



Università degli Studi della Tuscia di Viterbo

Dipartimento di studi linguistico-letterari, storico-filosofici e giuridici
(Distu)

Dottorato di ricerca in Diritto dei Mercati Europei e Globali.
Crisi, Diritti, Regolazione - XXXI ciclo

“L’operatore economico P.A.: dal modello convenzionale alla
competizione”

IUS/10

Coordinatore del Dottorato
Prof. Avv. Carlo Sotis

Tutor
Prof. Avv. Luigi Principato

Dottoranda
Dott.ssa Chiara Di Mattia

A.A. 2018/2019

*Alla memoria di Carlo Federico,
giovane e appassionato giurista*

*Nave in mare agitato
Il Capitano e il Contromastro, ambedue
sulla tolda*

Il Capitano: “Contromastro!”

Il Contromastro: “Signor! Qual via ne
resta?”

Il Capitano: “Qual? Raddoppiar lo zelo e
la fatica. O il legno più non si contien
dagli urti. A’ marinaj ragionar vuolsi
aperto”

W. SHAKESPEARE, *La tempesta*, Atto I,
Scena I

SINTESI TESI

Il primo Capitolo si propone di analizzare il rapporto tra l'attività della Pubblica Amministrazione e il mercato attraverso l'evoluzione interpretativa in sede europea e nazionale del concetto di operatore economico. La sistemica ricostruzione di tali profili costituisce condizione essenziale per rispondere compiutamente alla domanda posta con riferimento alla più corretta lettura dell'effettivo ruolo della Pubblica Amministrazione quale fornitore di beni e servizi.

Nel capitolo secondo si intende approfondire se e in quale misura l'utilizzo dell'istituto dell'accordo tra pubbliche amministrazioni interferisca con le procedure di evidenza pubblica e comprenderne e delimitarne i rispettivi confini di utilizzo, alla luce della giurisprudenza europea e italiana e degli orientamenti forniti in materia dall'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Il terzo capitolo approfondisce processi decisionali e *governance* e i conseguenti procedimenti amministrativi finalizzati a dare concretezza all'attività della P.A. come operatore economico. Nel capitolo sono illustrati il percorso decisionale ed i conseguenti riflessi organizzativi e gestionali sugli enti pubblici attraverso l'approfondimento del percorso di formazione della *voluntas participationis* dell'ente pubblico, i possibili ambiti tipologici dei servizi in relazione ai quali lo stesso può concorrere nonché le modalità di determinazione dell'offerta. Viene, infatti, in evidenza la necessità di appurare in quale modo e con quali strumenti l'ente pubblico possa formare la propria volontà di partecipazione e, più nel dettaglio, darvi corpo attraverso l'adozione dei necessari atti amministrativi. In particolare, si propone l'approfondimento di come, rispetto al panorama di procedure cui potenzialmente prender parte, il singolo ente, quale soggetto partecipante, possa determinarsi nell'una piuttosto che nell'altra scelta, individuando conseguentemente i contenuti della propria domanda di partecipazione, con particolare riferimento alla struttura dell'offerta, ai suoi indicatori tecnici ed economici ed alle valutazioni più squisitamente collegate con l'individuazione del corretto punto di equilibrio.

Da ultimo si propone un'analisi quali-quantitativa delle procedure di evidenza pubblica nelle quali risultano aggiudicatarie pubbliche amministrazioni.

CAPITOLO I

LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IL MERCATO dalla produzione di beni indivisibili alla competizione sul libero mercato

1. Il ruolo delle Pubbliche Amministrazioni

1.1. Stato regolatore e stato gestore: la cura dei bisogni pubblici e la produzione dei beni

«Una nozione unitaria, di sintesi, di amministrazione, non è solo inutile, ma anche impossibile. L'amministrazione consiste di partecipazione o collaborazione all'attività di governo (...), di regolazione o disciplina (...), di erogazione di mezzi finanziari o di servizi (...), di attività di esazione (...), di attività di impresa (...), di attività "custodial" o "proprietary"», così S. Cassese conclude le proprie riflessioni sul concetto di Pubblica Amministrazione ⁽¹⁾. Le considerazioni appena richiamate rendono evidenti le difficoltà con le quali ogni studioso del diritto amministrativo si trova a doversi confrontare ogniqualvolta si accosta allo studio della Pubblica Amministrazione, anche soltanto per uno dei suoi aspetti: la consapevolezza dell'impossibilità di definire in modo chiaro il soggetto – oggetto del proprio lavoro sembra lasciare, infatti, un'inquietudine di fondo sulla capacità di offrire riflessioni sicure che consentano di chiarire e afferrare in modo univoco ciò che la Pubblica Amministrazione rappresenta nell'ordinamento giuridico. Come nel paradosso della nave di Teseo, la continua, e spesso incerta, sostituzione o il riposizionamento degli "elementi" del diritto amministrativo fanno spesso dubitare che la nave, per rimanere nella metafora, sia sempre la stessa.

