275/08)*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, a. XIX, n. 2, pp. NA59-NA63.

Grith Skovgaard ØLYKKE, Cecilie FANØE ANDERSEN, *A State Aid Perspective on Certain Element of Article 12 of the New Public Sector Directive on In-house Provision*, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 1, pp. 1-16.

Kristian PEDERSEN, Erik OLSSON, *Azienda – The Creation of an Exemption from Public Procurement Law*, in *Public Procurement Law Review*, 2013, a. XXII, n. 6, pp. 225-235.

Kristian PEDERSEN, Erik OLSSON, *Commission v Germany: A new approach to In-House Providing?*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, a. XIX, n. 1, pp. 33-45.

Zsófia PETERSEN, *Inter-istitutional Co-operation between Community Institutions: An Exception to the Public Procurement Rules:* Centro Studi

Antonio Manieri Srl v Council *(T-125/06)*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, a. XVIII, n. 6, pp. NA226-NA230.

Sebastien PLATON, Sebastien MARTIN, *L'exception de coopération entre autorités publiques en droit européen de la commande publique*, in *AJDA*, 2012, pp. 1138-1145.

Ben RAYMENT, *Public-Public Agreements and Modifications to Existing Contracts: The Court of Appeal Decision in* Edenred, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 4, pp. NA124-NA128.

Sally ROE, Laura WISDOM, *Provision of In-House Services Following the European Commission's Consultation on an EU Initiative on Concessions*, in *Public Procurement Law Review*, 2011, a. XX, n. 2, pp. NA24-NA27.

Abby SEMPLE, *Public-Public and Public-Private Cooperation: Do the EU Rules Add Up?*, in *Public Procurement Analysis*, pubblicato *on line* in data 12 ottobre 2012.

Susie SMITH, *Application of EU Procurement Law to Public Ambulance Services:* European Commission v Germany *(C-160/08)*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, a. XIX, n. 5, pp. NA180-NA185.

Susie SMITH, *In-House Awards to Jointly Controlled Companies–Satisfying The Control Test: Econord SpA Cases C-182/11 and C-183/11*, in *Public Procurement Law Review*, 2013, a. XXII, n. 2, pp. NA32-NA34.

Susie SMITH, *C-568/13 Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze v Data Medical Services srl. Prohibition on Certain Types of Organisations from Participation in a Public Tender and Abnormally Low Tenders in the Context of Tenders Submitted by Entities in Receipt of Public Funds*, in *Public Procurement Law Review*, 2015, a. XXIV, n. 4, pp. NA99-NA103.

Ellen L. WEISBEEK, *Teckal Revisited. An Examination of the Intended Codification of the Exceptions of Quasi In-House Procurement and Inter-Municipal Cooperation*, Department of European and International Public Law, Tilburg Law School, pubblicato *on line* in data 25 aprile 2013.

Kurt WELTZIEN, *Avoiding The Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity — Scope of the Procurement Directives in the Classic Sector*, in *Public Procurement Law Review*, 2005, a. XIV, n. 5, pp. 237-255.

Janicke WIGGEN, *Public Procurement Rules and Cooperation between Public Sector Entities: The Limits of the In-House Doctrine under EU Procurement Law*, in *Public Procurement Law Review*, 2011, a. XX, n. 5, pp. 157-172.

Janicke WIGGEN, *Public Procurement Law and Public–Public Co-Operation: Reduced Flexibility but Greater Legal Certainty Ahead? The Commission's Staff Working Paper on the Application of EU Public Procurement Law to Relations between Contracting Authorities and the*

2011 Proposal for a New Directive, in *Public Procurement Law Review*, 2012, a. XXI, n. 5, pp. NA225-NA233.

Janicke WIGGEN, *Directive 2014/24/EU: The New Provision on Co-operation in the Public Sector*, in *Public Procurement Law Review*, 2014, a. XXIII, n. 3, pp. 83-93.

Rhodri WILLIAMS, *Public–Public Cooperation: Teckal in Practice*, in *Public Procurement Law Review*, 2012, a. XXI, n. 1, pp. NA 1-10.

7. *Bibliografia in tema di cooperazione nel* public procurement.

Gabriella RACCA, *Joint Procurement Challenges in the Future Implementation of the New Directives*, in François LICHÈRE, Roberto CARANTA, Steen TREUMER (a cura di), *Modernising Public Procurement. The New Directive*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 225-254.

Albert SANCHEZ-GRAELLS, *Collaborative Cross-border Procurement in the EU: Future or Utopia?*, in *Proc. Law Journal/Upphandlingsrättslig Tidskrift (UrT)*, 2016, a. II, n. 1, pp. 11-37.

Tünde TÁTRAI, *Join Public Procurement*, in *ERA Forum*, 2015, a. XVI, n. 1, pp. 7-24.

8. *Bibliografia in tema di concorrenza, regolazione e cooperazione*.

Giuliano AMATO, Laraine L. LAUDATI, *Introduction*, in Giuliano AMATO, Laraine L. LAUDATI, *The Anticompetitive Impact of Regulation*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2001, pp. xvi-xxiv.

Darryl BIGGAR, *When Should Regulated Companies be Vertically Separated?*, in Giuliano AMATO, Laraine L. LAUDATI, *The Anticompetitive Impact of Regulation*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2001, pp. 171-197.

Thomas J. BARTH, *The Public Interest and Administrative Discretion*, in *American Review of Public Administration*, 1992, a. XXII, n. 4, pp. 289-300.

William J. BAUMOL, recensione di *Williamson's* The Economic Institutions of Capitalism, in *Rand Journal of Economics*, 1986, a. XVII, n. 2, pp. 279-286.

Robert L. BISH, Robert WARREN, *Scale and Monopoly Problems in Urban Government Services*, in *Urban Affair Annual Reviews*, 1972, a. VIII, n. 1, pp. 97-122.

Boris F. BLUMBERG, *Cooperation Contracts between Embedded Firms*, in *Organization Studies*, 2001, a. XXII, n. 5, pp. 825-852.

Franz BÖHM, *Rule of Law in a Market Economy*, in Alan T. PEACOCK, Hans WILLGERODT (a cura di), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, Macmillan, London, 1989, pp. 46-67.

Lance DAVIS, Douglass NORTH, *Institutional Change and American Economic Growth: A First Step Towards a Theory of Institutional Innovation*, in *The Journal of Economic History*, 1970, a. XXX, n. 1, pp. 131-149.

Jeffrey H. DYER, Harbir SINGH, *The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage*, in *Academy of Management Review*, 1998, a. XXIII, n. 4, pp. 660-679.

Paola GARRONE, Riccardo MARZANO, *Why Do Local Governments Resist Contracting Out?*, in *Urban Affairs Review*, September 2015, a. 51, n. 5, pp. 616-648.

Wolfgang KERBER, *Should Competition Law Promote Efficiency? Some Reflections of an Economist on the Normative Foundations of Competition Law*, in Josef DREXL, Laurence IDOT, Joel MONEGER (a cura di), *Economic Theory and Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008.

Ola MATTISSON, Ulf RAMBERG, *Co-owned Local Government Organisations: Conditions for Strategy Development*, in *Financial Accountability & Management*, August 2015, a. 31, n. 3, pp. 269-286.

Arthur S. MILLER, *Foreword: The Public Interest Undefined*, in *Journal of Public Law*, 1961, a. X, n. 2, pp. 184-202.

Douglass C. NORTH, Robert Paul THOMAS, *An Economic Theory of the Growth of the Western World*, in *The Economic History Review*, Second Series, 1970, a. XXIII, n. 1, pp. 1-17.

Douglass C. NORTH, *Institutional Change and Economic Growth*, in *The Journal of Economic History*, 1971, a. XXXI, n. 1, pp. 118-125.

Anthony OGUS, *Regulatory Law: Some Lessons from the Past*, in *Legal Studies*, 1992, a. XII, n. 1, pp. 1-19.

Anthonuy OGUS, *La regolazione dei servizi privatizzati*, in Erminio FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Raffaello Cortina, Milano, 1999, Cap. II, pp. 19-40.

Anthony OGUS, *Regulation Revisited*, in *Public Law*, 2009, a. XXIV, n. 1, pp. 332-346.

Elinor OSTROM, Larry D. SCHROEDER, Susan G. WYNNE, *Institutional Incentives and Sustainable Development: Infrastructure Policies in Perspective*, Westview Press, 1993.

Elinor OSTROM, R. GARDNER, J. WALKER, *Rules, Games, and Common-Pool Resourses*, University of Michigan Press, Ann Arbor (Michigan), 1994.

Pieter VAN CLEYNENBREUGEL, *No privatization in the Service of Fair Competition? Article 345 TFEU and the EU Market-State Balance after* Essent, in *European Law Review*, 2014, a. XXXIX, n. 2, pp. 264-275.

Meine Pieter VAN DIJK, *From Development Aid to Fostering Global Public Goods: The Role of Institutions and Institutional Change*, in Georgina GOMEZ, Peter KNORRINGA (a cura di), *Local Governance, Economic*

Development and Institutions, Palgrave Macmillan, New York, 2016, pp. 118-136.

Oliver E. WILLIAMSON, *The Institutions and Governance of Economic Development and Reform*, Proceedings of World Bank Annual Conference on Development Economics, Washington, 1994, pp. 171-196.

9. *Bibliografia in tema di servizi, servizi pubblici, servizi di interesse generale e servizi di interesse economico generale*.

Pierre BAUBY, *L'européanisation des services publics*, Presses de Sciences Po, Paris, 2011.

Julio BAQUERO CRUZ, *Beyond Competition, Services of General Interest and European Community Law*, in Gráinne De Búrca (a cura di), *EU Law and the Welfare State in Search of Solidarity*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 169-212.

José Luis BUENDIA SIERRA, *Article 86–Exclusive Rights and Other Anti-Competitive State Measures*, in Jonathan FAULL, Ali NIKPAY (a cura di), *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 595-655.

José Luis BUENDIA SIERRA, *Article 106–Exclusive Rights and Other Anti-Competitive State Measures*, in Jonathan FAULL, Ali NIKPAY (a cura di), *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford, 2014 (3° ed., 1999), pp. 809-879.

Christopher BOVIS, *Financing Services of General Interest in the EU: How do Public Procurement and State Aid Interact to Demarcate between Market Forces and Protection?*, in *European Law Journal*, 2005, a. XI, n. 1, pp. 79-109.

Dermot CAHILL, *The Ebb and Flow, the Doldrums and the Raging Tide: Single Market Law's Ebb and Flow over Services of General Economic Interest, the Legal Doldrums over Services of General Interest, and the Raging Tide of Article 106(2) (ex Art 86(2)) over State Aid & Public Procurement*, in *European Business Law Review*, 2010, a. XXI, n. 5, pp. 629-662. [*Il riflusso, la corrente, la secca e la violenta marea: il riflusso del mercato unico e la corrente sopra i servizi di interesse economico generale, l'aridità legale sopra i servizi di interesse generale e la violenta marea dell'art. 106, paragrafo 2 sugli aiuti di stato e sugli acquisti pubblici*].

Gareth DAVIES, *Article 86 EC, the EC's Economic Approach to Competition Law and the General Interest*, in *European Competition Journal*, 2009, a. V, n. 2, pp. 549-584.

