

Concessioni di pubblici servizi

Per i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati una singola procedura nel rispetto dei “principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento”

(Corte di giustizia delle Comunità europee, Terza Sezione, sentenza del 15 ottobre 2009 nella causa C-196/08)

In tema di appalti pubblici la Corte di Giustizia Europea ha recentemente statuito la compatibilità con la normativa comunitaria dell'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società mista pubblico-privata, appositamente costituita in vista della fornitura di tale servizio, qualora l'individuazione del socio privato sia avvenuta mediante una procedura ad evidenza pubblica.

Con la sentenza *Acoset*, resa nella causa C-196/08 a seguito della questione pregiudiziale sollevata dal Tar Sicilia, la Corte interviene sul controverso punto della necessità o meno di una duplice gara per l'affidamento di un servizio ad una società mista pubblico-privata, risolvendo la nazionale diatriba che vedeva contrapporsi due orientamenti giurisprudenziali.

Da un lato, la posizione secondo la quale l'affidamento diretto sarebbe sempre possibile tutte le volte in cui la scelta del socio privato sia avvenuta mediante procedura ad evidenza pubblica, dall'altro, quella diametralmente opposta, secondo la quale la giurisprudenza comunitaria in tema di *in house providing* comporterebbe, in qualunque caso, anche l'incompatibilità assoluta con i principi comunitari dell'affidamento a società miste.

Si tratta quindi di una pronuncia la cui importanza è di tutta evidenza sol che si consideri lo stato di incertezza che finora aveva caratterizzato le alterne vicende dell'istituto del partenariato pubblico privato di tipo istituzionalizzato (di cui la società mista rappresenta il modello più conosciuto).

Stato di incertezza derivante da una pluralità di fattori, tra cui la mancanza, a livello comunitario, tanto di specifici riferimenti normativi in tema di PPPI, quanto di chiare ed univoche indicazioni giurisprudenziali sul punto. Inoltre un forte ruolo è stato giocato proprio dalla confusione tra società miste e *in house providing*, e dalla incertezza con cui venivano percepiti i rispettivi confini.

La non chiara percezione della demarcazione tra società miste e affidamento *in house* ha condotto ad un costante richiamo, a favore della tesi della doppia gara, di una giurisprudenza comunitaria pronunciata dalla Corte in tema di *in house providing*, la cui trasposizione, in tema di società miste, non ha fatto che accrescere lo stato di dubbi ed incertezze che già

regnavano in materia, tanto da far invocare la disapplicazione (1) dell'art. 113 del D.lgs. 267 del 2000, (allora norma interna di riferimento in tema di società miste), per incompatibilità con il diritto comunitario.

A riprova dell'importanza della pronuncia in commento si evidenzia come ad essa, sul piano nazionale, faccia da eco un nuovo e recentissimo intervento del Legislatore italiano in tema di servizi pubblici locali, mediante l'art. 15 del D.L. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla L. 20 novembre 2009, n. 166.

Il quadro di riferimento

Sul piano nazionale, il modello delle società miste trovava un esplicito riconoscimento normativo nel citato art. 113, comma 5, lett. b) del d.lgs. 267/00 (2).

Le travagliate sorti dell'art. 113 del TUEL, stigmatizzate da periodiche modifiche, più o meno incisivi rimaneggiamenti e veri e propri stravolgimenti, hanno ridisegnato più volte i due istituti delle società miste e dell'*in house providing*, nello sforzo di adeguarne il tenore ai mutevoli orientamenti comunitari.

L'art. 113, comma 5, prevedeva tre diversi modelli organizzativi per l'affidamento di un servizio pubblico locale (3). Nella sua lettera b) si occupava specificamente delle società miste pubblico-private, come distinte dal fenomeno dell'*in house*, subordinandone la validità alla circostanza che il socio privato venisse scelto mediante gare con procedure ad evidenza pubblica rispettose delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza.

La lettera c) disciplinava il diverso modello dell'affidamento *in house*,

(1) In tal senso si è pronunciato il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia il quale, nella decisione del 27 ottobre 2006 n. 589, ha ritenuto “doversi pervenire ad una interpretazione restrittiva, se non addirittura disapplicativa, dell'art. 113, comma 5, lett. b), nel senso che la costituzione di una società mista, anche con scelta del socio a seguito di gara, non esime dalla effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio”.

(2) Così come sostituito dall'art. 35 della l. 488/07 e modificato dall'art. 14, comma 1 del dl. 269/03 convertito in legge con modificazioni dall'art. 1 della l. 326/03.

(3) Il comma 5 dell'art. 113 recita infatti: “L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio: a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica; b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”.

recepando sostanzialmente le indicazioni della Corte di Giustizia contenute nella sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999 (4).

L'obbligo di scelta del socio privato mediante una procedura ad evidenza pubblica era altresì ribadito dall'art. 1, comma 2 (5), del d.lgs 163/06 (Codice dei contratti), configurandosi pertanto come dato acquisito e fatto proprio dall'ordinamento nazionale (6).

Tale aspetto sembrava dunque assumere, nella vigenza dell'art. 113, una rilevanza decisiva anche in ordine alla differenziazione della società mista rispetto all'affidamento *in house*, tanto da un punto di vista strutturale e procedurale, quanto, e soprattutto, da un punto di vista del loro differente atteggiarsi rispetto al profilo della concorrenza e della relativa normativa comunitaria vigente in materia.

E proprio sull'obbligo di gara per la scelta del socio privato, il quale vale a garantire l'applicazione del principio dell'evidenza pubblica, si fondavano (e si fondano) quelle posizioni, espresse in dottrina e giurisprudenza, volte ad escludere la necessità di una doppia gara.

Il quadro testé descritto muta tuttavia con l'introduzione dell'art. 23 *bis* del D.L. 112/08 (7), il cui undicesimo comma stabilisce l'abrogazione dell'art. 113 del TUEL, nelle parti incompatibili con la disciplina introdotta dal D.L. stesso.

Tale intervento del legislatore in materia di servizi pubblici di rilevanza economica ha destato non poche perplessità tanto in ambito nazionale quanto comunitario.

A parte l'incertezza circa le disposizioni da quel momento applicabili, uno specifico punto critico risultava essere il comma 2 del citato articolo 23 *bis* la cui formulazione sollevava numerosi dubbi, in particolare legati al mancato inserimento delle società miste tra i soggetti ai quali era possibile affidare con gara la gestione del servizio di rilevanza economica.