Ferma restando quest'incertezza, non sembra potersi dubitare che, in conseguenza della complessità e della diversità dei differenti ruoli e funzioni ricoperti,

¹ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, 2000, p. 45.

la Pubblica Amministrazione debba logicamente essere considerata uno degli elementi cardine attorno ai quali ruota l'ordinamento giuridico nel suo complesso e, al contempo, soggetto capace di esprimere un fattore di forte condizionamento delle dinamiche di mercato dal punto di vista economico. Ciò che spesso non sembra essere tenuto nella necessaria considerazione è la profonda interazione sussistente tra i diversi ambiti di operatività della Pubblica Amministrazione e l'influenza di questa sugli altri soggetti che insistono nell'ordinamento ed in particolare nel mercato.

Più in generale, se si vuole proporre una riflessione con riferimento al rapporto intercorrente tra Stato ed economia, sembra necessario ricordare le parole di Natalino Irti il quale acutamente osserva che quanto *“lo statalismo hegeliano della classe liberale, tanto la concezione totalitaria del ventennio, l'universalità dell'umana dignità e dei fini sociali non tollerano le pretese neutrali dell'economia”* ⁽²⁾.

L'interesse pubblico, inteso dall'Autore quale interesse generale di cui si fanno portatrici le istituzioni politiche, tende sempre cioè a voler incidere nell'economia attraverso una duplice modalità, la quale rivela la sostanziale natura di Giano bifronte dello Stato. Quest'ultimo sarebbe, da un lato, *“soggetto dell'attività economica”*, attraverso l'esercizio del potere pubblico mediante aziende autonome, enti pubblici o società partecipate e, dall'altro, *“ordinamento giuridico”* ogniqualvolta sia chiamato a regolare e imporre, nell'ambito della legislazione economica, limiti alla libertà, anche tramite processi di nazionalizzazione di determinati settori produttivi e la creazione di monopoli legali. È con ogni probabilità che risiede forse proprio in questa dicotomia tra *Stato gestore* e *Stato regolatore*, richiamata da Irti, la conflittualità percepita dall'interprete e la conseguente difficoltà di incasellare la Pubblica Amministrazione entro confini giuridici certi.

Ciò premesso, occorre allora indagare quale sia, se esiste, il perimetro normativo fondamentale che regola il rapporto tra Stato gestore e Stato regolatore e su quali criteri si fondi l'esercizio dell'una e dell'altra funzione.

Prima dell'avvento della Costituzione repubblicana, è bene ricordarlo, l'unico accenno al rapporto tra iniziativa economica pubblica ed iniziativa economica privata

² N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, Bari, 2004, p. 148. Con riferimento all'impossibilità ontologica di concepire una neutralità dello Stato nei confronti dell'economia, perfino nei regimi liberistici, si deve ritenere che anche l'opzione esercitata da parte dello Stato di non regolare i fenomeni economici, costituisce una “scelta non neutrale”.

era contenuto all'interno della Carta del Lavoro del 1927: nella IX dichiarazione, in particolare, si sanciva che *“l'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata o quando siano in gioco interessi politici dello Stato. Tale intervento può assumere la forma del controllo, dell'incoraggiamento e della gestione diretta”*. In tale contesto pertanto l'intervento pubblico in campo economico era del tutto subordinato all'incapacità della libera iniziativa privata di soddisfare o garantire un mercato o, ed è elemento non poco oscuro, l'esistenza di assai vaghi e generici *“interessi politici dello Stato”*. Tale impostazione, per la dottrina ⁽³⁾, lasciava trasparire un profilo di residualità e subalternità dell'intervento pubblico in campo economico, risultando con tutta evidenza confermata la dottrina economica di matrice liberale, di stampo ottocentesco.

Con riferimento al periodo fascista non bisogna peraltro trascurare, con riguardo a tale tematica, l'importanza e la pervasività dell'ordinamento corporativo nel governo dell'economia comprovato da alcune disposizioni contenute all'interno del codice civile all'articolo 2088. Quest'ultimo sanciva l'obbligo per l'imprenditore di *“uniformarsi nell'esercizio dell'impresa ai principi dell'ordinamento corporativo e agli obblighi che ne derivano”* e soprattutto la responsabilità nei confronti dello stato con riguardo *“all'indirizzo della produzione e degli scambi, in conformità della legge e delle norme corporative”*. L'inosservanza degli obblighi imposti dall'ordinamento corporativo nell'interesse della produzione, qualora avesse determinato grave danno all'economia nazionale, poteva determinare, ai sensi dei successivi articoli 2089 e 2091, la trasmissione degli atti da parte degli organi corporativi al pubblico ministero e la conseguente applicazione da parte della magistratura del lavoro delle sanzioni, consistenti nella sospensione dell'attività imprenditoriale o, al fine di evitare un pregiudizio per l'economia nazionale, nella nomina di un amministratore temporaneo che assumesse la gestione dell'impresa, scelto tra persone designate dall'imprenditore, o l'assegnazione di un termine entro il quale la società doveva procedere alla sostituzione degli amministratori in carica.

Terminata l'esperienza corporativa, come acutamente si interrogava nel 1967 Mario Casanova, quale è il ruolo che la Costituzione è chiamata a rivestire nell'eterna

³ F. GALGANO, Introduzione, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, 1977, p. 120 e ss..

contrapposizione tra iniziativa economica privata, la cui libertà è sancita nella Carta, e intervento dei pubblici poteri? Sino a che punto la nostra Costituzione consente o impone l'espansione delle pubbliche imprese? ⁽⁴⁾.