Natalia FIEDZIUK, *Towards a More Refined Economic Approach to Services of General Economic Interest*, in *European Public Law*, 2010, a. XVI, n. 2, pp. 271-288.

Natalia FIEDZIUK, *Services of General Economic Interest and the Treaty of Lisbon: Opening Doors to a Whole New Approach or Maintaining the Status Quo*, in *European Law Review*, 2011, a. XXXVI, n. 2, pp. 226-242.

Natalia FIEDZIUK, *Putting services of general economic interest up for tender: Reflections on applicable EU rules*, in *Common Market Law Review*, 2013, a. L, n. 1, pp. 87-114.

Natalia FIEDZIUK, *Towards Decentralization of State Aid Control: The Case of Services of General Economic Interest*, in *World Competition*, 2013, a. XXXVI, n. 3, pp. 387-408.

Natalia A. FIEDZIUK, *Services of general economic interest in EU law: The role of the 'public service' exception in the light of recent developments in EU law*, Wolf Legal Publishers (WLP), Oisterwijk, 2013.

Cosmo GRAHAM, *Essential Facilities and Services of General Interest*, in *Dir. e Pol. Un. Eur.*, 2007, a. I, n. 1, pp. 22-30.

Luc GYSELEN, *Public Service and EU Competition Law*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, a. 2, n. 6, pp. 572-577.

Luc GYSELEN, *Services of General Economic Interest and Competition under European Law–A Delicate Balance*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010, a. 1, n. 6, pp. 491-499.

Leigh HANCER, Pierre LAROUCHE, *The Coming of Age of EU Regulation of Network Industries and Service of General Economic Interest*, Paul CRAIG, Gráinne DE BÚRCA, *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011 (2° ed.), pp. 743-781.

Vassilis HATZOPOULOS, Thien UYEN DO, *The Case Law of the ECJ Concerning the Free Provision of Services: 2000-2005*, in *Common Market Law Review*, 2006, a. XLIII, n. 4, pp. 923-991.

Vassilis HATZOPOULOS, *The Court's Approach to Service (2006-2012): From Case Law to Case Load?*, in *Common Market Law Review*, 2013, a. L, n. 2, pp. 459-502.

Alberto HEIMLER, *Local Public Services in Italy: Make, Buy or Leave It to the Market?*, in Giuliano AMATO, Laraine L. LAUDATI, *The Anticompetitive Impact of Regulation*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2001, pp. 262-277.

Markus KRAJEWSKI, *Providing Legal Clarity and Securing Policy Space for Public Services Through A Legal Framework for Services of General Economic Interest: Squaring the Circle?*, in *European Public Law*, 2008, a. XIV, n. 3, pp. 377-398.

Pablo IBAÑEZ COLOMO, *Beyond the "More Economic-Based Approach": A legal Perspective on Article 102 TFEU Case Law*, in *Common Market Law Review*, 2016, a. LIII, n. 3, pp. 709-740.

Sally JANSSEN, *Service of General Economic Interest, State Aid, and Public Procurement*, in *Journal of Network Industries*, 2004, a. V, n. 2, pp. 139-163.

Aleksander MAZIARZ, *Services of General Economic Interest: Towards Common Values?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2016, a. XV, n. 1, pp. 16-30.

Jay MEHTA, *State Aid and Supply Chain Investment*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2016, a. XV, n. 1, pp. 47-58.

Michele MESSINA, *Regulating the European Union Internal Market: between Crisis and Business as Usual*, in *ERA Forum*, 2010, a. XI, n. 3, pp. 321-328.

Leonor MORAL SORIANO, *How Proportionate Should Anti-competitive State Intervention Be*, in *European Law Review*, 2003, a. XXVIII, n. 1, pp. 112-123.

Guilio NAPOLITANO, *Towards a European Legal Order for Service of General Economic Interest*, in *European Public Law*, 2005, a. XI, n. 4, pp. 565-581

Ulla Bøegh NEERGAARD, *The Concept of Concession in EU Public Procurement Law Versus EU Competition Law and National Law*, in Ruth NIELSEN, Steen TREUMER (a cura di), *The New EU Public Procurement Directives*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2005, pp. 149-181.

Ulla NEERGAARD, *Services of General (Economic) Interest and the Services Directive: What is Left out, Why and Where to Go?*, in Ulla Neergaard, R. Nielsen, & L. Roseberry (a cura di), *The Services Directive: Consequences for The Welfare State and The European Social Model*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2008, pp. 65-120.

Ulla NEERGAARD, *Services of General Economic Interest: The nature of the Beast*, in Markus KRAJEWSKI, Ulla NEERGAARD, Johan Willem VAN DE GRONDEN (a cura di), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe: Between Competition and Solidarity*, TMC Asser Press, The Hague (Netherlands), 2009, Cap. I, pp. 17-50.

Ulla NEERGAARD, *Services of General (Economic) Interest: What Aims and Values Count?*, in Ulla NEERGAARD, Ruth NIELSEN, Lynn M. ROSEBERRY (a cura di), *Integrating Welfare Functions into EU Law: From Rome to Lisbon*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2009, pp. 191-225.

Ulla NEERGAARD, *Services of General Economic Interest under EU Law Constraints*, in Dagmar SCHIEK, Ulrike LIEBERT, Hildegard SCHENIDER (a cura di), *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 174-195.

Ulla NEERGAARD, *The Commission's Soft Law in the Area of Services of General Economic Interest*, in Erika SZYSZCZAK, Jim Davies, Mads

ANDENÆS, Tarjei BEKKEDAL (a cura di), *Developments in Services of General Interest*, Springer, Berlin, 2011, pp. 37-59.

Ulla NEERGAARD, Catherine JACQUESON, Nina HOLST-CHRISTENSEN, Jens Hartig DANIELSEN, Grith Skovgaard ØLYKKE, *Introduction*, in Ulla NEERGAARD, Catherine JACQUESON, Grith Skovgaard ØLYKKE (a cura di), *Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes. The XXVI FIDE Congress in Copenhagen 2014. Congress Publications Vol. 3*, DIØF Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 17-25.

Ulla NEERGAARD, *The Concept of SSGI and the Asymmetries Between Free Movement and Competition Law*, in Ulla NEERGAARD, Johan VAN DE GRONDEN, Erika SZYSZCAK (a cura di), *Social Services of General Interest in the EU*, TMC Asser Press, The Hague (Netherlands), 2013, pp. 205-244.Phedon NICOLAIDES, Sarah SCHOENMAEKERS, *The Concept of 'Advantage' in State Aid and Public Procurement and the Application of Public Procurement Rules to Minimise Advantage in the New GBER*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2015, a. XIV, n. 1, pp. 143-156.

Tony PROSSER, *La regolazione per scopi sociali*, in Erminio FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa. Concorrenza tra gli operatori e garanzia dei cittadini*, Raffaello Cortina, Milano, 1999, pp. 41-52.

Tony PROSSER, *Public Service Law: Privatization's Unexpected Offspring*, in *Law and Contemporary Problems*, 2000, a. LXIII, n. 1, pp. 63-82.

Tony PROSSER, *L'utilizzazione dei contratti per riorganizzare i servizi pubblici*, in Erminio FERRARI (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 253-263.

Tony PROSSER, *Competition Law and Public Services: From Single Market to Citizenship Rights?*, in *European Public Law*, 2005, vol. 11, n. 3, pp. 543-563.

Tony PROSSER, *EU Competition Law and Public Services*, in Elias MOSSIALOS, Govin PERMANAND, Rita BAETEN, Tamara K. HERVEY (a cura di), *Health Systems Governance in Europe. The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 315-336.

Tony PROSSER, Helen ADLARD, Burkard EBERLEIN, Gabriele BRITZ, Karsten HERZMANN, *Neo-Institutionalist and Collaborative-Relational Approaches to Governance in Services of General Interest: The Case of Energy in the UK and Germany*, in Oliver De Schutter, Jacques Lenoble (a cura di), *Reflexive Governance: Redefining the Public Interest in a Pluralistic World*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2010, pp. 67-95.

Tony PROSSER, *Regulation, Public Service and Competition Law*, in Paola CHIRULLI, Roberto MICCÙ (a cura di), *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in memoria di Salvatore Cattaneo*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 53-67.

Tony PROSSER, *Public Service and the Limits to Competition Law*, in Peter ODELL, Chris WILLETT (a cura di), *Global Governance and the Quest for*

Justice, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2008, vol. 3, pp. 133-145.

Cesare RIZZA, *The Financial Assistance Granted by Member States to Undertakings Entrusted with the Operation of a Service of General Economic Interest: The Implications of the Forthcoming Altmark Judgment for Future State Aid Control Policy*, in *Columbia Journal of European Law*, Summer 2003, a. IX, n. 3, pp. 429-446.

Malcom ROSS, *Promoting Solidarity: From Public Services to a European Model of Competition*, in *Common Market Law Review*, 2007, a. ILIV, n. 4, pp. 1057-1080.

Albert SANCHEZ GRAELLS, *Enforcement of State Aid Rules for Services of General Economic Interest before Public Procurement Review Bodies and Courts*, in *The Competition Law Review*, 2014, a. X, n. 1, pp 3-34

Sandro SANTAMATO, Nicola PESARESI, *Compensation for Services of General Economic Interest: Some Thoughts on the Altmark Ruling*, in *Competition Policy*, newsletter of European Commission, Directorate General for Competition, 2004, n. 1, pp. 17-21.

Wolf SAUTER, *Services of General Economic Interest and Universal Service in EU Law*, in *European Law Review*, 2008, a. XXXIII, n. 2, pp. 168-193.

Wolf SAUTER, *Case T–289/03, British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd, BUPA Ireland Ltd v. Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance of 12 February 2008*, in *Common Market Law Review*, 2009, a. 46, n. 1, pp. 269-286.

Wolf SAUTER, *The Altmark Package Mark II: New Rules for State Aid and the Compesation of Service of General Economic Interest*, in *European Competition Law Review*, 2012, a. XXXIII, n. 7, pp. 307-313.

Wolf SAUTER, *Public Services and the Internal Market: Building Blocks or Persistent Irritant?*, in *European Law Journal*, 2015, a. XXI, n. 6, pp. 738-757.

Heike SCHWEITZER, *Services of General Economic Interest: European Law's Impact on the Role of Markets and of Member States*, in Marise CREMONA (a cura di), *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2011, Cap. II, pp. 11-61.

Eleanor SPAVENTA, *Public Service and European Law: Looking for Boundaries*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2002-2003, a. V, pp. 271-291.

Erika SZYSZCAK, *Public Service Provision in Competitive Markets*, in *Yearbook of European Law*, 2001, a. XX, pp. 35-78.

Erika SZYSZCZAK, *Governance in the Context of Services of General Interest*, in *ERA Forum*, September 2002, a. III, n. 3, pp 130-134.

Erika SZYSZCAK, *Services of General Economic Interest and State Measures Affecting Competition*, in *Journl of European Competition Law & Practice*, 2013, a. IV, n. 6, pp. 514-524.

Erika SZYSZCZAK, Johan Willem VAN DE GRONDEN (a cura di), *Financing Services of General Economic Interest: Reform and Modernization*, TMC Asser Press, The Hague (Netherlands), 2013.