Il sistema introdotto dall'art. 113 TUEL e basato sulla previsione di tre

(4) Tale disposizione, infatti, subordinava l'affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico alle due condizioni del "controllo analogo" (a quello esercitato sui propri servizi) da esercitarsi da parte dell'ente pubblico sulla società *in house* e della prevalenza dell'attività svolta dalla società con l'ente che la controlla.

(5) Il secondo comma dell'art. 1 del citato Codice dei contratti dispone infatti che "*nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica*".

(6) Nello stesso senso si veda anche la circolare del Ministero dell'Ambiente del 6 dicembre 2004, su "Affidamento del servizio idrico integrato a società a capitale misto pubblico-privato", la quale ribadisce fermamente "*l'ineludibile necessità di un previo confronto con altri soggetti operanti sul mercato*" e conseguentemente l'obbligatorietà di una procedura ad evidenza pubblica per l'individuazione del partner privato. La circolare specifica inoltre la necessaria presenza, in riferimento al soggetto privato da selezionare, di determinati requisiti di capacità tecnico-gestionale oltretutto finanziaria.

(7) Come convertito dalla L. del 6 agosto 2008, n. 133.

possibili modelli organizzativi per la gestione dei servizi pubblici, veniva così sostituito da una generica e piuttosto nebulosa previsione di due modalità di conferimento della gestione dei servizi pubblici: una ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite da individuarsi mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, l'altra, derogatoria rispetto alla prima, attivabile a fronte di situazioni che, per la loro peculiarità, non permettono "un efficace e utile ricorso al mercato", con chiaro riferimento all'affidamento *in house*.

Nella vigenza dunque della prima versione dell'art. 23 *bis* scompare l'esplicito riferimento alle società miste, le quali tuttavia venivano comunque fatte rientrare tra le modalità ordinarie grazie all'inciso "*società in qualunque forma costituite*"; mentre l'affidamento *in house* viene espressamente configurato come un modello gestorio non ordinario.

Ultimo e recentissimo tassello nell'evoluzione normativa della regolamentazione dei servizi pubblici è dato dall'ennesimo intervento del legislatore sul tema, volto a modificare ulteriormente l'art. 23 *bis*, ridisegnando i contorni dei servizi pubblici, e restituendo piena cittadinanza all'istituto delle società miste.

Si tratta in particolare dell'art. 15 del D.L. 25 settembre 2009, n. 135 recante *Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, convertito con modificazioni dalla L. 20 novembre 2009, n. 166.

Con tale intervento infatti il legislatore configura un modello gestorio dei servizi pubblici economici che, in via ordinaria, può realizzarsi mediante due modalità alternative, prevedendo accanto alle "società in qualunque forma costituite", anche l'affidamento a società a partecipazione mista pubblico-privata.

L'art. 23 *bis* come modificato dall'art. 15 comma 1, lett. b) del citato D.L., prevede infatti che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avvenga in via ordinaria:

a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità;

b) a società a partecipazione mista pubblico e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio

sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento (8).

Viene pertanto espressamente prevista, sulla falsariga dell'art. 113 TUEL, la società mista come modello organizzativo ordinario per la gestione del servizio pubblico locale, con l'ulteriore condizione di una soglia minima di partecipazione del socio privato e soprattutto, con l'esplicita previsione, per l'individuazione del socio, di una gara cosiddetta con "doppio oggetto", e cioè un'unica gara che provveda all'attribuzione della qualità di socio e contestualmente all'affidamento dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

Tale intervento mostra pertanto, sul punto, un positivo allineamento della disciplina interna con gli orientamenti giurisprudenziali comunitari espressi in materia e con gli indirizzi dell'Unione Europea in materia PPP.

L'art. 15 del D.L. 135/09 ribadisce, poi, il carattere eccezionale e derogatorio degli affidamenti *in house*, il cui regime, dettato dal comma 3 dell'art. 23 *bis*, viene ulteriormente specificato, ancora una volta seguendo l'impronta dell'art. 113 TUEL, mediante l'inserimento della previsione espressa delle note condizioni comunitarie richieste per tale affidamento, tra cui il rispetto della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e la prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Il comma 3 prevede infine un'ulteriore condizione per l'affidamento di un servizio "in casa", stabilendo infatti che tale affidamento possa avvenire solo a favore di *società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale*.

Ora, tale previsione sembra destare qualche perplessità alla luce del recente orientamento della giurisprudenza comunitaria il quale, al contrario, ha mostrato importanti margini di apertura verso il modello di gestione *in house* (9).

Sul piano normativo va da ultimo segnalato lo schema del d.P.R. recante il regolamento di attuazione dell'art. 23 *bis* approvato dal Consiglio dei Ministri n. 76 del 17 dicembre 2009, il quale detta criteri integrativi in tema di affidamento del servizio, fissa le soglie di rilevanza per il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'art. 23 *bis* comma 4, e stabilisce l'abrogazione, tra l'altro, dell'art. 113 TUEL.

(8) In corsivo le novità apportate al comma 2° dell'art. 23 *bis*, dall'art. 15, c.1, lett. b) D.L. 135/09 come convertito dalla L. 166/09.

(9) Corte di Giustizia, sent. 17 luglio 2008, causa C-371/05, *Commissione delle Comunità europee/Repubblica italiana*; Corte di Giustizia, sent. 10 settembre 2009, causa C-573/07, *Sea/Comune di Ponte Nossua*.

Breve excursus sull'evoluzione dei PPPI: tra società miste e in house providing

L'evoluzione dei PPPI, come anticipato, risulta profondamente segnata dalla mancata chiara delimitazione dei confini tra società miste e *in house providing*.

La confusione tra i due istituti sembra doversi in parte ascrivere alla progressiva e graduale precisazione delle rispettive nozioni ad opera della giurisprudenza comunitaria, la quale ne ha profondamente segnato l'evoluzione avvenuta attraverso diverse fasi.

Inizialmente il Giudice comunitario ha interpretato estensivamente la nozione di affidamento *in house*, tanto da ricomprendervi molte società miste a partecipazione pubblica maggioritaria, con conseguente esclusione, in tutte queste ipotesi, del canone dell'evidenza pubblica.

Tale posizione ha determinato l'inevitabile contaminazione e il reciproco condizionamento dei due istituti nell'ambito delle loro rispettive evoluzioni.