Come è stato affermato *“il costituente, come ha inteso sottrarre ai privati l'esclusiva disponibilità dell'attività d'impresa, con il prevedere l'intervento dello Stato sui rapporti economici, affinché non contrastino con l'interesse generale, così ha previsto anche il diretto intervento dei pubblici poteri nell'ambito dei rapporti economici, come operatori, al fine di realizzare determinati interessi sociali”* ⁽⁵⁾. La portata di tale protagonismo, che non sembra essere soggetto a limiti quantitativi e qualitativi ⁽⁶⁾, emerge dall'esegesi congiunta degli articoli 41 e 43 della Costituzione. Come noto il primo sancisce la libertà dell'iniziativa economica privata, individuando tuttavia come limiti, da un lato, l'impossibilità del suo svolgimento in contrasto con l'utilità sociale o in danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e, dall'altro, la possibilità che la legge determini programmi e controlli opportuni affinché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

Queste disposizioni trovano ulteriore collegamento con l'articolo 43 secondo il quale, per il perseguimento di fini di utilità generale, la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale. Tale articolo, secondo la dottrina, dimostra l'astratta possibilità per lo Stato di inserirsi, senza alcuna limitazione, in ogni contesto produttivo, attraverso l'utilizzo, tuttavia, delle *“medesime regole di comportamento alle quali sono sottoposti gli operatori privati”* ⁽⁷⁾. Qualora infatti lo Stato non intenda rispettare sul punto la disciplina generale applicabile, l'intervento, rappresentato dalla sottrazione *ex lege* dal mercato di alcuni e ben determinati settori produttivi, deve attuarsi in forma autoritativa, come già accennato,

⁴ M. CASANOVA, *Svolgimento delle imprese pubbliche in Italia. Impresa pubblica e impresa privata nella Costituzione*, in *Riv. soc.*, 1967, p. 733 e ss.

⁵ F. SPAGNUOLO-VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Morano, 1962, p. 53.

⁶ F. ROVERSI MONACO, *La costituzione economica*, in *Tratta di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, ma *ibidem contra* cfr. F. Galgano come poi si dirà.

⁷ F. GALGANO, *op. cit.*

mediante l'espropriazione, salvo indennizzo e solo per qualora questi rivestano carattere di preminente interesse generale.

La ricostruzione offerta da Galgano si contrappone sul punto con l'analisi proposta da Roversi Monaco: per quest'ultimo infatti, come accennato *supra*, gli articoli in commento non determinano alcuna restrizione qualitativa dell'intervento pubblico, che può esplicarsi anche attraverso moduli organizzativi non per forza imprenditoriali. Questa impostazione interpretativa di matrice sostanzialistica, proposta già nel 1977, risulterebbe maggiormente coerente con l'attuale quadro normativo relativo al concetto di operatore economico, di cui si avrà modo di parlare *infra*. Secondo Roversi Monaco, infatti, *“se è vero che per conseguire determinati obiettivi lo Stato deve farsi imprenditore, è altrettanto vero che l'iniziativa economica pubblica offre un quadro assai più ampio e articolato del solo intervento pubblico attuato tramite l'impresa”*.

In ultima analisi l'iniziativa economica pubblica può esplicarsi non soltanto attraverso il modulo imprenditoriale ma anche mediante altre modalità, senza per forza ricadere nel modello autoritativo descritto dall'articolo 43 della Costituzione. Giustamente osservava Roversi Monaco che ciò che rileva, sotto il profilo dell'attività imprenditoriale, è *“il fatto che la qualificazione pubblicistica investe il soggetto, non l'attività”* ed ancora sottolineava che, al fine di evitare l'invasione dello Stato in determinati settori, *“occorre una precisa individuazione degli interessi collettivi che la struttura pubblica considerata ha il diretto compito di perseguire”* ⁽⁸⁾.

La giustapposizione della sfera pubblica e della sfera privata, in un piano di perfetta parità, che la lettura degli articoli 41 e 43 della Costituzione ci restituisce rappresenta la corretta definizione del perimetro entro il quale complessivamente ragionare e progettare i differenti ruoli dello Stato – nella duplice veste di regolatore e gestore – e dei privati, in una bilanciata distribuzione/compenetrazione di funzioni che qui viene inscritta in una cornice generale di regolazione.

Né una più compiuta teorizzazione di compiti sarebbe risultata maggiormente auspicabile o corretta, volendola rapportare alla natura forzosamente dinamica degli ambiti teorici in discussione, potendosi oggi concludere che la saggia scelta dei costituenti ha di fatto consentito di accompagnare con una fedele e salda cornice di

⁸ F. ROVERSI MONACO, *op. cit.*

riferimento il concreto evolversi in un ciclo di corsi e ricorsi storici della settantennale applicazione del dettato costituzionale.