Koert VAN BUIREN, Matthijs GERRITSEN, Janneke VAN DER VOORT, *The Prohibition of Overcompensations to Services of General Economic Interest*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2014, a. XIII, n. 1, pp. 61-66.

Hellmut WOLLMANN, Gérard MARCOU, *From Public Sector-Based to Privatized Service Provision. Is the Pendulum Swinging Back Again? Comparative Summary*, in Hellmut WOLLMANN, Gérard MARCOU, *The Provision of Public Services in Europe. Between State, Local Government and Market*, Edward Elgar, Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA), 2010, Cap. XI, pp. 240-260.

GIURISPRUDENZA EUROPEA E NAZIONALE*

I. *Giurisprudenza europea*.

1) C.G.C.E., Sez. V, 3 ottobre 1985, C-311/84, *CBEM v CLT e IPB*, ECLI:EU:C:1985:394.
2) C.G.C.E., 5 dicembre 1989, C-3/88, *Commissione delle Comunità europee v Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:1989:606, caso c.d. *ReData Processing*.
3) C.G.C.E., 19 maggio 1993, C-320/91, *Paul Corbeau*, ECLI:EU:C:1993:198.
4) C.G.C.E., 26 aprile 1994, C-272/91, *Commissione delle Comunità europee v Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:1994:167, caso c.d. *Lottomatica*.
5) C.G.C.E., 27 aprile 1994, *Comune di Almelo e altri v NV Energiebedrijf Ijsselmij NV*, C-393/92, ECLI:EU:C:1994:171.
6) C.G.C.E., 16 novembre 1995, C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance e altri contro Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, ECLI:EU:C:1995:392.
7) C.G.C.E, 15 gennaio 1998, C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e altri e Strohal Rotationsdruck GesmbH*, ECLI:EU:C:1998:4.
8) Concl. Avv. Gen., Antonio La Pergola, 19 febbraio 1998, C-360/96, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden v BFI Holding BV*, ECLI:EU:C:1998:71.
9) C.G.C.E., 10 novembre 1998, C-360/96, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden v BFI Holding BV*, ECLI:EU:C:1998:525.
10) Concl. Avv. Gen., Siegbert Alber, 18 marzo 1999, C-108/98, RI.SAN. v Comune di Ischia, ECLI:EU:C:1999:161 Concl. Avv. Gen., Siegbert Alber, 18 marzo 1999, C-108/98, RI.SAN. v Comune di Ischia, ECLI:EU:C:1999:161.
11) C.G.C.E., 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, ECLI:EU:C:1999:430.
12) Concl. Avv. Gen., Philippe Léger, 15 giugno 2000, C-94/99, *ARGE Gewässerschutz v Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, ECLI:EU:C:2000:330.
13) Concl. Avv. Gen., Georges Cosmas, 1 luglio 1999, C-107/98, *Teckal v Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, ECLI:EU:C:1999:344.

---

* La giurisprudenza in elenco è stata citata nel testo o comunque è stata consultata durante la ricerca.

14) C.G.C.E., Sez. V, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal v Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, ECLI:EU:C:1999:562.
15) C.G.C.E., 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavel Pavlov and Others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, ECLI:EU:C:2000:428.
16) C.G.C.E., Sez. VI, 7 dicembre 2000, C-94/99, *ARGE Gewässerschutz v Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, ECLI:EU:C:2000:677.
17) Concl. Avv. Gen., Siegbert Alber, 29 maggio 2001, C-439/99, *Commissione delle Comunità europee v Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:2001:295.
18) C.G.C.E., 12 luglio 2001, C-399/98, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, Piero De Amicis, Consiglio Nazionale degli Architetti, Leopoldo Freyrie v Comune di Milano*, ECLI:EU:C:2001:401.
19) C.G.C.E., Sez. V, 25 ottobre 2001, C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz*, ECLI:EU:C:2001:577.
20) C.G.C.E., Sez. VI, 18 giugno 2002, C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) v Stadt Wien*, ECLI:EU:C:2002:379.
21) C.G.C.E., Sez. VI, 23 gennaio 2003, C-57/01, *Makedoniko Metro e Michaniki AE contro Elliniko Dimosio*, ECLI:EU:C:2003:47.
22) C.G.C.E., 3 luglio 2003, C-83/01P, *Chronopost SA, La Poste e Repubblica francese v Union française de l'express (Ufex), DHL International, Federal express international (France) SNC e CRIE SA*, ECLI:EU:C:2003:388.
23) C.G.C.E., Sez. II, ord. 16 ottobre 2003, C-244/02, *Kauppatalo Hansel Oy v Imatran kaupunki*, ECLI:EU:C:2003:560.
24) C.G.C.E, 6 novembre 2003, C-243/01, *Piergiorgio Gambelli e altri*, ECLI:EU:C:2003:597.
25) C.G.C.E., Sez. VI, 20 novembre 2003, *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie v GEMO SA*, ECLI:EU:C:2003:622.
26) C.G.C.E., Sez. V, 11 marzo 2004, C-240/02, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (Asempre), Asociación Nacional de Empresas de Externalización y Gestión de Envíos y Pequeña Paquetería v Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos, Administración General del Estado*, ECLI:EU:C:2004:140.
27) Concl. Avv. Gen., Christine Stix-Hackl, 1 luglio 2004, C-247/02, *Sintesi SpA v Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*, ECLI:EU:C:2004:399.
28) Concl. Avv. Gen., Christine Stix-Hackl, 23 settembre 2004, C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, ECLI:EU:C:2005:5.
29) C.G.C.E., Sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft Thermische*

Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, ECLI:EU:C:2005:5.
30) C.G.C.E., Sez. II, 13 gennaio 2005, C-84/03, *Commissione v Spagna*, ECLI:EU:C:2005:14.
31) Concl. Avv. Gen., Juliane Kokott, 1 marzo 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, ECLI:EU:C:2005:123.
32) Concl. Avv. Gen., Christine Stix-Hackl, 12 aprile 2005, C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Co.Na.Me.) v Comune di Cingia de' Botti e Padania Acque SpA*, ECLI:EU:C:2005:212.
33) T.C.E., Sez. II ampliata, 15 giugno 2005, T-17/02, *Fred Olsen, SA v Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:2005:218.
34) C.G.C.E., Grande Sez., 21 luglio 2005, C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de' Botti e Padania Acque SpA*, ECLI:EU:C:2005:487.
35) C.G.C.E., Sez. III, 20 ottobre 2005, C-264/03, *Commissione delle Comunità europee v Repubblica francese*, ECLI:EU:C:2005:620.
36) Conc. Avv. Gen., Jacobs, 1 dicembre 2005, C-5/05, *Staatssecretaris van Financiën v B. F. Joustra*, ECLI:EU:C:2005:737.
37) C.G.C.E., Sez. III, 30 marzo 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl v Giuseppe Calafiori*, C-451/03, ECLI:EU:C:2006:208.
38) C.G.C.E., Sez. I, 6 aprile 2006, C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) v Comune di Bari, AMTAB Servizio SpA*, ECLI:EU:C:2006:237.
39) Concl. Avv. Gen., Juliane Kokott, 15 giugno 2006, C-220/05, *Jean Auroux e altri v Commune de Roanne e Société d'équipement du département de la Loire (SEDL)*, ECLI:EU:C:2006:410.
40) Concl. Avv. Gen., L.A. Geelhoed, 28 settembre 2006, C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) v Transformación Agraria SA e Administración del Estado*, ECLI:EU:C:2006:619.
41) Concl. Avv. Gen., M. Poiares Maduro, 14 dicembre 2006, C-134/05, *Commissione delle Comunità europee v Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:2006:781.
42) C.G.C.E., Sez. I, 18 gennaio 2007, C-220/05, *Jean Auroux e altri v Commune de Roanne e Société d'équipement du département de la Loire (SEDL)*, ECLI:EU:C:2007:31.
43) C.G.C.E., Sez. II, 19 aprile 2007, C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) v Transformación Agraria SA (Tragsa)*, ECLI:EU:C:2007:227.
44) C.G.C.E., Sez. I, 15 novembre 2007, C-162/06, *International Mail Spain SL v Administración del Estado e Correos*, ECLI:EU:C:2007:681.
45) C.G.C.E., Sez. III, 29 novembre 2007, C-119/06, *Commissione delle Comunità europee v Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:2007:729.

46) C.G.C.E., Grande Sezione, 18 dicembre 2007, C-532/03, *Commissione delle Comunità europee v Irlanda*, ECLI:EU:C:2007:801.
47) C.G.C.E., Sez. I, 18 dicembre 2007, C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v Administración General del Estado*, ECLI:EU:C:2007:815, caso c.d. *Correos*.
48) C.G.C.E., Sez. IV, 10 aprile 2008, C-393/06, *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umweit GmbH v Fernwärme Wien GmbH*, ECLI:EU:C:2008:213.
49) T.C.E., Sez. V, 26 giugno 2008, T-442/03, *SIC – Sociedade Independente de Comunicação, SA v Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:2008:228
50) C.G.C.E., Grande Sezione, 1 luglio 2008, C-341/06P, *Chronopost SA e La Poste contro Union française de l'express (UFEX) e altri v Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:2008:375.
51) C.G.C.E., Sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant SA v Commune d'Uccle e Région de Bruxelles-Capitale*, ECLI:EU:C:2008:621.
52) Concl. Avv. Gen., Jan Mazác, 19 febbraio 2009, C-480/06, *Commissione delle Comunità europee v Germania*, ECLI:EU:C:2009:102.
53) C.G.U.E., Sez. II, 26 marzo 2009, C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati SpA v Commissione delle Comunità europee, Organizzazione europea per la sicurezza della navigazione aerea (Eurocontrol)*, ECLI:EU:C:2009:191.
54) C.G.U.E., Grande Sezione, 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione delle Comunità europee v Repubblica federale di Germania*, ECLI:EU:C:2009:357.
55) C.G.C.E., Sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/06, *Acoset SpA v Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa* et alii, ECLI:EU:C:2009:628.
56) C.G.C.E., Sez. IV, 15 ottobre 2009, C-275/08, *Commission des Communautés européennes v République fédérale d'Allemagne*, ECLI:EU:C:2009:632.
57) C.G.U.E., Sez. IV, 22 ottobre 2009, C-438/08, *Commissione delle Comunità europee v Repubblica Portoghese*, ECLI:EU:C:2009:651.
58) Conclusioni Avv. Gen., Paolo Mengozzi, 17 novembre 2009, C-451/08, *Helmut Müller GmbH v Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, ECLI:EU:C:2009:710
59) C.G.U.E., Sez. IV, 23 dicembre 2009, C-305/08, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) v Regione Marche*, ECLI:EU:C:2009:807.
60) Concl. Avv. Gen., Verica Trstenjak, 11 febbraio 2010, C-160/08, *Commissione europea v Repubblica federale di Germania*, ECLI:EU:C:2010:67.