Un affidamento *in house* così concepito, tuttavia, aveva l'effetto di allargare eccessivamente le maglie della derogabilità della normativa comunitaria posta a tutela della concorrenza.

Si è giunti allora ad una nozione progressivamente sempre più restrittiva, arrivando al principio secondo cui la partecipazione, anche se minoritaria (10) o potenziale (11), di un'impresa privata al capitale della società esclude la configurabilità di una relazione interna tra amministrazione aggiudicatrice e società stessa, sulla base del rilievo che il soggetto privato, per sua natura, tende a perseguire anche un interesse proprio, diverso dall'interesse pubblico in senso stretto.

E su questo orientamento comunitario sembra attestarsi e "arrestarsi" l'ultimo intervento del Legislatore nazionale (12).

In quest'ottica i due istituti sarebbero per necessità logica incompatibili, con conseguente esclusione della riconducibilità della società mista all'affidamento *in house* (13).

Successivamente tuttavia si registra un'inversione del *trend* giurisprudenziale precedente e una progressiva apertura comunitaria all'*in house providing*, mediante un graduale ampliamento delle relative condizioni di applicabilità,

(10) Corte di Giustizia, sent. dell'11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*.

(11) In un'ottica di un sempre maggiore restringimento dei cordoni di ammissibilità dell'affidamento *in house*, nella sent. del 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, il Giudice comunitario va oltre escludendo la sussistenza dei requisiti dell'affidamento *in house* qualora il capitale della società affidataria sia aperto ai privati.

(12) Con particolare riferimento alle modifiche introdotte dall'art. 15 del D.L. 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modificazioni dalla L. 20 novembre 2009, n. 166.

(13) In questo senso si veda Consiglio di Stato, sez. II, parere n. 456/07 e Ad. Plenaria n.1/08.

a partire dalla sentenza *Tragsa* (14) fino alla recente sentenza *Sea* (15).

Tuttavia tale apertura comunitaria, fatta di rivisitazione, mitigamento e, in buona misura, superamento delle rigidità espresse dalle pronunce *Stadt Halle* e *Parking Brixen*, sembra non trovare puntuale riscontro sul piano normativo interno, dove i recenti interventi sembrano invece puntare verso direzioni diametralmente opposte.

La vicenda processuale

Con ordinanza notificata il 19 giugno 2008 il TAR Sicilia ha sottoposto alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee la seguente questione pregiudiziale:

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

La questione viene sollevata in relazione alla organizzazione del servizio idrico integrato della provincia di Ragusa.

Nel caso di specie si trattava dell'affidamento di un pubblico servizio attraverso una concessione trentennale, con conseguente inapplicabilità delle direttive 2004/18 e 2004/17.

Come sottolineato dalla Corte, alle concessioni sono tuttavia viceversa applicabili le regole fondamentali del Trattato CE in generale, e il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità in particolare (16).

Trovano nello specifico applicazione gli artt. 43 CE e 49 CE.

Oltre al principio di non discriminazione anche il principio della parità di trattamento tra offerenti (17). Tali principi comportano un obbligo di trasparenza a carico dell'autorità pubblica, consistente nel dovere di garantire ad ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità, che consenta l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo

(14) Sent. del 19 aprile 2007, causa C-295/95.

(15) Sent. del 10 settembre 2009, causa C-573/07.

(16) Punto 46 e nello stesso senso si veda anche sentenza C-410/04, del 6 aprile 2006, *ANAV*, punto 18; sentenza C-382/05 del 18 luglio 2007, *Commissione/Italia*, e da ultimo la recente Comunicazione della Commissione del 19 novembre 2009, COM (2009) 61, pag. 6.

(17) Si veda in tal senso, sentenza *Parking Brixen*, cit., punti 47-49, e sentenza *ANAV* cit., punti 19 e 20.

sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione.

Le regole e i principi suesposti, come è noto, trovano una deroga, nel solo caso dell'affidamento *in house*, a fronte del quale l'indizione della gara non è obbligatoria, con conseguente affidamento diretto del servizio ad un ente che è giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice (18).

L'*iter* argomentativo seguito dai giudici comunitari nella sentenza in commento può dunque schematizzarsi come segue:

1) una volta escluso che nel caso di specie possa profilarsi un'ipotesi di *in house providing*, occorre allora verificare se l'affidamento del servizio pubblico alla società mista pubblico-privata senza indizione di gara specifica sia compatibile con il diritto comunitario, tenendo tuttavia a mente che l'individuazione del socio privato è avvenuta attraverso una gara d'appalto rispettosa degli artt. 43 e 49 CE, nonché dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità, così come dell'obbligo di trasparenza che ne discende.

2) Occorre in altri termini stabilire se, ai fini della compatibilità con il diritto comunitario, sia sufficiente un'unica gara per la scelta del socio privato e contestuale affidamento del servizio, ovvero sia viceversa necessaria una duplice procedura ad evidenza pubblica: la prima per l'individuazione del socio privato, la seconda per l'aggiudicazione del servizio.

Ora, se è vero che dalla giurisprudenza comunitaria emerge che l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza indizione di gara pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata (19), dall'altro lato è del pari vero che tutta la giurisprudenza che viene invocata a sostegno della necessità di una doppia gara, è stata pronunciata dalla Corte in relazione a fattispecie sostanzialmente diverse. In tutti quei casi, infatti, nessuna gara era stata espletata neanche per la scelta del socio privato, con conseguente elusione *tout court* delle procedure ad evidenza pubblica.

In tali ipotesi la Corte si era limitata ad escludere l'applicabilità del modello dell'*in house* (l'unico realizzabile al di fuori e senza alcuna procedura ad evidenza pubblica e dunque effettivamente derogatorio rispetto alla normativa comunitaria), senza tuttavia pronunciarsi espressamente sulle condizioni di applicabilità di altri modelli (come appunto le società miste) nei quali fosse comunque presente un'applicazione dei principi dell'evidenza pubblica, concretantesi nella gara espletata per l'individuazione del socio privato. Si trattava cioè di società miste per le quali la Corte aveva escluso l'applicabilità del regime *in house*; in cui la scelta del socio privato era avvenuta senza alcuna gara; e in cui il servizio era stato successivamente affidato direttamente

(18) Punto 51 e nello stesso senso si veda anche sentenza *ANAV* cit., punto 24.