Ciò premesso non si possono tuttavia sottacere alcuni profili di criticità, quali:

- i passaggi congiunturali, collegati alle inevitabili fluttuazioni del ciclo economico, al ricorrere delle quali non è stato sempre dei più felici il conseguente utilizzo degli strumenti macroeconomici in chiave anticiclica;
- la sostanziale resilienza degli ambiti economici e produttivi oggetto della pluriarticolata *governance* statale, rispetto ai quali con estrema difficoltà si è pervenuti ad un processo di esternalizzazione e liberalizzazione dei settori produttivi oggetto dell'intervento pubblico;
- il pervasivo processo di globalizzazione che ha caratterizzato gli ultimi decenni, con la crescente difficoltà/impossibilità di declinare proficuamente i settori della produzione, primo fra tutti il fattore lavoro, in una stagione di crescenti delocalizzazioni e di ricerca, talvolta assai spregiudicata di massimizzazione dei correlati margini di profitto.

Autonoma valutazione meriterebbe il rapporto tra le disposizioni costituzionali soprarichiamate – e la correlata disciplina adottata nel secondo dopoguerra – da un lato e l'impianto normativo europeo che non sempre sembra potersi sovrapporre in modo coerente con i principi appena enunciati, anche con particolare riferimento alla complessa materia degli aiuti di Stato.

Ciò premesso appare dunque incontestabile che la Pubblica Amministrazione, per il momento *lato sensu* intesa, si ponga, tra gli altri, quale strumento sia operativo che tecnico del potere pubblico, ai fini del soddisfacimento concreto dell'interesse pubblico generale, all'interno del quale vedono comporsi gli interessi collettivi in gioco, espressi dalle diverse categorie e gruppi sociali.

Questa continua attività di composizione di interessi è finalizzata al perseguimento dei diversi bisogni pubblici, non sempre comuni alle differenti categorie e gruppi sociali. Per esplicitare meglio tale concetto occorre in primo luogo accennare brevemente ad alcune definizioni generali che risulteranno importanti ai fini dell'analisi complessiva proposta nel corso del lavoro.

Nell'ambito dei servizi collettivi o dei beni pubblici la dottrina opera una *summa divisio* tra c.d. “beni pubblici puri” o anche “servizi indivisibili”, che le imprese non

hanno interesse economico a produrre in quanto caratterizzati da assenza di rivalità e di escludibilità e i c.d. “beni di merito”, per i quali “*non appare socialmente desiderabile la produzione esclusiva da parte delle imprese*” ⁽⁹⁾ ⁽¹⁰⁾.

Sino alle soglie del XX secolo, nel contesto italiano, il posizionamento della Pubblica Amministrazione quale operatore nel mercato economico era finalizzato esclusivamente a presidio delle funzioni strettamente correlate al procacciamento di beni indivisibili e, prioritariamente, la sicurezza, l'ordine pubblico, la difesa e la giustizia ⁽¹¹⁾. La Pubblica Amministrazione si occupava tradizionalmente e storicamente di tali beni ⁽¹²⁾ mentre ai privati, in un'ottica liberistica, era lasciata la più ampia facoltà di determinare quantità e qualità della produzione di beni e servizi, nella ferma convinzione che il mercato, da solo, sarebbe stato in grado di raggiungere il giusto

⁹ Così in A. MONORCHIO, L.G. MOTTURA, *Compendio di contabilità di Stato*. Tale suddivisione risulta importante ai fini del corretto inquadramento del tema di fondo, anche per comprendere le ragioni delle recenti evoluzioni intervenute nell'ordinamento giuridico con riferimento al tema delle società a partecipazione pubblica.

M.S. GIANNINI, ne *Le imprese pubbliche in Italia*, oggi in Scritti, Vol. IV, 2004, ricordava il pensiero di uno dei maggiori esponenti della destra storica Silvio Spaventa che nello scritto *Lo Stato e le ferrovie* sosteneva che “*quando una determinata attività (industriale) ha in sé caratteri di un monopolio naturale o, viceversa, essendo di utilità pubblica, non è appetita da privati per ragioni di costo o di basso rendimento, non solo è opportuno ma è necessario che essa sia gestita da pubblici poteri, poiché essa è al di fuori della concorrenza, dell'ambito stesso di applicabilità del principio liberistico*”, p. 369.

¹⁰ Pur richiamando tale logica, GALGANO, in *op. cit.*, sembra tuttavia ricostruire la nozione di “attività economica” puramente in termini di astratta collocabilità di quest'ultima in un mercato concorrenziale, non tenendo invece in debito conto la concezione per cui si ha “attività economica” anche e soprattutto quando l'organizzazione dei fattori della produzione segue il metodo economico. Quest'ultimo non per forza deve comportare il perseguimento di un utile da redistribuire, ma deve invece presupporre il necessario perseguimento dell'equilibrio tra entrate e spese. Tale ottica, come si vedrà *infra* risulta del tutto coerente con l'impostazione data dal legislatore europeo in sede di definizione del concetto di operatore economico.

¹¹ A ben vedere questi beni indivisibili sommariamente individuati sono intimamente collegati ai diritti catalogati dalla dottrina come di c.d. “prima generazione”, i diritti di libertà che, seppure comportano il dovere per i poteri pubblici di non intervenire, implicano che lo Stato garantisca un sistema nei quali essi possono essere esercitati liberamente e tutelati in sede giurisdizionale.