61) C.G.C.E., Sez. III, 25 marzo 2010, C-451/08, *Helmut Müller GmbH v Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, ECLI:EU:C:2010:168.
62) C.G.U.E., Grande Sezione, 20 aprile 2010, C-265/08, *Federutility e altri v Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas*, ECLI:EU:C:2010:205.
63) Concl. Avv. Gen., Verica Trstenjak, 23 maggio 2012, C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce v Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* et alii, ECLI:EU:C:2012:303.
64) C.G.U.E., Sez. III, 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11, *Econord v Comune di Cagno (C-182/11), Comune di Varese, Comune di Solbiate (C-183/11), Comune di Varese*, ECLI:EU:C:2012:758
65) C.G.U.E., Grande Sezione, 19 dicembre 2012, C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento v Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e altri*, ECLI:EU:C:2012:817.
66) Ordinanza C.G.U.E., Sez. X, 16 maggio 2013, C-564/11, *Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e altri v Comune di Pavia e Università degli Studi di Pavia*, ECLI:EU:C:2013:307.
67) C.G.U.E., Sez. V, 13 giugno 2013, C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG v Kreis Düren e Stadt Düren*, ECLI:EU:C:2013:385.
68) Ordinanza C.G.U.E., Sez. X, 20 giugno 2013, C-352/12, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri v Comune di Castelvecchio Subequo, Università degli Studi Chieti Pescara – Dipartimento Scienze e Storia dell'Architettura e Consiglio Nazionale degli Ingegneri v Comune di Barisciano, Scuola di Architettura e Design Vittoria (SAD) dell'Università degli Studi di Camerino*, ECLI:EU:C:2013:416.
69) Conclusioni Avv. Gen., Paolo Mengozzi, 23 gennaio 2014, C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informations-System GmbH v Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, ECLI:EU:C:2014:23.
70) Concl. Avv. Gen., Paolo Mengozzi, 27 febbraio 2014, C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE e Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) v Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda*, ECLI:EU:C:2014:120.
71) C.G.U.E., Sez. V, 19 giugno 2014, C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE e Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) v Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda*, ECLI:EU:C:2014:2004.
72) C.G.U.E., Sez. V, 8 maggio 2014, C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informations-System GmbH v Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, ECLI:EU:C:2014:303.
73) C.G.U.E., Sez. V, 11 dicembre 2014, C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e altri contro San Lorenzo Soc. coop. sociale e Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*, ECLI:EU:C:2014:2440.

74) C.G.U.E., Sez. V, 18 dicembre 2014, C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze v Data Medical Service Srl, Regione Lombardia, Bio-Development Srl*, ECLI:EU:C:2014:2466.
75) C.G.U.E., Grande Sez., 6 ottobre, 2015, C-203/14, *Consorci Sanitari del Maresme v Corporació de Salut del Maresme i la Selva*, ECLI:EU:C:2015:664.
76) C.G.U.E., Sez. V, 28 gennaio 2016, C-50/14, *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA)* et alii *v Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4) and Regione Piemonte*, ECLI:EU:C:2016:56.
77) C.G.U.E., Sez. VI, 18 febbraio 2016, *Repubblica federale di Germania v Commissione europea*, C-446/14 P, ECLI:EU:C:2016:97.
78) C.G.U.E., Sez. V, 12 maggio 2016, C-520/14, *Gemeente Borsele v Staatssecretaris van Financiën*, ECLI:EU:C:2016:334.
79) Concl. Avv. Gen., Paolo Mengozzi, 30 giugno 2016, C-51/15, *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord v Region Hannover*, ECLI:EU:C:2016:504.
80) Concl. dell'Avv. Gen., M. Campos Sánchez-Bordona, 30 giugno 2016, C-171/15, *Connexxion Taxi Services BV v Staat der Nederlanden, Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV e Zorgvervoercentrale Nederland BV*, ECLI:EU:C:2016:506.
81) C.G.U.E., Sez. I, 26 ottobre 2016, C-211/15 P, *Orange v Commissione europea*, ECLI:EU:C:2016:798.
82) C.G.U.E., Sez. IV, 8 dicembre 2016, C-553/15, *Undis Servizi Srl v Comune di Sulmona, Cogesa SpA*, ECLI:EU:C:2016:935.
83) C.G.U.E., Sez. III, 21 dicembre 2016, *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord v Region Hannover*, ECLI:EU:C:2016:985.

II. *Giurisprudenza nazionale*.

1) Cons. Stato, Sez. I, 6 marzo 1956, n. 373, parere, *Min. Int. D.G. Amm. Civ., MM Milano*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 1957, a. CVIII, n. 1, pp. 284-286.
2) Cons. Stato, Sez. I, 2 dicembre 1992, n. 2685, parere, in *Cons. Stato*, 1994, *(Min. Int.) affidamento servizio a s.r.l.*, a. XLV, n. 1, parte I, pp. 284-285.
3) Cons. Stato, Sez. V, 28 settembre 1962, n. 687, *Ponti e Castiglione v Com. Bergamo* (attività funeraria), in *Giust. Civ.*, 1962, a. XII, pt. II, pp. 324-326.
4) Cass. Civ., Sez. Un., 25 novembre 1977, n. 5132, *Com. Bologna v Fratelli Nuzzi S.n.c.* et alii (attività funeraria), in *Foro It.*, 1978, v. CI, pt. 1, pp. 37-40.

5) Cons. Stato, Sez. I, 1 febbraio 1985, n. 130/85, parere, *Smargiassi v Com. Rieti e Soc. Crea*, in *Foro. It.*, 1987, a. CXII, v. CX, pt. III, pp. 435-442.
6) Cons. Stato, Ad. Gen., 17 febbraio 1987, n. 7, parere sul disegno di legge c.d. Nigro in materia di procedimento amministrativo, in Francesco CARINGELLA, Mariano PROTTO (a cura di), *Il nuovo procedimento amministrativo. Commento organico alla Legge 18 Giugno 2009, n. 69, di modifica della L. n. 241/1990*, Dike Giuridica, Roma, 2009, pp. 345-368, spec. pp. 359-360, punto 22.
7) T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 11 gennaio 1995, n. 54, *Commissione controllo sull'Amministrazione regionale della Lombardia v Lombardia Informatica S.p.A. e Regione Lombardia* (confermata da Cons. Stato, Sez. IV, 13 febbraio 1996, n. 147), in *Foro Amm.*, 1995, a. LXXI, n. 4-5, pp. 1037-1041.
8) T.A.R. Lombardia, Brescia, 16 giugno 1995, n. 652, *Ecotrans S.p.A. v Azienda servizi municipalizzati di Mantova e Com. Virgilio* (confermata da Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 1998, n. 432), in *Foro It.*, 1996, a. CXXI, v. CXIX, pp. 155, 165-169.
9) Cons. Stato, Sez. V, 3 agosto 1995, n. 1159, *Italiana per il gas S.p.A. v Azienda acquedotto municipale di Torino e Com. Rivoli* (annulla T.A.R. Piemonte), in *Giorn. Dir. Amm.*, 1996, a. II, n. 3, pp. 239-241.
10) Cons. Stato, Sez. IV, 13 febbraio 1996, n. 147, *Lombardia Informatica S.p.A. e Regione Lombardia v Commissione controllo sull'Amministrazione regionale della Lombardia* (conferma T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 11 gennaio 1995, n. 54), in *Giur. It.*, 1996, a. CXLVIII, pt. III, sez. I, pp. 347-350.
11) Cons. Stato, Sez. II, 28 febbraio 1996, n. 366, richiesto dal Ministero Lavori Pubblici, in *Cons. Stato*, 1996, a. XLVII, pt. I, pp. 1428-1430.
12) Cons. Stato, Sez. I, 17 aprile 1996, n. 3670/95, parere su schema di contratto richiesto dalla Presidenza del Consiglio – Dipartimento servizi tecnici nazionali, in *Foro Amm.*, 1997, a. LXXIII, n. 9, pp. 2361-2362.
13) Cons. Stato, Ad. Gen., 16 maggio 1996, n. 90, recante parere sullo "*schema di regolamento concernente la costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*", in *Cons. Stato*, 1996, a. XLVII, pt. I, pp.1640-1655, nonché in Marco CAMMELLI, Alberto ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Maggioli, Rimini, 1997, pp. 407-433
14) Cons. Stato, Sez. V, 14 novembre 1996, n. 1374, *A.M.G.A. di Genova e Com. Genova c. Acquedotto Nicolay S.p.A.* (conferma T.A.R. Liguria, Sez. II, 29 giugno 1995, n. 314, in *TAR*, 1995, pt. I, pp. 3711), in *Cons. Stato*, 1996, a. XLVII, pt. I, pp. 1739-1742.
15) Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 1996, n. 1396, *Az. Mun. Igiene Ambiente Genova c. Soc. Eco Consult e altro* (solo appello, primo grado ignoto).

16) T.A.R. Lombardia, Brescia, 24 dicembre 1996 n. 1422, *Rural Gas S.r.l. v Com. Castelverde* (annullata da Cons. Stato, Sez. V, 23 aprile 1998, n. 475), in *Giur. It.*, 1997, a. CXLIX, pt. III, sez. I, pp. 426-432).
17) Cons. Stato, Sez. V, 10 marzo 1997, n. 243, *Erogasmet S.p.A. v Azienda servizi municipalizzati di Brescia* (annulla T.A.R. Lombardia, Brescia, 12 agosto 1993, n. 676), in *Cons. Stato*, 1997, a. XLVIII, n. 3, pt. I, pp. 368-370.
18) T.A.R. Lombardia, Milano, 18 aprile 1997, n. 493, *Sigao S.p.A. v Com. Paullo, A.E.M. S.p.A. e Com. Milano*, in *I T.A.R.*, 1997, a. XXIII, n. 7-8, pt. I, pp. 2366-2369.
19) Cons. Stato, Ad. Gen., parere 12 marzo 1998, n. 30/98, in *Foro Amm.*, 1998, a. CXXIII, v. CXXI, pt. III, pp. 350-364.
20) Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 1998, n. 432, *Azienda servizi municipalizzati di Mantova e Com. Virgilio v Ecotrans S.p.A.* (conferma T.A.R. Lombardia, Brescia, 16 giugno 1995, n. 652), in *Foro Amm.*, 1999, a. CXXIV, v. CXXII, pp. 397, 407-411 e in *Cons. Stato*, 1998, a. XLIX, n. 4, pt. I, pp- 591-596.
21) Cons. Stato, Sez. V, 23 aprile 1998, n. 475, *Com. Castelverde v Rural Gas S.r.l. e Azienda Energetica Municipalizzata di Cremona* (annulla T.A.R. Lombardia, Brescia, 24 dicembre 1996 n. 1422), in *Foro It.*, 1999, a. CXXIV, v. CXXII, pp. 396-407 e in *Cons. Stato*, 1998, a. XLIX, n. 4, pt. I, pp. 610-614.
22) Cons. Stato, Sez. V, 23 aprile 1998, n. 477, *Com. Paullo e Azienda Energetica Municipale di Milano S.p.a. v Basil Gas S.r.l.* (appello di T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 18 aprile 1997, n. 493), in *Giur. It.*, 1998, pp. 2184-2187.
23) Cons. Stato, Ad. Plen., ord. 30 marzo 2000, n. 1, *Borrelli v Asl 1 di Caserta* (annulla T.A.R. Campania, Napoli, 19 maggio 1999, n. 2264), in *Foro It.*, 2000, a. CXXV, v. CXXIII, pt. III, pp. 365-405.
24) Cons. Stato, Sez. V, 9 maggio 2001, n. 2605, *T. S.r.l. v Consorzio A.G.A.C. Azienda Gas Acqua Consorzio di Reggio Emilia* (appello di T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 18 settembre 1995, n. 317).
25) Cons. Stato, Sez. IV, 1 agosto 2001, n. 4206, *ILVA S.p.A. v Cristina Pozzi* et alii (annulla T.A.R. Liguria, Sez. I, 29 gennaio 2001, n. 52), su accordo di programma.
26) Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, *A.A.T.O. Toscana Alto Valdarno e Com. Sinalunga* et alii *v U.V. S.p.A. e Com. Castiglion Fibocchi* et alii (annulla T.A.R. Toscana, Sez. I, 15 gennaio 2001, n. 24, in *TAR*, 2000, I, p. 4703), in *Cons. Stato*, 2001, a. LII, n. 9, pt. I, pp. 1949-1980.
27) Cons. Stato, Sez. V, 4 aprile 2002, n. 1874, *ASM Pavia S.p.A. v Metano Pavese S.p.A.* (appello di T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 20 ottobre 2000, n. 6044).

28) Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2002, n. 1902, *Com. Potenza v Min. Trasporti* (conferma di T.A.R. Basilicata, 14 novembre 2001, n. 695), in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, a. VIII, n. 9, pp. 946-951.
29) Corte Conti, Sez. Giur. Puglia, 21 marzo 2003, n. 244.
30) Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2005, n. 931, *ASM Pavia S.p.A. v Pizzamiglio A. & C. S.n.c.* (appello di T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 3 ottobre 2000, n. 5806).
31) T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 16 marzo 2005, n. 612, *Consorzio Lombardia Sanità v Azienda Ospedaliera "G. Salvini" di Garbagnate Milanese* (primo grado, segue appello).
32) Cons. Stato, Sez. V, 30 maggio 2005, n. 2756, *Enel So.L.E. S.p.A.* et alii *v Com. Napoli e Acea S.p.A.* in *Cons. Stato*, 2005, a. LVI, n. 5-6, pt. 1, pp. 945-950 (appello di T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 30 ottobre 2003, n. 13205, in *TAR*, 2003, I, 4739).
33) Cass. Civ., Sez. Unite, ord., 13 luglio 2006, n. 15893, *Com. Segrate v Com. Sesto San Giovanni*.
34) T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 17 luglio 2006, n. 1837, *Manutencoop Servizi Ambientali S.p.A. v Com. Cormano e AMSA S.p.A.* (primo grado, segue appello).
35) Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 2007, n. 1707, *Consorzio Lombardia Sanità v Azienda Ospedaliera "G. Salvini" di Garbagnate Milanese* (appello).
36) Cons. Giust. Amm. Sicilia, Sez. Giurisd., 4 settembre 2007, n. 719, *Catania Multiservizi S.P.A. v Luce Perpetua s.n.c. nei confronti di Comune di Catania* (conferma sentenza T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 13 febbraio 2006, n. 198).
37) Cons. Stato, Sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6736, *AMSA S.p.A. e Com. Cormano v Manutencoop Servizi Ambientali S.p.A.* (appello).
38) T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 28 febbraio 2008, n. 494, *Croce Amica S.r.l. e Croce Amica Servizi Sanitari S.r.l. v Azienda Ulss n. 20 di Verona* (non proposto appello).
39) T.A.R. Liguria, Sez. II, 30 ottobre 2008, n. 1925, *Società Freeair-Helicopters S.p.A. v Reg. Liguria e Min. Interno, Corpo Naz. Vigili del Fuoco* (primo grado, segue appello).
40) T.A.R. Toscana, Sez. II, 23 gennaio 2009, n. 82, *Università degli Studi di Siena v Gestione Liquidatoria ex U.S.L. n. 30* (primo grado, segue appello).
41) Cons. Stato, Sez. V, 13 luglio 2010, n. 4539, *Società Freeair-Helicopters S.p.A. v Reg. Liguria e Min. Interno, Corpo Naz. Vigili del Fuoco* (appello, *in parte qua*).
42) T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 21 luglio 2010, n. 1791, *Mariello v Com. Lecce e Univ. Genova* (appello pendente R.G. n. 8672/2010).
43) T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*quater*, 1 settembre 2011, n. 7106, *3 A Progetti S.p.A. v Consorzio per lo Sviluppo Industriale della Provincia di*

Rieti e Provincia di Rieti (riformata da Cons. Stato, Sez. V, 30 settembre 2013, n. 4832).

44) Cons. Stato, Sez. III, 25 gennaio 2012, n. 324, *Federfarma Terni e Federfarma Umbria v Azienda Unità Sanitaria Locale n. 4 e Regione Umbria* (appello di T.A.R. Umbria, n. 137/2006).

45) T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 4 aprile 2012, n. 1580, *Centro per l'Innovazione e la Sperimentazione Educativa Milano (CISEM)* (non proposto appello).

46) T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 8 aprile 2013, n. 3517, *Associazione Elicotteristica Italiana* (appello pendente R.G. n. 8681/2013).

47) T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 8 aprile 2013, n. 3518, *Elifriulia S.r.l.* (appello pendente R.G. n. 8683/2013).

48) T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 17 maggio 2013, n. 1288, *Baldoni S.r.l.* et alii *v Regione Lombardia, Finlombarda S.p.A.* (confermata da Cons. Stato, Sez. V, 21 luglio 2015, n. 3616).

49) T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 14 giugno 2013, n. 767, *Farmacie Comunali di Torino S.p.A. v Com. Vinovo* (primo grado, segue appello).

50) Cons. Stato, Sez. V, 30 settembre 2013, n. 4832, *3 A Progetti S.p.A. v Consorzio per lo Sviluppo Industriale della Provincia di Rieti e Provincia di Rieti* (riforma T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*quater*, 1 settembre 2011, n. 7106).

51) Cons. Stato, Sez. II, 30 gennaio 2014, n. 298, parere avente ad oggetto "Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Dipartimento per la Programmazione e la gestione delle risorse umane, finanziarie e strumentali. Quesito in materia di affidamento in via diretta a CINECA, da parte del MIUR, di servizi nel campo dell'informatica, concernenti il sistema universitario, della ricerca e scolastico".

52) T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 14 febbraio 2014, n. 1039, *An. Ac. et alii v Reg. Campania e Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli e Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Salerno* (appello pendente R.G. n. 6337/2014).

53) Corte Conti, Lombardia, Sez. Contr., 11 marzo 2014, n. 107.

54) T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 4 aprile 2014, n. 559, *Be Smart S.r.l. v Università della Calabria e Consorzio Interuniversitario Cineca*.

55) Cons. Stato, Sez. II, 22 aprile 2014, n. 1178, parere avente ad oggetto "Ministero dell'Economia e delle Finanze – Agenzia del Demanio – Forme di "cooperazione orizzontale tra soggetti pubblici volte a garantire congiuntamente l'esecuzione di compiti di interesse pubblico – Recente evoluzione dei principi dettati in materia dalla giurisprudenza comunitaria – Riflessi sull'attività di collaborazione e supporto che l'Agenzia del Demanio presta in favore di enti territoriali ed enti pubblici – Quesito".

56) T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*bis*, 6 maggio 2014, n. 4709, *So.G.I.N. S.p.A.* (non proposto appello).

57) Cons. Stato, Sez. VI, 9 maggio 2014, n. 2927, *Gestione Liquidatoria ex U.S.L. n. 30 v Università degli Studi di Siena* (appello).
58) Cons. Stato, Sez. V, 23 giugno 2014, n. 3145, *Com. Monza v Prov. Monza e Brianza e Brianza Trasporti Scarl* (riforma di T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, n. 1912/2013).
59) Cons. Stato, Sez. III, 7 maggio 2015, n. 2291, *Markas S.r.l. v Azienda Sanitaria Locale di Brindisi* (appello di T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, n. 2986/2014).
60) Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, *Consorzio Interuniversitario Cineca v Be Smart S.r.l. e Università della Calabria*.Cons. Stato, Sez. III, 13 novembre 2014, n. 5587, *Farmacie Comunali di Torino S.p.A. v Com. Vinovo e Azienda Speciale Multiservizi di Venaria Reale* (appello).
61) T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 9 giugno 2015, n. 1047, ordinanza, *Consi Copra Società Cooperativa v Azienda Ospedaliera "Istituti Ospitalieri" di Cremona e Coopservice Società Cooperativa per Azioni* (non proposto appello).
62) T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 11 giugno 2015, n. 889, *Sol s.p.a. v ESTAR - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale* (riformata da Cons. Stato, Sez. III, 4 febbraio 2016, n. 445).
63) Cons. Stato, Sez. V, 21 luglio 2015, n. 3616, *Baldoni S.r.l.* et alii *v Regione Lombardia, Finlombarda S.p.A.* (conferma di T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 17 maggio 2013, n. 1288).
64) T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 15 ottobre 2015, n. 2170, *Aste On Line S.n.c. v Camera di Commercio Industria Artigianato Agricoltura di Milano e Ministero della Giustizia, Tribunale di Milano* (riformata da Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2016, n. 1690).
65) T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 12 gennaio 2016, n. 34, *Consi Copra Società Cooperativa v Azienda Ospedaliera "Istituti Ospitalieri" di Cremona e Coopservice Società Cooperativa per Azioni* (non proposto appello).
66) Cons. Stato, Sez. III, 4 febbraio 2016, n. 445, *Sol s.p.a. v ESTAR - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale* (riforma di T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 11 giugno 2015, n. 889).
67) Cons. Stato, Sez. III, 19 febbraio 2016, n. 697, *Consorzio Intercomunale del Novese dei Servizi Alla Persona (C.S.P.) v Caniggiabus S.r.l.* (conferma di T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, n. 1236/2015).
68) Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2016, n. 1690, *Ministero della Giustizia, Tribunale di Milano v Aste On Line S.n.c. e Camera di Commercio Industria Artigianato Agricoltura di Milano* (riforma della sentenza del T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, n. 2170/2015).
69) T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 9 maggio 2016, n. 639, *Aprica S.p.A. v Com. Castenedolo* (non proposto appello).
70) T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 17 maggio 2016, n. 691, *G.Eco S.r.l. v Com. Cologno al Serio* (non proposto appello).

71) Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2016, n. 2535, *Enel Sole S.r.l. v Comune di Gavardo* (conferma T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, n. 438/2015).
72) T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 12 agosto 2016, n. 777, *Spira S.r.l. v Beni Comuni S.r.l.*.
73) T.A.R. Valle d'Aosta, 20 febbraio 2017, n. 7, *IN.VA. S.p.A. v Comune di Saint-Vincent*.