(19) Sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*, punto 51, e sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, *Commissione/Austria*, punto 48.

a tali società, (di nuovo senza alcuna gara), con conseguenti effetti distorsivi della concorrenza nonché palesi e conclamate violazioni del diritto degli appalti.

Sembra pertanto che il richiamo a tale giurisprudenza comunitaria non sia pertinente e soprattutto che, lungi dal risultare utile per il corretto inquadramento del problema, abbia viceversa solamente accresciuto le incertezze caratterizzanti i già fin troppo nebulosi confini tra società mista e *in house providing*.

Il problema, infatti, non è quello di derogare l'obbligo della gara *sic et simpliciter* (come può avvenire in caso di affidamento *in house* e come avvenuto nelle fattispecie contemplate dalla richiamata giurisprudenza), bensì quello più sottile, relativo alla possibilità, e alla compatibilità con il diritto comunitario, di "accorpate" in un'unica gara, evitandone la duplicazione, tanto la scelta del socio privato quanto l'affidamento del servizio.

In quest'ottica la citata sentenza (20) chiarisce definitivamente che sebbene la mancanza di gara nel contesto dell'aggiudicazione di servizi risulti inconciliabile con gli artt. 43 CE e 49 CE e con i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, la scelta del socio privato nel rispetto degli obblighi suesposti nonché la tipologia stessa dei criteri di scelta del socio privato (il quale deve possedere le necessarie capacità non solo finanziarie ma anche tecniche) consentono di ovviare a tale situazione (21).

Secondo la Corte si può dunque ritenere che "*la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario, cosicché non si giustificerebbe una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario*".

Sulla base di tali argomentazioni la Corte dichiara che "*gli articoli 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori, come quello di cui trattasi nella causa principale, a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di tra-*

(20) Punto 59.

(21) I criteri di scelta del socio privato, infatti, "*si riferiscono non solo al capitale da quest'ultimo conferito ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, e dal momento che al socio in questione viene affidata...l'attività operativa del servizio di cui trattasi e, pertanto, la gestione di quest'ultimo*", punto 60.

sparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato CE per le concessioni”.

Del resto orientamenti analoghi erano già stati espressi, su un piano nazionale, dal Consiglio di Stato nel parere n. 456/07, e, sul versante comunitario, dalla Commissione nella Comunicazione interpretativa COM (2007) 6661 (22).

Inoltre, come evidenziato dall'Avvocato Generale nelle Sue conclusioni, il meccanismo della doppia gara sarebbe difficilmente conciliabile con *“l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati”*, la cui istituzione individua contestualmente la scelta del socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire appositamente.

Conseguenza di tale duplice procedura, come osservato dalla sentenza (23), sarebbe quella di disincentivare le autorità pubbliche dalla costituzione di PPPI.

L'effetto ultimo sarebbe poi quello di indirizzare le scelte delle amministrazioni verso modalità di gestione per così dire estreme: rivolgersi interamente al mercato (anche per quei servizi per i quali appaia inopportuna una totale devoluzione ai privati), oppure ripiegarsi totalmente su se stesse, optando per un'entità a totale partecipazione pubblica, e cadendo, dunque nel modello dell'affidamento *in house*.

Risultato quest'ultimo che appare paradossale, proprio muovendo dalla logica comunitaria della tutela della concorrenza (24).

Andando oltre si potrebbe osservare che la circostanza che l'individuazione del socio privato debba avvenire mediante gara, non solo differenzia il fenomeno della società mista da quello dell'affidamento *in house* ma soprattutto sembra suggerire come, nel caso del partenariato pubblico privato di tipo istituzionalizzato, non possa propriamente parlarsi di affidamento *“diretto”* del servizio, quale sarebbe invece quello caratterizzante l'*in house* (25).

(22) Secondo la Commissione, vista la difficile praticabilità di una doppia procedura, per costituire un PPPI conformemente ai principi comunitari può procedersi come segue: *“il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o dalla concessione all'entità a capitale misto”*.

(23) Punto 61.

(24) Sul punto si veda anche il parere del Consiglio di Stato n. 456/07, par. 8.2.3.

(25) Nello stesso senso si veda parere Consiglio di Stato cit., secondo il quale nell'ipotesi del *“socio industriale”* (di lavoro o operativo) *“l'attività che si ritiene “affidata” (senza gara) alla società mista sia, nella sostanza, da ritenere affidata (con gara) al partner privato scelto con una procedura di evidenza pubblica che abbia ad oggetto, al tempo stesso, anche l'attribuzione dei suoi compiti operativi e quella della qualità di socio”*.

Osservazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni suesposte appare evidente l'interesse de-stato dalla pronuncia in commento, nonché il favore con cui si presume il comparto giuridico saluterà la sentenza *Acoset*, la quale pone un punto fermo in tema di PPPI, chiarendo la possibilità per un'amministrazione aggiudicatrice di effettuare contestualmente tanto l'individuazione del socio privato quanto l'affidamento del servizio alla società mista.

Posizione alla quale, con una certa lungimiranza, era pervenuto anche il nostro Consiglio di Stato, nel parere 456/07.

Sembra infine apprezzabile l'approccio decisamente sostanzialistico adottato dalla Corte il quale consente di non cadere in rigidi e sterili formalismi, evitandone le relative ripercussioni sulla diffusione di un utile, e spesso indispensabile, strumento di gestione come il PPPI, il quale, attraverso una sinergia tra interesse pubblico e risultato commerciale, consente l'ottenimento del miglior risultato contenendone i costi, nonché una ripartizione del rischio e della responsabilità tra pubblico e privato.

E del resto il favore comunitario per l'utilizzo dei partenariati pubblico-privati è stato più volte espresso, proprio sulla base di tali considerazioni (26).

Alla luce di tutto quanto detto sembra dunque opportuno ribadire l'importanza della sentenza in commento, non solo da un punto di vista strettamente giuridico ma anche alla luce dei riflessi di ordine pratico che la stessa è in grado di esplicitare sul grado di "fattibilità" di strumenti indispensabili come i PPPI, il cui sviluppo sarebbe stato senz'altro "tarpatato" da un obbligo di doppia gara, che ne avrebbe quasi certamente decretato il fallimento.