¹² Sul punto giova evidenziare come la definizione dell'esatto perimetro delle due aree di intervento sia stata nel tempo oggetto di significativa evoluzione, con andamento anche ondivago e contraddittorio rispetto all'apprezzamento delle singole aree di azione. Particolarmente efficaci le osservazioni di S. Cassese sull'analisi evolutiva di talune funzioni come l'organizzazione e guida degli eserciti, la raccolta delle imposte e la gestione delle spese mediante tesoreria (S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato*, in G. MARASÀ (a cura di), *Profili giuridici delle privatizzazioni*, Torino 1998).

equilibrio. Qualsiasi sconfinamento di un soggetto nel dominio precipuo dell'altro non appariva conciliabile con i fondamenti dello stato liberale ottocentesco ⁽¹³⁾.

Nelle ricostruzioni offerte con riferimento a questo primo periodo gli autori non mancano di sottolineare che furono soprattutto gli esponenti della sinistra storica a dimostrarsi contrari alla reintroduzione di gestioni pubbliche per la quale invece si erano pronunciati favorevolmente, già negli anni '70 dell'Ottocento, le forze politiche liberali.

Un primo cambiamento di tale impostazione, come si avrà modo di dire *infra*, si ebbe già verso la fine dell'Ottocento e i primi anni del '900 in conseguenza dell'intervento statale anche in altri settori, quali poste e telegrafi, ferrovie ed assicurazioni sulla vita, esercitati in forma di monopolio.

L'evoluzione dell'intervento statale subì un ulteriore e significativa evoluzione nel corso del primo conflitto mondiale: risalgono, infatti, a tale periodo le prime teorizzazioni – peraltro proposte da economisti di fede liberista, quali Luigi Einaudi e Maffeo Pantaleoni – concretamente sostenitrici dell'opportunità che lo Stato o rivestisse la qualità di azionista all'interno delle imprese impegnate nello sforzo bellico o costituisse società per azioni operanti in quei settori “*in cui i rapporti tra l'ente pubblico e i privati diventavano molto stretti, a motivo di concessioni, o di forte dimensione della domanda pubblica, o di protezioni doganali esorbitanti*” ⁽¹⁴⁾.

Come giustamente sottolineato dalla dottrina ⁽¹⁵⁾, l'impostazione ottocentesca risultava pertanto già prima degli anni trenta, in via di sostanziale superamento. L'adozione di significative misure di controllo dell'economia coinvolta nella prima

¹³ Questa impostazione, è bene precisarlo, è figlia dell'impronta liberale dell'Italia postunitaria. MASSIMO SEVERO GIANNINI in *Le imprese pubbliche in Italia, op. cit.*, ricostruiva la complessità normativa esistente con riferimento all'impresa pubblica in Italia, individuando tre principali fasi storiche del relativo percorso genetico: la prima collocabile dalla fine dell'800 fino all'inizio del primo conflitto mondiale, la seconda dal primo dopoguerra all'inizio degli anni '30 e la terza dal secondo dopoguerra in poi. Come ricorda Giannini, negli stati preunitari erano presenti realtà imprenditoriali di tipo sia industriale sia agricolo, gestite o direttamente da organi statali o attraverso concessionari. Le attività imprenditoriali di natura industriale erano perlopiù rivolte al settore siderurgico e minerario o termale, mentre altri settori come il servizio di poste e telegrafi erano invece considerati di natura amministrativa. Tali realtà furono ben presto espunte dallo stato unitario attraverso una politica di privatizzazione che peraltro non diede luogo a ricavi consistenti e non migliorò l'efficienza della gestione. Come sottolinea Giannini, tale approccio fu del tutto fallimentare, lo Stato infatti fu spesso costretto ad intervenire con risorse pubbliche per sopperire alle deficienze dei soggetti subentranti o dei concessionari, dimostrando così incontrovertibilmente l'incapacità gestionale degli operatori privati.

¹⁴ E. CIANCI, *Nascita dello Stato imprenditore in Italia*, Milano, 1977.

¹⁵ G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 26.

grave crisi economica di portata globale, indusse E.R. Huber a proporre la definizione dello Stato come «Stato economico» (Wirtschaftsstaat), deducendo peraltro una trasformazione di una parte essenziale del diritto amministrativo in amministrazione dell'economia, con un allargamento non solo quantitativo ma sostanzialmente qualitativo del diritto amministrativo.

A conferma di ciò W. Friedmann, nel suo *The Planned States and the Rule of Law* del 1948, sanciva il definitivo tramonto delle teorie ottocentesche che identificavano lo Stato quale mero supervisore della politica estera, delle politiche militari e della giustizia, affermando la piena legittimità dell'intervento nell'economia e nell'industria, quale funzione legittima ed anzi indispensabile per una corretta attività di governo, fino a farne la caratteristica principale dello Stato contemporaneo.

L'evoluzione progressiva dei diritti dell'uomo come cittadino di una comunità sociale sempre più eticamente avanzata ed in particolare l'emersione dei diritti sociali ⁽¹⁶⁾ ha comportato il correlato sviluppo di nuovi fabbisogni e, conseguentemente, di nuovi modelli gestionali e formule organizzative tesi al loro soddisfacimento.