COMUNICAZIONI EUROPEE E ATTI NAZIONALI[604]

I. *Comunicazioni europee*.

1) Comunicazione della Commissione del 11 settembre 1996, COM(96) 443 def., *I servizi d'interesse genrale in Europa* (punto 18).
2) Libro Bianco della Commissione europea dell'11 marzo 1998, sugli "*appalti pubblici*" (p. 11, nt. 10).
3) Comunicazione interpretativa della Commissione Europea del 29 aprile 2000, 2000C 121/02, sulle concessioni nel diritto comunitario.
4) Comunicazione della Commissione, *I servizi d'interesse generale in Europa*, COM(2000) 580 def., 20 settembre 2000, punto 14.
5) Comunicazione della Commissione del 19 gennaio 2001, 2001/C 17/04, *I servizi d'interesse generale in Europa* (punti 14 e 28).
6) Libro Verde della Commissione europeadel 21 maggio 2003, COM(2003) 270, sui "*servizi di interesse generale*" (punti 79 e 80).
7) Risoluzione del Parlamento europeo del 14 gennaio 2004, COM(2003) 270-2003/2152(INI), P5_TA(2004)0018, sul *Libro Verde sui servizi di interesse generale* [del 21 maggio 2003] (punti 19 e 35).
8) "*Briefing Note*" del Parlamento europeo, DG Internal Policies of the Union, del 1 settembre 2006, IP/A/IMCO/FWC/2005-33/SC8, avente ad oggetto "*The Applicability of Internal Market Rules for Inter-Communal Co-operations*".
9) Comunicazione della Commissione europea del 30 dicembre 2006, n. 2006/C 323/01, avente ad oggetto "[*d*]*isciplina comunitaria in materia di aiuti di stato a favore di ricerca, sviluppo ed innovazione*".
10) Risoluzione del Parlamento europeo del 26 ottobre 2006, sui "*partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*", P6_TA(2006)0462, sezione in tema di "c*ooperazione tra enti locali*", punti 42-48.
11) Comunicazione interpretativa Commissione Europea del, 5 febbraio 2008, C(2007)6661 sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI).
12) Risoluzione del Parlamento europeo del 18 maggio 2010, 2011/C 161 E/06, P7_TA(2010)0173, sui "*nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici*" (punti 9-12).
13) Libro Verde della Commissione europea del 27 gennaio 2011, per la "*modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici.*

[604] Le comunicazioni e gli atti in elenco sono stati citati nel testo o comunque sono stati consultati durante la ricerca.

Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti", sezione 2.3, in tema di "*Cooperazione pubblico-pubblico*" (pp. 24-26).

14) proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2011, COM(2011) 0897 def., 2011/0437 (COD), sull'aggiudicazione dei contratti di concessione,.
15) proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2011, COM(2011) 0896, 2011/0438(COD), sugli appalti pubblici.
16) proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2011, COM(2011) 0895, 2011/0439(COD), sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.
17) Documento di lavoro dei Servizi della Commissione europea del 4 ottobre 2011, n. 1169 def., "*in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico")*", sezione 3.3, in tema di "*Cooperazione non istituzionalizzata/orizzontale per garantire congiuntamente l'esecuzione di compiti di interesse pubblico*" (pp. 14-19).
18) Comunicazione della Commissione del 11 gennaio 2012, 2012/C, 8/02, sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale.
19) Comunicazione della Commissione del 11 gennaio 2012, 2012/C 8/03, avente ad oggetto "[*d*]*isciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico (2011)*".
20) Documento di lavoro dei Servizi della Commissione europea del 9 ottobre 2012, n. 342 final, recante "[*a*]*nnual public procurement implementation review*" (p. 29).
21) Relazione del Parlamento europeo del 11 gennaio 2013, A7-0007/2013, in tema di appalti pubblici.
22) Relazione del Parlamento europeo del 7 febbraio 2013, A7-0034/2013, in tema di appalti nei settori speciali.
23) Commissione europea, DG Internal Market and Services, *New Rules on Public Contracts and Concessions. Simpler and More Flexible*, 2014.
24) Nico SPIEGEL, Lukasz ROZANSKI (European Commission, DG Internal Market and Services), *Public-Public Cooperation*, slides for Meeting of the Commission Government Expert Group on Public Procurement, 19 and 20 May 2014.
25) Comunicazione della Commissione del 19 luglio 2016, 2016/C, 262/01, sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

II. *Atti nazionali*.

1) A.G.C.M. segnalazione del 12 novembre 1997, recante "*disposizioni in materia di ordinamento e autonomia degli enti locali*", in *Bollettino*, n. 44 del 17 novembre 1997.
2) A.G.C.M., segnalazione del 24 luglio 2008, AS 457, recante "*disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*".
3) A.G.C.M., segnalazione 4 agosto 2008, AS468, recante "*affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d.* in house".
4) Presidenza del Consiglio dei Ministri, Segretariato Generale, Ufficio Bilancio e Ragioneria, Capo Ufficio, circolare del 9 marzo 2010, prot. n. 6598, recante "*cooperazione tra amministrazioni pubbliche (cooperazione pubblico-pubblico), ed in particolare gli accordi ex articolo 15 della legge n°241 del 1990*".
5) A.V.C.P., audizione del 7 luglio 2010, recante "*osservazioni sul documento di base "problematiche relative alla partecipazione alle gare di cui al D.lg. n. 163/2006 delle Università e degli istituti similari'"*".
6) A.G.C.M., segnalazione del 10 settembre 2010, AS755, recante "*gestione informatizzata degli atenei universitari*".
7) A.V.C.P., deliberazione del 18 maggio 2011, n. 51, recante "*verifica configurazione della società Seprio Patrimonio Servizi S.r.l. quale società in house del Comune di Tradate (VA) – verifica della legittimità delle procedure di affidamento*" (questione affidamento lavori di altra società in house e affidamento servizio farmaceutico non esclusivo).
8) A.V.C.P., deliberazione del 8 febbraio 2012, n. 14, recante "*convenzione per la stampa e la diffusione del Bollettino Ufficiale della Regione Lazio tra Regione Lazio e Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.*".
9) A.V.C.P., atto del 18 luglio 2013, G 24/13, recante "*richiesta di parere – Presidenza del Consiglio dei Ministri – Convenzioni con soggetti pubblici o privati in deroga o in luogo di Accordi quadro – Soluzioni abitative di emergenza e servizio di recupero salme – Obbligo di rispetto delle procedure del Codice dei contratti pubblici – Procedure da adottare nei casi di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili*".
10) A.V.C.P., parere sulla normativa, 30 luglio 2013, AG 42/13, avente ad oggetto "*richiesta di parere – Ministero per i Beni e le Attività Culturali – Convenzione con il Consorzio interuniversitario ReLUIS e contratti di ricerca collegati – Obblighi di tracciabilità di cui alla legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modificazioni*".
11) A.G.C.M., segnalazione del 27 agosto 2013, AS1075, recante "*affidamento in via diretta a Cineca di servizi nel campo dell'informatica relativi al sistema universitario della ricerca e scolastico*".
12) A.V.C.P., atto del 23 aprile 2014, AG 20/2014, recante "*richiesta di parere Comune di Casalpusterlengo – Servizio di assistenza alla stazione*

appaltante, ricognizione delle reti, valutazione estimativa degli impianti – Affidamento diretto ad Anci Lombardia – Accordi di collaborazione art. 15 l. 241/90".

13) A.N.A.C., deliberazione n. 5 del 8 gennaio 2015, avente ad oggetto "[*r*]*apporti contrattuali tra Ministero dell'Interno, Università Tor Vergata e società Nestor scarl in tema di ricerca, sviluppo sperimentale e applicazione di tecnologie innovative nei settori dell'Information Technology inerenti ai Servizi Demografici (CNSD) e per il progetto CIE (Carta d'identità elettronica)*".

14) Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere consultivo del 21 marzo 2016, rilasciato in data 1 aprile 2016, n. 855, avente ad oggetto "*Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Ufficio legislativo. Schema di decreto legislativo recante "Codice degi appalti pubblici e dei contratti di concessione", ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11*".

RICONOSCIMENTI

Non è il molto sapere che sazia e soddisfa l'anima,
ma il sentire e gustare le cose interiormente
S. Ignazio di Loyola

Ciò che si è sviluppato nel tempo esige tempo per essere assimilato
e ciò che dovrà sfidare il tempo richiede tempo per essere costruito
Gregorio Penco

In verità, non c'è teoria che non sia un frammento,
accuratamente preparato, di qualche autobiografia
Paul Valéry

Il vero viaggio di scoperta non consiste
nel cercare nuove terre, ma nell'avere nuovi occhi
Marcel Proust

Felicità raggiunta, si cammina
per te sul fil di lama
Eugenio Montale

Knowledge management è l'espressione che racchiude il senso della ricerca svolta e del tempo impiegato. Tale espressione richiede una spiegazione, soprattutto poiché scoperta *a posteriori*. Nello svolgimento della tesi ho cercato di "gestire" il sapere per poterlo anche apprendere, e il compito non è stato facile: a volte mi sono trovato a seguire il filo di Arianna, altre volte avevo davanti a me la tela di Penelope, solo raramente il lavoro si è svolto come si scioglie il nodo delle stringhe delle scarpe, nel desiderio di potere slegare il laccio del sandalo per chi deve ancora venire. Questo succedeva ogni volta che mi trovavo di fronte ad assiomi, da superare per ragioni storiche o dogmatiche, o semplicemente per il mutare del diritto positivo. In pratica, mi accorgevo che « *più che di individuare il vero e il falso, si trattava di capire come gli uomini avessero a poco a poco superato delle contraddizioni* » [Claude LÉVI-STRAUSS, *Tristi tropici*, Il Saggiatore, Milano, 2011 (3° ed., 1960), Cap. VI, *Come si diventa etnologi*, pp. 43-51, cit. p. 44]. Occorreva, dunque, mettere ordine ad un sapere monumentale ed enciclopedico, non lineare e non omogeneo, stratificato e

giustapposto, condizionato da correnti dottrinali, da regimi legislativi e da indirizzi giurisprudenziali; come diceva Montaigne « [*c*]*'è più da fare a interpretare le interpretazioni che a interpretare le cose. E più libri sui libri che su altri argomenti: non facciamo che commentarci a vicenda* » (Michel DE MONTAIGNE, *Saggi*, a cura di Fausta Garavini e André Tournon, Bompiani, Milano, 2012, Libro III, Cap. 13, *Dell'esperienza*, p. 1989). Via via sentivo come mio compito il bisogno di comprendere per spiegare. Spiegare è una necessità ovvia nella ricerca scientifica, invece comprendere è un risultato non scontato nelle scienze sociali, comportando l'esigenza di mettere a sistema il contesto attraverso l'interpretazione congiunta di fatti e valori. Comprendere serviva a dare una direzione alla mia ricerca, che non poteva limitarsi alla spiegazione di vecchi concetti, ma doveva misurarsi con l'introduzione di una nuova disposizione, ancora da spiegare; comprendevo così che « [*s*]*e siamo alla ricerca di nuove direzioni nel campo della scienza, dobbiamo cercare rivoluzioni scientifiche.* […] *Ci sono due tipi di rivoluzioni scientifiche: quelle che dipendono da nuovi strumenti e quelle che dipendono da nuovi concetti.* […] *Il risultato di una rivoluzione che dipende da concetti è quello di spiegare cose vecchie in modo nuovo. Il risultato di una rivoluzione che dipende da strumenti è quello di scoprire cose nuove che devono essere spiegate* » [Freeman J. DYSON, *Imagined Worlds*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1997, pp. 49-51]. Con altre parole, l'idea di rivoluzione scientifica veniva riformulata anche da Domenico Sorace quando, osservando il campo dei servizi pubblici in Italia, affermava che « *si scoprono cose che da altre parti esistevano già, dico si scoprono appunto, non si inventano, perché si tratta solo di sollevare le coperte. Si scopre la concorrenza che c'era ben sappiamo da moltissimo tempo* » (Domenico SORACE, *Introduzione al tema*, in Paola CHIRULLI, Roberto MICCÙ (a cura di), *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in memoria di Salvatore Cattaneo*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 45-51, cit. p. 46). L'inconveniente sorprendente stava nel fatto che il bisogno di comprensione era nato proprio per l'insofferenza nei confronti di una tanto facile, quanto inadatta spiegazione assiomatica del contratto di cooperazione, il che me lo faceva apparire come un istituto contradditorio nel regime, negli effetti e nel contenuto,