*Dott.ssa Federica Angeli**

(26) Si veda da ultimo la recente Comunicazione della Commissione del 19 novembre 2009 COM(2009) 615, la quale ribadisce e sostiene con forza l'importanza dei PPP soprattutto nell'ottica della mobilitazione degli investimenti privati in funzione di cambiamenti strutturali a lungo termine, visti anche come validi e possibili strumenti per far fronte alla crisi economico-finanziaria. Secondo la Commissione, infatti, i PPP sono forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il settore privato che rappresentano strumenti utili in vista della "promozione dell'efficienza dei servizi pubblici tramite la condivisione dei rischi e lo sfruttamento delle competenze del settore privato, ma possono anche alleggerire la pressione immediata sulle finanze pubbliche offrendo una fonte di capitale aggiuntivo".

Nello specifico secondo la Commissione è ormai dimostrato che i PPP possono tra l'altro:

- migliorare la realizzazione dei progetti, in quanto generalmente realizzati rispettando i tempi previsti e il bilancio concordato;
- ridurre le spese per le infrastrutture;
- migliorare la condivisione dei rischi;
- favorire sostenibilità, innovazione, ricerca e sviluppo.

(*) Dottore in giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

Corte di giustizia (Terza Sezione) sentenza del 15 ottobre 2009 nella causa C-196/08 - Pres. J.N. Cunha Rodrigues, Avv. gen. D. Ruiz-Jarabo Colomer - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - Acoset SpA / Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa, Comune di Comiso (RG), Comune di Modica (RG), Provincia Regionale di Ragusa, Comune di Acate (RG), Comune di Chiaramonte Gulfi (RG), Comune di Giarratana (RG), Comune di Ispica (RG), Comune di Monterosso Almo (RG), Comune di Pozzallo (RG), Comune di Ragusa, Comune di Vittoria (RG), Comune di Santa Croce Camerina (RG), Comune di Scicli (RG) (Per il governo italiano avv. Stato G. Fiengo).

«Artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE – Aggiudicazione di appalti pubblici – Attribuzione del servizio idrico a una società a capitale misto – Procedura a evidenza pubblica – Designazione del socio privato incaricato della gestione del servizio – Attribuzione al di fuori delle norme relative all’aggiudicazione degli appalti pubblici»

(Omissis)

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione degli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE.

2 Detta domanda è stata presentata nell’ambito di una controversia che vede contrapposte l’Acoset SpA (in prosieguo: l’«Acoset») e la Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. Ragusa (in prosieguo: la «Conferenza») e a., in merito all’annullamento da parte di quest’ultima della procedura di gara per la selezione del socio privato di minoranza nella società mista pubblico privata direttamente affidataria del servizio idrico integrato nella provincia di Ragusa.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

La direttiva 2004/18

3 L’art. 1 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), dispone come segue:

« (...)

2. a) Gli “appalti pubblici” sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva.

(...)

d) Gli “appalti pubblici di servizi” sono appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all’allegato II.

(...)

4. La “concessione di servizi” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

(...)

4 L’art. 3 della direttiva 2004/18 ha il seguente tenore:

«Se un’amministrazione aggiudicatrice concede ad un soggetto che non è un’amministrazione aggiudicatrice diritti speciali o esclusivi di esercitare un’attività di servizio pubblico, l’atto di concessione prevede che, per gli appalti di forniture conclusi con terzi nell’ambito di tale at-

tività, detto soggetto rispetti il principio di non discriminazione in base alla nazionalità».

5 Ai sensi dell'art 7 della direttiva in parola:

«La presente direttiva si applica agli appalti pubblici (...) il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) è pari o superiore alle soglie seguenti:

(...)

b) 249 000 EUR:

– per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici diverse da quelle indicate nell'allegato IV [“Autorità governative centrali”],

(...)».

6 Il regolamento (CE) della Commissione 19 dicembre 2005, n. 2083, che modifica le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti (GU L 333, pag. 28), ha modificato l'art. 7, lett. b), della direttiva 2004/18, nella versione risultante dal regolamento (CE) della Commissione 28 ottobre 2004, n. 1874 (GU L 326, pag. 17), sostituendo all'importo di EUR 236 000 quello pari a EUR 211 000 per il periodo dal 1° gennaio 2006 al 1° gennaio 2007.

7 Conformemente all'art. 2 del regolamento (CE) della Commissione 4 dicembre 2007, n. 1422, che modifica le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/17/CE e 2004/18/CE riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti (GU L 317, pag. 34), detto importo è stato modificato in EUR 206 000 a far data dal 1° gennaio 2008.

8 Secondo il disposto dell'art. 17 della direttiva 2004/18:

«Fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 3, la presente direttiva non si applica alle concessioni di servizi definite all'articolo 1, paragrafo 4».

9 Ai sensi dell'art. 21 della direttiva 2004/18:

«L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 23 e dall'articolo 35, paragrafo 4».

10 Rientrano nell'allegato II B, categoria 27, di detta direttiva gli «altri servizi», esclusi i contratti di lavoro, i contratti per l'acquisizione, lo sviluppo, la produzione o la coproduzione di programmi da parte di emittenti radiotelevisive e i contratti concernenti il tempo di trasmissione.

La direttiva 2004/17

11 Ai sensi dell'art. 1, nn. 2 e 3, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU L 134, pag. 1):

«2. (...).

b) Gli “appalti di lavori” sono appalti aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato XII o di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dall'ente aggiudicatore. Per “opera” si intende il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica.

c) Gli “appalti di forniture” sono appalti diversi da quelli di cui alla lettera b) aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti.

Un appalto avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in

opera e di installazione è considerato un “appalto di forniture”.

d) Gli “appalti di servizi” sono appalti diversi dagli appalti di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all’allegato XVII.

Un appalto avente per oggetto tanto dei prodotti quanto dei servizi ai sensi dell’allegato XVII è considerato un “appalto di servizi” quando il valore dei servizi in questione supera quello dei prodotti oggetto dell’appalto.

Un appalto avente per oggetto dei servizi di cui all’allegato XVII e che preveda attività ai sensi dell’allegato XII solo a titolo accessorio rispetto all’oggetto principale dell’appalto è considerato un appalto di servizi.

3. a) La “concessione di lavori” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l’opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

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

12 Conformemente all’art. 4 della direttiva 2004/17:

«1. La presente direttiva si applica alle seguenti attività:

a) la messa a disposizione o la gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile, o

b) l’alimentazione di tali reti con acqua potabile.

(...)».