Ciò premesso, al di là dei contenuti più o meno ampi attribuiti ai due ambiti di intervento, quello privato e quello pubblico, gli Stati hanno comunque deciso di tempo in tempo la propria collocazione all'interno del mercato, seguendo criteri non sempre costanti, ascrivibili tuttavia a due esigenze fondamentali: il rafforzamento della sovranità da un lato e il sostegno di alcuni settori dell'economia ovvero di alcune politiche sociali dall'altro ⁽¹⁷⁾.

Di pari passo con la progressiva presa di coscienza del ruolo di primo piano ricoperto dallo Stato nell'economia, la scienza giuridica e la scienza economica hanno affinato i propri ambiti di approfondimento e analisi con riferimento a temi sicuramente

¹⁶ Rimangono ancora attualissime sul tema le belle pagine di N. BOBBIO che, nel ripercorrere l'evoluzione storica dei diritti, evidenziava l'importanza dei diritti di c.d. seconda generazione ai fini del progresso sociale. Tra questi, a mero titolo esemplificativo, si possono citare l'istruzione scolastica o la tutela del lavoro.

¹⁷ M. CASANOVA sottolinea come nel primo gruppo debbano essere collocati le misure contingenti adottate nel periodo bellico consistenti nell'avocazione di interi settori produttivi, in ragione della necessità di garantire un'adeguata difesa militare del territorio. L'A. colloca invece nell'ambito del secondo gruppo le iniziative volte alla valorizzazione delle zone depresse o sottosviluppate, come ad esempio la creazione della Cassa per il Mezzogiorno d'Italia, o alla gestione temporanea di imprese in stato di crisi al fine di evitare gravi ripercussioni sul tessuto sociale di un determinato contesto territoriale.

tra loro interconnessi, non trovando, se non in alcuni significativi snodi storici, un massimo comune denominatore.

Seguendo la classificazione offerta dalla scienza delle finanze, nel momento in cui il mercato si dimostra essere insufficiente ai fini della soddisfazione di beni e bisogni pubblici (c.d. *market failure*), è lo Stato a provvedere al loro soddisfacimento, secondo un modello denominato come «cooperativo». Ciò che tuttavia risulta particolarmente delicato in tali modelli è il confine tra intervento o non intervento da parte dello Stato, delimitato dal corretto raffronto tra i c.d. «fallimenti del mercato» e i c.d. «fallimenti e/o difficoltà crescenti dell'economia pubblica», che si pone come obiettivo la correzione delle dinamiche del mercato: come acutamente sottolinea la dottrina, in una economia libera di mercato, devono essere tenuti in debita considerazione limiti etici all'agire dello Stato, in ragione della concreta sussistenza del rischio che una elevata quota della finanza pubblica sull'economia comprometta, riducendola, la capacità di scelta degli individui con riguardo alla propria sfera individuale⁽¹⁸⁾.

1.2. La Pubblica Amministrazione e l'impresa

È importante sottolineare che, storicamente, e per lo meno fino alla seconda metà degli anni '70 del '900, la dottrina giuridica soleva affrontare il tema relativo all'intervento dello Stato nell'economia per lo più nell'ambito delle premesse delle ricostruzioni e degli approfondimenti relativi alle imprese pubbliche e agli enti pubblici imprenditori, per utilizzare la terminologia adottata da Arena⁽¹⁹⁾. Tale impostazione

¹⁸ F. FORTE, *Manuale di Scienza delle Finanze*, 1994, p. 153. Sul punto altrettanto importanti sono le considerazioni di G. GRAHAM che individua nel principio di autodeterminazione del singolo il criterio guida di un equilibrato confine dell'intervento pubblico. Come giustamente sottolinea M. CASANOVA, "*l'impresa pubblica, specialmente in posizione monopolistica, può essere introdotta quale strumento eversivo o di rottura delle compagini sociali e politiche esistenti, in vista di programmi di rivoluzionarie trasformazioni*", op. cit.

¹⁹ Tra gli altri, e senza pretesa di esaustività, possono richiamarsi M. CASANOVA, op. cit., e A. ARENA, *Contributo alla sistemazione giuridica degli enti pubblici che esercitano un'attività economica*, 1965, in *Impresa e società*.

era, di tutta evidenza, dovuta all'impossibilità di concepire gli enti pubblici, *stricto sensu* considerati, quali soggetti economici attivi all'interno del mercato .

Prima di dedicarsi allo studio e all'approfondimento del concetto di "operatore economico" elaborato dal diritto e dalla giurisprudenza europei, appare pertanto opportuno richiamare, seppur brevemente, alcune riflessioni sul concetto di impresa e richiamare il dibattito dottrinario relativo alla possibilità di ammettere concettualmente e sostanzialmente la categoria dell'"impresa pubblica". Tale approccio sembra funzionale a individuare una possibile corrispondenza biunivoca rispetto alla categoria del concetto di operatore economico.