volendo credere fermamente che « [*n*]*el diritto la comprensione è un requisito minimo strumentale, non finale, dal momento che si parla non per intendersi ma al fine di far prevalere le proprie ragioni su quelle altrui* » (Silvia ZORZETTO, Repetita iuvant*?, Sulle ridondanze nel diritto*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 134, nt. 26). In altri termini, non si poteva nemmeno invocare la rilevanza delle libertà fondamentali di diritto europe nell'ambito del contratto di cooperazione senza comprendere il suo campo elettivo. Dunque, la comprensione dell'istituto e l'individuazione del suo ambito diveniva lo scopo ultimo della ricerca. Riconoscere questo processo non è stato banale, anzi mi ha portato a comprendere i risultati (le ipotesi e le tesi appena svolte) solo attraverso la spiegazione dei processi di elaborazione e di evoluzione del pensiero dominante, che dottrina e giurisprudenza di volta in volta seguivano più o meno consapevolmente. Era semplice, infatti, seguire la corrente dominante in modo acritico, senza avvertire il monito secondo cui "*la tradizione non consiste nel mantenere le ceneri ma nel mantenere viva una fiamma*" (Jean Léon JUARÉS). Era, quindi, necessario soppesare l'onere derivante dall'adesione involontaria alla nota ideologia filo-liberalizzatrice e alla solita logica pseudo-europeista, secondo cui beni e servizi non sono deducibili in contratti tra enti pubblici, dato il rischio di determinare effetti antitrust (anti-concorrenziali) o protezionistici (contrari al mercato interno), tanto scongiurabile da giustificare la rilevanza dell'obbligo di gara, sebbene non fossse configurabile come esternalizzazione l'affidamento ad altro ente pubblico di beni e servizi. Questo processo di elaborazione del pensiero (un pensiero nuovo a partire da quello tradizionale) mi ha reso consapevole che "*prestare attenzione a quanto la razionalità filosofica o scientifica può suggerire o talvolta apertamente mostrare non vuole dire obbligarsi ad assumere la forma di ragionare dell'altro, ma ascoltare con intelligenza le sue ragioni*" [Josè PIEPER (1904-1997), citato nel *Breviario* settimanale di Gianfranco Ravasi contenuto nell'inserto del Sole 24 Ore, *Domenica*, n. 146 del 29 maggio 2016, p. 36]. Ho dovuto, dunque, trarre spunto da molteplici argomenti opinabili, anche se assiomatizzati, sottesi al contesto e ai testi normativi e dottrinali, per ricostruire il percorso elaborato in ambito europeo, scoprendo poi come ogni passo andava ad aggiungersi a quelli precedenti, senza alcuna sovrapposizione. Mi si apriva sotto

gli occhi così un percorso ricostruttivo in maniera quasi naturale e spontanea. Questo percorso, però, era intervallato da tante false partenze che la giurisprudenza europea aveva portato avanti per tentare di dare una spiegazione logica e giuridica al fenomeno della contrattualizzazione delle funzioni pubbliche, della cooperazione nei servizi pubblici e della centralizzazione delle commesse pubbliche, mutuando inizialmente alla cooperazione contrattuale sia la logica del monopsonio obbligatorio nelle attività riservate che la logica dell'*in house providing* incidente sulle attività libere per poi discostarsene ed arrivare a riconoscere un principio banale, ma per nulla ovvio, ossia il principio della libertà d'acquisto di beni e servizi prodotti da altro ente pubblico, seppure strumentali al servizio pubblico. Nel ricostruire le tappe è stato per me decisivo prendere coscienza del significato di "triggering" di una norma, concetto che emergeva dallo studio dei commenti in lingua inglese delle sentenze europee: veniva usato il verbo "to trigger" con il significato di 'innesco', per descrivere quelle situazioni in cui una norma non doveva trovare applicazione mancando le condizioni per il suo innesco, nonostante l'interpretazione formale dei presupposti lo potesse rendere giustificabile. E questo ragionamento è adatto pienamente per spiegare la rilevanza del diritto europeo dei contratti pubblici, e mettere in luce le condizioni implicite del campo di applicazione di tale regime: infatti, l'obbligo di gara viene in rilievo quando l'oggetto del contratto è un'attività economica, che sarebbe naturalmente soggetta al diritto della concorrenza, ma senza implicare necessariamente la liberalizzazione del contratto, ma tale regime trova applicazione, cioè "innesco", solo in caso di esternalizzazione dell'attività. Ripercorrendo le tappe percorse dalla giurisprudenza europea, ho potuto così scoprire in modo personale ed autentico l'intima verità della frase per cui "*è meglio zoppicare sulla via che camminare speditamente fuori strada*" (Agostino, *Sermo*, CXLI, 4, *PL* 38, pp. 777-778).

Quando si cammina si segue un percorso, ma si possono incontrare persone che battono nuove piste. Vivendo in città, ho spesso incontrato persone che hanno percorso piste alternative di vita. Due persone mi tornano in mente e nel cuore. C'è un uomo sulla cinquantina che incrocio da tre anni sul far della sera mentre torno da Bicocca, anche lui torna da lavoro, ha una pedalata veloce, ma non è per nulla sportivo, sembra accaldato, mai affannato, gira con

camicia a maniche corte anche in autunno, su una bici da donna, il suo volto è sempre severo e il suo sguardo duro, incorniciato da occhiali spessi e d'altri tempi; mi sono sempre domandato che cosa lo spinga a muoversi tanto di fretta e da dove venga esattamente, anche se è capitato di incontrarlo ben prima del cimitero di Greco. Un altro uomo ritorna nel mio quotidiano; ha sempre gli occhi gonfi e lo sguardo rintontito, anche se il pizzetto a punta lascia pensare ad una certa cura per il suo aspetto, vive ai piedi di uno stabile signorile, in una nicchia al riparo dal vento, in questi anni ha trasformato il suo giaciglio in depandance, che monta e smonta ogni giorno, in vista della notte. Non parla mai e non si alza mai dal suo posto, è immobile, anche se riceve l'affetto del quartiere. Non conosco il loro nome, ma sono persone che mi scuotono dall'indifferenza, aspettando il giorno in cui avrò il coraggio di scambiare due parole oltre ai sorrisi. La stessa scena capita davanti al contegno pacato e gentile dell'odontotecnico della finestra di fronte che lavora indefesso oltre ogni tempo massimo, e nasce all'ascolto del trombettista anonimo che si esercita ogni giorno nell'intervallo del pranzo, sebbene non mi sia ancora chiaro da quale palazzo provenga la sua melodia. Anche loro mi hanno interrogato sul senso del mio lavoro e della condivisione di valori ed esperienze in comune.

Incontri profondi e incontri intensi non sono mancati in questi anni; Chiara Beatrice ne ha fatto tesoro (meglio di quanto lo sappia fare io): è la sentinella della mia *revolución*, e io il suo abbraccio (il pronome possessivo è usato come genitivo in senso soggettivo). Mi ha fatto gran bene condividere tutto con Matt e Krzysztof a Nottingham, dove ho incontrato Alessandra l'europeista bresciana, Vanessa la cuoca bolzanina, Rossella l'umanitarista catanese, Emma l'internazionalista romana, Rossella la chimica cagliaritana, Francesco il biologo milanese, Francesca la masterizzata napoletana. Al mio ritorno, Mirela e Monica mi hanno dato prova di una tenacia da imitare per far combaciare vita e lavoro, Isabella è stata la mia *ghost reader* in alcuni momenti, ma soprattutto amica attenta, Elisa ha profuso consigli e suggerimenti. Antonietta, Denise e Valeria era con me nel deserto. Rika è l'oriente che avanza (e *Sorry* di Justin Bieber) e Arcadia è l'occidente che ritorna (e *All'alba sorgerò*, sigla di *Frozen*), segni di un movimento inarrestabile. Negli ultimi mesi, Monica, la francese, è apparsa ed è

scomparsa: non si vede mai, ma c'è sempre, soprattutto per sognare nuovi viaggi (e magari farne anche uno). Fulvia non si dimentica e non mi scorda. Carlo c'era prima e c'è stato di nuovo, dovremo incontrarci ancora, di sorpresa però. Sotto scadenza, Rossella mi ha dato un'attenzione non cercata e tanto cara e buona. Grazie a Carlotta per le riflessioni in itinere e per le conclusioni finali. E, poi, ho incontrato Caterina, che è xenìa, káiros e shibumi. Ai miei affetti più incrollabili dico grazie: Simone, per avere corrisposto amicizia, Giovanni, per esserci ritrovati cambiati e ancora vicini, Riccardo, per la genuinità delle chiacchierate. Ringrazio l'avv. Gaetano Galeone per il buonumore e l'ospitalità insieme a Simone. La mia famiglia c'è stata sempre, e si è anche ingrandita negli ultimi anni: Giulia di cinque anni e Beatrice che ne ha appena compiuti due, loro sono il cuore del mio cuore. Mia mamma, Valentina e Marco non sono mai venuti meno. Un ricordo va ai defunti del cimitero di Greco quando il buio è punteggiato da luci arancioni. Formativa e stimolante l'esperienza di rappresentante dei dottorandi nel collegio docenti del mio corso di Dottorato, nel Consiglio della Scuola Unica di Dottorato e nel Consiglio degli Studenti. Un pensiero speciale va ai frutti del pommelo piantato nel giardino del Consiglio di Stato.