13 Ai sensi dell’art. 9, n. 1, della stessa direttiva:

«Ad un appalto destinato all’esercizio di più attività si applicano le norme relative alla principale attività cui è destinato.

Tuttavia la scelta tra l’aggiudicazione di un unico appalto e l’aggiudicazione di più appalti distinti non può essere effettuata al fine di escludere detto appalto dall’ambito di applicazione della presente direttiva o, dove applicabile, della direttiva 2004/18/CE».

14 L’art. 18 della direttiva 2004/17 così dispone:

«La presente direttiva non si applica alle concessioni di lavori e di servizi rilasciate da enti aggiudicatori che esercitano una o più attività di cui agli articoli da 3 a 7, quando la concessione ha per oggetto l’esercizio di dette attività».

La normativa nazionale

15 Il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, che approva il testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali (Supplemento ordinario alla GURI n. 227 del 28 settembre 2000), come modificato dal decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell’andamento dei conti pubblici (Supplemento ordinario alla GURI n. 229 del 2 ottobre 2003), convertito in legge, in seguito a modifica, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326 (Supplemento ordinario alla GURI n. 274 del 25 novembre 2003; in prosieguo: il «decreto legislativo 267/2000»), così dispone al suo art. 113, quinto comma:

«L’erogazione [di un servizio pubblico locale da parte di un ente territoriale] avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell’Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

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

b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso

l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

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

Causa principale e questione pregiudiziale

16 Il 10 luglio 2002 veniva conclusa la Convenzione di Cooperazione tra i Comuni iblei e la Provincia Regionale di Ragusa, che ha costituito l'Ambito Territoriale Ottimale (in prosieguo: l'«ATO») idrico di Ragusa, autorità locale incaricata del servizio idrico integrato di Ragusa.

17 In data 26 marzo 2004, la Conferenza, organo di gestione dell'ATO, sceglieva come forma di gestione del servizio di cui trattasi la «società mista a prevalente capitale pubblico» di cui all'art. 113, quinto comma, lett. b), del decreto legislativo n. 267/2000.

18 Il 7 giugno 2005 la Conferenza approvava gli schemi di atto costitutivo della società per azioni e dello statuto della stessa, nonché il progetto relativo alla convenzione di gestione di detto servizio il cui art. 1 prevede l'affidamento diretto del servizio, in via esclusiva, alla costituenda società mista (gestore del servizio idrico integrato).

19 Successivamente, veniva pubblicato, in particolare nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* dell'8 ottobre 2005 (GU S 195), un bando di gara per la selezione dell'imprenditore, socio privato di minoranza, al quale affidare l'attività operativa del servizio idrico integrato e l'esecuzione dei lavori connessi alla gestione esclusiva di tale servizio, intendendosi per essi i lavori previsti in particolare nel Piano Operativo Triennale approvato dalla Conferenza dei Sindaci il 15 dicembre 2003.

20 Ai sensi dell'art. 1, punto 8, del disciplinare di gara, «[l]e opere da realizzare sono quelle rientranti nel [Piano Operativo Triennale], così come modificato e/o integrato dall'offerta, nonché nel successivo progetto conoscenza previsto nel [Piano d'Ambito] (...)», e «per l'affidamento dei lavori non eseguiti direttamente dal socio privato si dovrà fare ricorso alle procedure di evidenza pubblica previste per legge».

21 Alla gara partecipavano tre raggruppamenti temporanei di imprese aventi come capogruppi mandatarî, rispettivamente, la Saceccav Depurazioni Sacede SpA, l'Acoset SpA e l'Aqualia SpA. La commissione di gara escludeva l'Aqualia SpA ed ammetteva gli altri. Successivamente, il responsabile della procedura invitava le ditte rimaste in gara a dichiarare se persistesse il loro interesse. Dava riscontro positivo a detto invito solo l'Acoset SpA.

22 Risulta ancora dalla decisione di rinvio che la Conferenza, anziché prendere atto dell'aggiudicazione e procedere alla costituzione della società mista di gestione per l'immediato avvio del servizio in argomento e la fruizione dei fondi comunitari, nella seduta del 26 febbraio 2007, paventando l'illegittimità della procedura espletata per violazione del diritto comunitario, decideva di annullare la procedura di scelta dell'Acoset. La segreteria tecnico operativa dell'ATO quindi, con nota del 28 febbraio 2007, comunicava all'Acoset l'avvio del procedimento di annullamento e l'Acoset trasmetteva le proprie osservazioni con nota del 26 marzo 2007.

23 Il 2 ottobre 2007 la Conferenza si pronunciava a favore dell'annullamento della procedura di gara in questione e adottava, quale forma di gestione del servizio idrico integrato di Ragusa, quella del «consorzio». Con nota del 9 ottobre successivo, veniva comunicato al-

l'Acoset l'annullamento della procedura di gara.

24 Nell'ambito del proprio ricorso principale avverso la decisione del 2 ottobre 2007 e gli atti ad essa connessi, l'Acoset chiedeva che le fosse riconosciuto il diritto a un risarcimento in forma specifica mediante l'aggiudicazione dell'appalto e un risarcimento per equivalente dei danni subiti in conseguenza dei provvedimenti impugnati. L'Acoset inoltre chiedeva, con domanda cautelare, la sospensione interinale degli atti impugnati.

25 Secondo l'Acoset, l'affidamento diretto della gestione di servizi pubblici locali a società miste pubblico-private conformemente all'art. 113, quinto comma, lett. b), del decreto legislativo n. 267/2000, nelle quali il socio privato è stato scelto attraverso l'espletamento di gare nel rispetto delle norme comunitarie in materia di concorrenza, è compatibile con il diritto comunitario.

26 I convenuti nella causa principale ritengono invece che il diritto comunitario autorizzi un siffatto affidamento di opere e servizi, in via diretta e senza gara, solo in favore di società a partecipazione pubblica totalitaria, le quali realizzino la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che le controllano e sulle quali questi ultimi esercitino un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. 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 (v., in particolare, sentenza 11 gennaio 2005, causa C 26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I 1).

27 Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia osserva che la questione, sollevata dall'Acoset, in ordine alla compatibilità dell'attribuzione diretta dell'appalto di cui è causa in relazione al diritto comunitario, è pertinente e che la risposta a detta questione non può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza della Corte.