E' interessante sottolineare che nella ricostruzione proposta da Giannini ⁽²⁰⁾, l'Autore, già nelle fasi iniziali, si preoccupava di sottolineare come per poter parlare di "impresa pubblica" fosse necessario adoperare una nozione di impresa non strettamente di matrice giuridica ma di origine tecnico-aziendale, cui egli stesso attribuiva un valore europeistico. Per l'Autore l'impresa pubblica poteva essere individuata in "*ogni organizzazione di elementi reali e personali volta a produrre beni o a erogare servizi*" ⁽²¹⁾ purché ricorressero due elementi: il primo consistente nella circostanza che la provvista dei mezzi finanziari dell'organizzazione non fosse assicurata mediante prelievo coattivo; il secondo che rimanesse in capo al soggetto pubblico "*il potere di determinare l'indirizzo economico dell'organizzazione*", intendendolo già in un'accezione rigorosamente sostanziale e non formale, in quanto legata alla reale capacità del soggetto pubblico di esercitare ciò che, con le categorie giuridiche odierne, definiremmo un controllo analogo ⁽²²⁾.

Tale approccio sembra potersi in parte riscontrare nella distinzione elaborata dalla dottrina aziendale economica tra soggetto giuridico e soggetto economico. Il primo è definito come "*la persona nel cui nome (l'azienda) viene esercitata, ed alla quale*

²⁰ M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, op. cit.

²¹ M. S. GIANNINI, op. cit., p. 366.

²² Come noto, l'articolo 2 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica) definisce il controllo analogo come "*la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante*".

vengono riferiti i diritti e gli obblighi che nascono dalla costituzione dell'azienda e dal suo esercizio" (23).

Per soggetto economico, invece, si intende *"la persona o il gruppo di persone che di fatto ha ed esercita il supremo potere nell'azienda, subordinatamente solo ai vincoli d'ordine giuridico e morale ai quali deve o dovrebbe sottoporsi. (Egli) costituisce un organo dell'amministrazione e, precisamente, l'organo nel quale si accentra o al quale fa capo di fatto, il supremo potere volitivo"* (24).

Se del primo concetto non risulta difficile la comprensione e concreta individuazione, del secondo se ne percepisce un'estrema opacità, dovendosi ritenere imprescindibile la necessità di verificare volta per volta la sussistenza dei vari elementi. Nell'ambito del settore pubblico il soggetto economico dovrà essere individuato nel soggetto che esprime, per lo Stato o per l'ente controllante, la volontà e dunque in colui *"cui è conferito il supremo potere di interpretare i fini dell'ente"* (25).

La scienza aziendalistica aveva già in realtà da tempo individuato il perimetro sostanziale del concetto di impresa. Pietro Onida (26), basandosi anche sulle riflessioni di Gino Zappa, individuava la categoria delle "aziende composte" nelle quali *"l'azienda di erogazione è intimamente collegata in una sola economia complessa e solidale, ad una o più aziende di produzione"* (27). Tra queste l'Autore individua molteplici soggetti tra i quali, accanto a modelli classici del tutto prevedibili da parte dell'interprete, figurano anche gli enti territoriali, che *"fra le proprie entrate annoverano – accanto ai proventi di contributi e magari alle elargizioni ed alle gratuite accessioni patrimoniali*

²³ P. ONIDA, *Economia d'azienda*, Torino, 1982, p. 13.

²⁴ P. ONIDA, *Economia d'azienda*, op. cit., p. 21.

²⁵ P. ONIDA, *Economia d'azienda*, op. cit., p. 22.

²⁶ P. ONIDA, *Economia d'azienda*, op. cit.

²⁷ L'Autore distingue le c.d. "aziende di erogazione" dalle "aziende di produzione per lo scambio o per il mercato", le prime "si occupano direttamente e durevolmente di soddisfare il complesso dei bisogni ordinari o straordinari di determinati soggetti od anche solo una data classe di questi bisogni ed a tal fine provvedono ad impiegare convenientemente la ricchezza che ad esse perviene da una o più fonti e della quale curano la preliminare provvista e conservazione". Nelle seconde sono invece ricomprese "quelle che non si occupano di soddisfare i bisogni di determinati soggetti nel modo più rispondente alle esigenze ed ai gusti degli stessi, ma limitano il proprio compito alla produzione, per il mercato, di beni o servizi di natura economica: beni o servizi che esse pongono, mediante lo scambio, a disposizione di terzi, i quali potranno o impiegarli nella produzione di altri beni o servizi o destinarli al diretto godimento per soddisfare i bisogni", op. cit., p. .

– anche ricavi o redditi di un’attività organizzata e direttamente o indirettamente esercitata, nelle forme e con i rischi patrimoniali propri dell’impresa”.

Attraverso queste riflessioni si evince chiaramente come nell’ambito della disciplina economica non vi fosse alcuna preclusione nel considerare l’amministrazione pubblica, *stricto sensu* intesa, nel novero di quelle aziende di erogazione strettamente connesse alle diverse aziende di produzione, in ragione di constatazioni non di carattere meramente formale ma ancorate alla sostanziale funzione propria degli enti, consistente nel soddisfacimento dei bisogni propri della collettività di riferimento che in essi e da essi è rappresentata.