L'incontro con i libri ha avuto un ruolo fondamentale nella ricerca. Librerie e biblioteche sono state la mia mangiatoia, dove ho potuto aprire in pianta stabile il mio ufficio ambulante, superando allagamenti, incendi, scioperi, impreviste chiusure anticipate, forature di gomma, mentre si ergevano le fondamenta del nuovo dormitorio ai piedi delle cime bianche all'orizzonte della Bicocca. La Hoepli, la rinata Rizzoli della Galleria e la Feltrinelli della Stazione Centrale sono sempre rifornitissime e comodissime. È stato un piacere potere studiare alla *Hallward Library* dell'Università di Nottingham e tornare alla Sala del '700 in Statale per i volumi storici e antichi. La mia ricerca non sarebbe stata la stessa senza la biblioteca centrale dell'Università di Milano-Bicocca, che si è arricchita di una lusinghiera sezione di opere in tema di *public procurement* in lingua inglese. Tutto il personale bibliotecario, incluso quello nel *back-office*, è stato preziosissimo nel fornire il migliore servizio possibile, puntuale e gratuito, a fronte degli oltre 145 libri ricevuti in prestito, delle oltre 135 richieste di fornitura di materiale inter-bibliotecario e degli

innumerevoli libri acquistati. Tra i tanti, ricordo con gratitudine Barbara e Ornella alle macchine fotocopiatrici, Michele e Stefania al banco prestiti, Valentina alla cassa della mensa.
Bisogna leggere libri per imparare a leggere testi, bisogna sapere leggere i testi per imparare a scrivere, bisogna sapere scrivere riga dopo riga per imparare a scrivere libri. Sulla bellezza della scoperta di libri nuovi devo tutto alla spiegazione di Mark FORSYTH, *L'ignoto ignoto. Le librerie e il piacere di non trovare quello che cercavi*, Laterza, Roma-Bari, 2015, per avermi ricordato che « [*l*]*e cose migliori sono quelle di cui non conoscevi l'esistenza fino al momento in cui non le hai avute* » (p. 7). I libri sconosciuti sono paragonabili a nuovi incontri esattamente per il fatto che « [*n*]*on ci siamo mai conosciuti. E non posso cercarli, visto che non ne conosco neppure i nomi. Sono degli ignoti ignoti, e non posso struggermi dal desiderio di incontrarli, considerata la mia doppia ignoranza* » (p. 5). La spinta a leggere un nuovo libro viene dal desiderio, come con le persone, e « *i desideri possono espandersi all'infinito. Espandersi, non essere soddisfatti, perché che gusto c'è a soddisfare un desiderio che si ha già? Farlo non ci renderà migliori o più grandi. Un desiderio soddisfatto è cosa misera e meschina. Un desiderio nuovo, invece…* » (p. 10). In conclusione, « [*i*]*l messaggio è che non ci sono le "cose note". Ci sono cose che sappiamo di sapere. Ci sono cose che sappiamo di non sapere. Ma c'è anche l'ignoto ignoto, cioè le cose che non sappiamo di non sapere. Così quando facciamo del nostro meglio e cerchiamo di mettere insieme tutte queste informazioni e diciamo qual è la situazione che ci sembra di aver visto, in realtà ci riferiamo solo alle cose che sappiamo di sapere e a quelle che sappiamo di non sapere. E ogni anno scopriamo qualcuna in più di quelle cose che non sappiamo di non sapere. Sembra un indovinello. Ma non lo è. È una cosa molto seria, importante* » (p. 26).
Leggere cambia la *forma mentis*: alcuni libri fanno riflettere subito, mentre li stai leggend; altri portano a riflettere dopo che sei arrivato alla fine. Nella mia esperienza, gli scrittori americani vantano il primo merito, quelli francesi il secondo, al netto di quelli italiani che tendenzialmente sono allineati con l'impostazione continentale. Questo luogo comune -comune almeno per me- suppone che una certa *forma mentis* sia influenzata dalla cultura d'origine (ma questa è un'altra questione), e non deve lasciare supporre il primato degli

autori americani, potendo casomai rivelare solo la mia personale preferenza per opere dal valore clarificatorio. Noi tutti, leggendo e riscrivendo, dovremmo sforzarci di ricordare quell'antica tradizione, secondo cui « *oratio* [*quae*] *lumen adhibere rebus debet* » ("l'esposizione deve portare alla luce i fatti", Cicerone, *De oratore*, III, 50), tanto consolidata nel passato (« *lo stile è la fisionomia dello spirito* », in tedesco, "*der Stil ist die Physignomie des Geistes*", tratto da Arthur Schopenhauer, *Sul mestiere dello scrittore e sullo stile*, ed. orig. *Uber Schriftstellerei und Still*, tomo II, *Parerga und Paralipomena*, § 282, *incipit*, Adelphi, Milano 1998, p. 42), quanto viva ed attuale nel presente (« *la lingua è il riflesso fotografico del pensiero: se la lingua è oscura è il pensiero che è rimasto oscuro* », tratto da Giuliano AMATO, *Ricordi in tema di chiarezza della legislazione*, in Roberto ZACCARIA (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, Camera dei Deputati, Roma, 2012, p. 23).

La seguente, dunque, è solo una tassonomia (personalissima), non un elogio del libro migliore che io abbia letto tra quelli ignoti.

Per allargare i punti di vista: Massimo RECALCATI, *La forza del desiderio*, Qiqajon, Bose-Magnano (BI), 2014; Charles DUHIGG, *La dittatura delle abitudini*, Corbaccio, Milano, 2012; Daniel KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Oscar Mondadori, Milano, 2013; Jonathan HAIDT, *Felicità: un'ipotesi: verità moderne e saggezza antica*, Codice, Torino, 2007 (apprezzando la metafora tra l'elefante e il suo portatore, per esprimere la differenza tra intuizione e mente, tra istinto e ragione); Claude LÉVI-STRAUSS, *Tristi tropici*, Il Saggiatore, Milano, 2011 (3° ed., dal 1960), trad. it. a cura di Bianca Garufi, tit. orig. in lingua francese, *Tristes Tropiques*, Plon, Paris, 1955, in particolare, Cap. VI, *Come si diventa etnologi*, pp. 43-51; Richard DAWKINS (a cura di), *The Oxford Book of Modern Science Writing*, Oxford University Press, Oxford, 2008; Gérard DE VECCHI, Nicole CARMONA-MAGNALDI, *Aiutare a costruire le conoscenze*, La Nuova Italia, Scandicci (Firenze), 1999; Douglas HOFSTADTER, *Concetti fluidi e analogie creative*, Adelphi, Milano, 1995; Viktor E. FRANKL, *Uno psicologo nel lager*, Ares, Milano, 2005 (17° ed., 1945); Viktor E. FRANKL, *Senso e valori per l'esistenza: la risposta della logoterapia*, Città Nuova, Roma (2° ed., 1994; ed. orig. *The Will to Meaning*, 1969); Elie WIESEL, *Sei riflessioni sul Talmud*, Bompiani, Milano, 2000;

Charles WRIGHT MILLS, *Colletti bianchi. La classe media americana*, Einaudi, Torino, 1974; Lester C. THUROW, *La società a somma zero*, il Mulino, Bologna, 1981 (ed. orig. *The Sum Zero Society*); Alessandro PASSERINI D'ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e interpretazione*, Giappichelli, Torino, 1967.

Per imparare ad allargare i punti di vista: ogni libro di Thomas Merton e di Henri Nouwen; Dario ANTISERI, *Introduzione alla metodologia della ricerca*, SEI, Torino, 1986; Luca GIULIANO, *La logica della scoperta nelle scienze sociali*, LED, Milano, 2003; Roger FISHER, William URY, *L'arte del negoziato*, Arnoldo Mondadori, Milano, 1985 (ed. orig. *Getting to Yes*, 1981); Mancur OLSON, *La logica dell'azione collettiva. I beni pubblici e la teoria dei gruppi*, Ledizioni, Milano, 2013; Bruno DENTE, *Le decisioni di* policy, il Mulino, Bologna, 2014; Dani RODRIK, *Ragioni e torti dell'economia*, Università Bocconi Editore, Milano, 2016 (ed. orig. *Economics rules*, 2015); Philip KOTLER, Gary ARMSTRONG, *Principi di marketing*, Pearson Italia, Milano-Torino, 2010 (13° ed.); Philip KOTLER, Kevin LANE KELLER, *Il marketing del nuovo millennio*, Pearson Italia, Milano-Torino, 2010 (2° ed.); Werner HEISENBER, *Fisica e oltre. Incontri con i protagonisti 1920-1965*, Bollati Boringhieri, Torino, 1984; Giuliano DI BERNARDO, *L'indagine del mondo sociale*, FrancoAngeli, Milano, 1979; Werner Heisenberg, *Fisica e oltre. Incontri con i protagonisti 1920-1965*, Bollati Boringhieri, Torino, 1984; Scipione GUARRACINO, *Il novecento e le sue storie*, Bruno Mondadori, Milano, 1997.

Per rinfrescarsi la mente: ogni libro, anche quello ancora da scrivere, di Andrea Camilleri e di Nick Hornby; Andre AGASSI, *Open. La mia storia*, Einaudi, Milano, 2011; Francesco PICCOLO, *Momenti di trascurabile felicità*, Einaudi, Torino, 2010, il racconto a pp. 91-97; Philip ROTH, *«Ho sempre voluto che ammiraste il mio digiuno» ovvero, guardando Kafka*, Einaudi, Torino, 2011; Bernard MALAMUD, *Il barile magico*, Minimum fax, Roma, 2011 (ed in particolare *L'angelo Levine*); Davide LAJOLO, *Vedere l'erba dalla parte delle radici*, BUR, Milano, 1979 (2° ed., 1977); Davide LAJOLO, *Ventiquattro anni. Storia spregiudicata di un uomo fortunato*, Rizzoli, Milano, 1981; Raymond CARVER, *Orientarsi con le stelle. Tutte le poesie*, a cura di William L. Stull, Minimum fax, Roma, 2006 (ristampa 2013); Raymond CARVER, *Il mestiere di*

scrivere. Esercizi, lezioni, saggi di scrittura creativa, a cura di William L. Stull e Riccardo Duranti, Einaudi, Torino, 1997; John GARDNER, *Il mestiere dello scrittore*, Marietti, Genova-Milano, 2010.

Per avviarsi a rinfrescarsi la mente: Antoine COMPAGNON, *Un'estate con Montaigne*, Adelphi, Milano, 2014; Michel de Montaigne, *Saggi*, Bompiani, Milano, 2012, traduzione di Fausta Garavini riveduta e corretta sull'edizione critica dell'esemplare di Bordeaux stabilita da André Tournon, Richard WISEMAN, Quirkology. *La strana scienza della vita quotidiana*, Salani, Milano, 2009; H.B. GELATT, *Tecniche creative di decisione. Ovvero come affrontare il futuro con fantasia e ottimismo*, FrancoAngeli, Milano, 1992; Bruno MUNARI, *Da cosa nasce cosa. Appunti per una metodologia progettuale*, Laterza, Roma-Bari, 1996; Marc AUGÉ, *Futuro*, Bollati Boringhieri, Torino, 2012; Edgard MORIN, *I sette saperi necessari all'educazione del futuro*, Raffaello Cortina, Milano, 2001; Michel FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, Feltrinelli, Milano, 2005, trad. dall'inglese di Valeria Ottonelli; John RAWLS, *Lezioni di storia della filosofia politica*, Feltrinelli, Milano, 2009; Luciano CANFORA, *La natura del potere*, Laterza, Roma-Bari, 2010; Roberta DE MONTICELLI, *Sull'idea di rinnovamento*, Raffaello Cortina, Milano, 2013.

Dedico questa tesi ai colleghi dottorandi italiani all'estero (inclusi Valeria Solesin e Giulio Regeni *in memoriam*, vittime innocenti negli anni del mio dottorato), nonché a tutti i visitatori dell'*Arboretum* di Nottingham, perché possano ricevere grazia e ispirazione, ricevute da Sir James Matthew Barrie nello scrivere *Peter Pan*, riparato sotto i lussureggianti *bandstand* del parco durante il tempo libero dal lavoro come redattore del *Nottingham Journal* nel 1883. A ciascuno l'augurio di "potersi dire amato" e la speranza di "sentirsi amato sulla terra" (*Ultimo frammento*, Raymond Carver).

Audio Video Disco