28 Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia ha quindi deciso di sospendere il giudizio in merito alla domanda di sospensione dell'esecuzione formulata in via principale e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

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

Sulla ricevibilità

29 Il governo austriaco osserva che la domanda di pronuncia pregiudiziale deve essere dichiarata irricevibile in quanto la decisione di rinvio non fornisce sufficienti informazioni riguardo al contesto fattuale e normativo in cui rientra il procedimento principale per consentire alla Corte di risolvere utilmente la questione pregiudiziale. In particolare, non sarebbero state fornite informazioni sulla specificità della prestazione o delle prestazioni di cui è causa, sul contenuto del bando di gara e della procedura di aggiudicazione dell'appalto nonché su alcune nozioni utilizzate nella questione sottoposta.

30 Per quanto riguarda le informazioni che devono essere fornite alla Corte nell'ambito di una decisione di rinvio, occorre ricordare che queste informazioni non servono solo a con-

sentire alla Corte di dare soluzioni utili, ma devono anche conferire ai governi degli Stati membri nonché alle altre parti interessate la possibilità di presentare osservazioni ai sensi dell'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia. A tal fine, risulta da una giurisprudenza costante che, da un lato, è necessario che il giudice nazionale definisca il contesto di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate o che esso spieghi almeno le ipotesi di fatto su cui tali questioni sono fondate. Dall'altro, la decisione di rinvio deve indicare i motivi precisi che hanno indotto il giudice nazionale a interrogarsi sull'interpretazione del diritto comunitario e a ritenere necessaria la formulazione di questioni pregiudiziali alla Corte. In tale contesto, è indispensabile che il giudice nazionale fornisca un minimo di spiegazioni sui motivi della scelta delle disposizioni comunitarie di cui chiede l'interpretazione e sul nesso che individua tra quelle disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia di cui alla causa principale (v., in particolare, sentenza 6 marzo 2007, cause riunite C 338/04, C 359/04 e C 360/04, *Placanica e a.*, Racc. pag. I 1891, punto 34).

31 La decisione di rinvio del Tribunale amministrativo regionale della Sicilia risponde a tali condizioni.

32 Infatti, il giudice nazionale menziona le disposizioni nazionali applicabili e la decisione di rinvio comporta una descrizione dei fatti che, sebbene sintetica, è sufficiente per consentire alla Corte di statuire. Inoltre, il giudice a quo menziona i motivi che l'hanno indotto a ritenere necessario sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte, in quanto essa contiene una descrizione dettagliata degli opposti punti di vista sostenuti dalle parti nella causa principale per quanto riguarda l'interpretazione delle disposizioni comunitarie oggetto della questione pregiudiziale e, secondo il giudice del rinvio, la soluzione della detta questione non può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza della Corte.

33 Peraltro, la Conferenza osserva che, poiché la procedura di selezione del socio privato di cui alla causa principale è stata annullata, l'Acoset non ha alcun interesse ad agire al fine di ottenere una soluzione per la questione sottoposta.

34 Al riguardo, è sufficiente rilevare che l'art. 234 CE ha previsto una cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali attraverso un procedimento indipendente da ogni iniziativa delle parti e nel corso del quale queste ultime sono solamente invitate a presentare le loro osservazioni in merito a questioni che possono essere proposte esclusivamente dal giudice nazionale (v., in tal senso, in particolare, sentenza 9 dicembre 1965, causa 44/65, *Singer*, Racc. pag. 952).

35 Pertanto, occorre esaminare la questione sottoposta dal giudice del rinvio.

Sulla questione pregiudiziale

36 Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE ostino all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori, come quello di cui alla causa principale, a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente ai fini della fornitura di detto servizio e con un oggetto sociale esclusivo, in cui il socio privato è scelto mediante procedura ad evidenza pubblica previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione relativamente al servizio che deve essere erogato nonché delle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni da fornire.

37 In via preliminare, occorre osservare che l'attribuzione di un servizio pubblico locale consistente nella gestione del servizio idrico integrato, come quello oggetto della causa principale, potrebbe rientrare, stando alla natura del corrispettivo di tale servizio, nella definizione di «appalti pubblici di servizi» o in quella di «concessione di servizi» ai sensi, rispettivamente,

dell'art. 1, nn. 2, lett. d), e 4, della direttiva 2004/18, oppure, eventualmente, dell'art. 1, nn. 2, lett. d), e 3, lett. b), della direttiva 2004/17, il cui art. 4, n. 1, lett. a), prevede che quest'ultima si applica alla messa a disposizione o alla gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile o all'alimentazione di tali reti con acqua potabile.

38 La questione se un'operazione debba o meno essere qualificata come «concessione di servizi» o di «appalti pubblici di servizi» dev'essere valutata esclusivamente alla luce del diritto comunitario (v., in particolare, sentenza 18 luglio 2007, causa C 382/05, Commissione/Italia, Racc. pag. I 6657, punto 31).

39 La differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della fornitura di servizi (v., in particolare, sentenza 10 settembre 2009, causa C 206/08, WAZV Gotha, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 51). «Un appalto pubblico di servizi» ai sensi delle direttive 2004/18 e 2004/17 comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi (v., in particolare, sentenza 13 ottobre 2005, causa C 458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I 8585, punto 39). Si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (v., in particolare, sentenze 13 novembre 2008, causa C 437/07, Commissione/Italia, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 29 e 31, nonché WAZV Gotha, cit., punti 59 e 68).

40 Il giudice del rinvio fa riferimento alla costituenda società mista pubblico-privata da istituire in qualità di «concessionario» della gestione del servizio integrato idrico. Dal fascicolo emerge che la durata dell'operazione è fissata a trent'anni.

41 Parimenti, il governo italiano osserva che si tratta in modo del tutto evidente dell'affidamento di un pubblico servizio attraverso concessione trentennale, il cui principale corrispettivo consiste nella possibilità di richiedere agli utenti la tariffa idrica che la procedura di gara individua come compensativa del servizio reso.

42 La Corte presuppone quindi che si tratti di una concessione.

43 La Corte ha ravvisato l'esistenza di una concessione di servizi, in particolare, nei casi in cui la remunerazione del prestatore proveniva da pagamenti effettuati dagli utenti di un parcheggio pubblico, di un servizio di trasporto pubblico e di una rete di teledistribuzione (v. sentenze Parking Brixen, cit., punto 40; 6 aprile 2006, causa C 410/04, ANAV, Racc. pag. I 3303, punto 16, e 13 novembre 2008, causa C 324/07, Coditel Brabant, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 24).

44 L'art. 17 della direttiva 2004/18 dispone che, fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 3 della stessa direttiva, quest'ultima non si applica alle concessioni di servizi. Parimenti, l'art. 18 della direttiva 2004/17 ne esclude l'applicazione alle concessioni di servizi rilasciate da enti aggiudicatori che esercitano una o più attività di cui agli artt. 3 e 7, quando la concessione ha per oggetto l'esercizio di dette attività.

45 È peraltro pacifico che l'esecuzione dei lavori collegati alla gestione esclusiva del servizio idrico integrato su cui verte la causa principale presentano carattere accessorio rispetto all'oggetto principale della concessione di cui trattasi consistente nella fornitura di detto servizio, di modo che quest'ultima non può essere qualificata come «concessione di lavori pubblici» (v., in tal senso, in particolare, sentenza 19 aprile 1994, causa C 331/92, Gestión Hotelera Internacional, Racc. pag. I 1329, punti 26-28, e art. 9, n. 1, della direttiva 2004/17).

46 Anche se i contratti di concessione di servizi pubblici sono esclusi dall'ambito applica-

tivo delle direttive 2004/18 e 2004/17, le pubbliche autorità che li concludono sono tuttavia tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato CE in generale, e il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità in particolare (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 18).

47 Le disposizioni del Trattato specificamente applicabili alle concessioni di servizi pubblici comprendono in particolare gli artt. 43 CE e 49 CE (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 19).

48 Oltre al principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, si applica alle concessioni di servizi pubblici anche il principio della parità di trattamento tra offerenti, e ciò anche in assenza di discriminazione sulla base della nazionalità (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 20).

49 I principi di parità di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano, in particolare, un obbligo di trasparenza che permette all'autorità pubblica concedente di assicurarsi che tali principi siano rispettati. L'obbligo di trasparenza posto a carico di detta autorità consiste nel dovere di garantire, ad ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità, che consenta l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 21).

50 Risulta 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 (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 23).

51 L'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione, è esclusa se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sul concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e se il detto concessionario realizza la parte più importante della propria attività con l'autorità che lo detiene (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 24). In un caso siffatto, l'indizione della gara non è obbligatoria, anche se la controparte contrattuale è un ente giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice (v., in particolare, sentenza 10 settembre 2009, causa C 573/07, Sea, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 36).

52 Detta giurisprudenza rileva sia per l'interpretazione delle direttive 2004/18 e 2004/17 sia per quella degli artt. 43 CE e 49 CE nonché dei principi generali di cui essi costituiscono la specifica espressione (v., in particolare, sentenza Sea, cit., punto 37).

53 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 su detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi (v., in particolare, sentenza Sea, cit., punto 46).

54 Tale è il caso della concessione di cui trattasi nella causa principale, nel contesto della quale il socio privato deve sottoscrivere il 49% del capitale sociale della società a capitale misto alla quale è stata attribuita la concessione in questione.

55 Pertanto, occorre stabilire con maggiore precisione se l'affidamento del servizio pubblico in questione alla società mista pubblico-privata senza indizione di gara specifica sia compatibile con il diritto comunitario, dal momento che la gara d'appalto finalizzata all'individuazione del socio privato cui affidare la gestione integrale del servizio idrico è stata effet-

tuata nel rispetto degli artt. 43 CE e 49 CE nonché dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione a motivo della nazionalità, così come dell'obbligo di trasparenza che ne discende.

56 Dalla giurisprudenza emerge che l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza indizione di gara pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento, nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale di detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti (sentenze Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto 51, nonché 10 novembre 2005, causa C 29/04, Commissione/Austria, Racc. pag. I 9705, punto 48).

57 Peraltro, come osservato al punto 2.1 della Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) (GU 2008, C 91, pag. 4), il fatto che un soggetto privato e un'amministrazione aggiudicatrice cooperino nell'ambito di un'entità a capitale misto non può giustificare il mancato rispetto, in sede di aggiudicazione di concessioni a tale soggetto privato o all'entità a capitale misto, delle disposizioni in materia di concessioni.

58 Tuttavia, come ha osservato l'avvocato generale al paragrafo 85 delle sue conclusioni, introdurre una doppia gara sarebbe difficilmente compatibile con l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, come quello su cui verte la causa principale, poiché l'istituzione di questi organismi riunisce in uno stesso atto la scelta di un socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire a tale esclusivo scopo.

59 Sebbene la mancanza di gara nel contesto dell'aggiudicazione di servizi risulti inconciliabile con gli artt. 43 CE e 49 CE e con i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, la scelta del socio privato nel rispetto degli obblighi ricordati ai punti 46-49 della presente sentenza e l'individuazione dei criteri di scelta del socio privato consentono di ovviare a detta situazione, dal momento che i candidati devono provare, oltre alla capacità di diventare azionisti, anzitutto la loro perizia tecnica nel fornire il servizio nonché i vantaggi economici e di altro tipo derivanti dalla propria offerta.

60 Dato che i criteri di scelta del socio privato si riferiscono non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, e dal momento che al socio in questione viene affidata, come nella fattispecie di cui alla causa principale, l'attività operativa del servizio di cui trattasi e, pertanto, la gestione di quest'ultimo, si può ritenere che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario, cosicché non si giustificerebbe una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario.

61 Il ricorso, in tale situazione, a una duplice procedura, in primo luogo, per la selezione del socio privato della società a capitale misto e, in secondo luogo, per l'aggiudicazione della concessione a detta società sarebbe tale da disincentivare gli enti privati e le autorità pubbliche dalla costituzione di partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, come quelli di cui trattasi nella causa principale, a motivo della durata inerente alla realizzazione di siffatte gare e dell'incertezza giuridica per quanto attiene all'aggiudicazione della concessione al socio privato previamente selezionato.

62 Occorre precisare 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 (v., in tal senso, sentenza 19 giugno 2008, causa C 454/06, presstext Nachrichtenagentur, Racc. pag. I 4401, punto 34).

63 Tenuto conto di quanto precedentemente considerato, si deve risolvere la questione sottoposta nel senso che gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori, come quello di cui trattasi nella causa principale, a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato per le concessioni.

Sulle spese

64 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

Gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori, come quello di cui trattasi nella causa principale, a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato CE per le concessioni.