Ciò premesso molto spesso lo studioso del diritto, nell’assenza di una definizione sostanziale del concetto europeo di “operatore economico” di cui si dirà *infra*, continua per molti aspetti a ritenere la natura originaria della Pubblica Amministrazione e del suo sistema contabile ed organizzativo del tutto contrastante, ontologicamente e concretamente, con il concetto e le strutture organizzative proprie dell’imprenditore. Volendo muovere, in modo forse inusuale, dalla definizione e dall’analisi del concetto di finanza pubblica, infatti, immediatamente ci si accorge dell’estrema divergenza strutturale con il sistema privato *tout court*.

Ragionando secondo un’ottica negativa, sicuramente può dedursi che la finanza pubblica, come sottolinea parte della dottrina ⁽²⁸⁾, non si basa su rapporti di scambio volontari tra privati e non è finalizzata al raggiungimento dello scopo di lucro. Ragionando invece in senso positivo, si può riscontrare come essa si alimenti, per lo più, mediante coazione e si ponga come obiettivo la soddisfazione di interessi generali della comunità e non di una cerchia ristretta di soggetti.

Il paradosso che da sempre caratterizza il rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione consiste, in estrema sintesi, nella capacità di quest’ultima di sottoporre i cittadini al prelievo fiscale, non restituendo obbligatoriamente servizi che siano a questo perfettamente equivalenti, in positivo e, purtroppo, in negativo, ma, piuttosto, impegnandosi verso il raggiungimento dell’obiettivo di garanzia di un livello determinato comune a tutti gli utenti. Non v’è dubbio che una simile impostazione, seppur condivisibile sotto molti punti di vista, non ci restituisce la complessità del reale,

²⁸ A. MONORCHIO, L.G. MOTTURA, *op. cit.*;

non consentendo di cogliere appieno la dinamicità e la novità delle trasformazioni di cui negli ultimi decenni è stata protagonista la Pubblica Amministrazione.

Cionondimeno, sempre di più l'ordinamento introduce elementi tendenti a consentire un più stringente controllo da parte del cittadino nei confronti dell'attività amministrativa, del tutto similmente agli strumenti forniti a qualsiasi azionista nei confronti dell'organo di gestione della società.

Ciò che più rileva sembra essere non tanto il mutuare istituti tipici del diritto privato nel settore pubblico, quanto piuttosto il ribaltamento della secolare concezione dell'Amministrazione Pubblica: quest'ultima, da simbolo dell'esercizio del potere autoritativo, è ormai da considerarsi prevalentemente come soggetto paritario nei rapporti con i cittadini e pertanto anch'essa sempre più soggetta all'applicazione delle tradizionali categorie civilistiche.

Non sembra possibile ascrivere tale processo soltanto all'evoluzione della Pubblica Amministrazione alla luce dei principi di matrice costituzionale di imparzialità, buon andamento, efficacia ed efficienza. Tale profonda innovazione sembra infatti affondare le proprie radici molto più lontano ed in particolare nell'esigenza di soddisfare bisogni diversi e dunque dalla conseguente insufficienza, *rectius* inadeguatezza *ab origine*, della struttura burocratica nel rispondere con gli strumenti esistenti a bisogni di natura completamente diversa.

Da qui la necessità di adoperare diverse formule gestionali, estranee ed esterne rispetto all'apparato burocratico ordinario, sotto forma di amministrazioni autonome, le aziende c.d. municipalizzate, a gestione comunale, provinciale o consorziale, istituite per la gestione di servizi pubblici, come la produzione e distribuzione del gas ⁽²⁹⁾.

Come ricorda e sottolinea parte della dottrina non è possibile, tuttavia, ancorare a tale momento la nascita del "vero" stato imprenditore in Italia, essendo tali attività, seppur caratterizzate dall'istituzione di enti pubblici dotati di personalità giuridica, comunque collocate, seppur in modo particolare, nell'ambito del bilancio dello Stato e

²⁹ La nascita di questo strumento risale alla legge Giolitti (l. 29 marzo 1903, n. 103 "Assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni"), promossa in ragione soprattutto della cattiva gestione dei diversi settori da parte degli operatori privati. L'originario impianto normativo, successivamente modificato al fine di limitarne i settori di applicabilità, prevedeva un novero pressoché illimitato delle attività imprenditoriali che potevano essere oggetto di gestione tramite aziende municipalizzate: trasporto pubblico locale, acqua, energia elettrica, farmacie, servizi funebri, macelli, pubbliche affissioni, vivai.

regolate da discipline specifiche di volta in volta predisposte nelle quali rimaneva ferma l'applicazione delle disposizioni relative alla contabilità di stato e al pubblico impiego con riferimento al personale ⁽³⁰⁾.

Con riferimento alle primissime esperienze la migliore dottrina adoperava il concetto de "l'impresa-organo", per sottolineare la circostanza per cui era l'organo dell'ente a gestire l'impresa la cui titolarità o era direttamente dell'ente o attribuita, soprattutto in ambito statale con le c.d. aziende autonome, all'organo stesso che quindi assumeva natura eccezionale ⁽³¹⁾.

Con riferimento a queste ultime, che più delle altre tipologie si caratterizzano per un maggior grado di separazione dall'amministrazione controllante, i caratteri distintivi erano individuati, in via principale, nella presenza di consigli di amministrazione di nomina burocratica, di bilanci di tipo pubblicistico ma separati da quello del Ministero controllante, della sottoposizione al controllo della Corte dei conti, di propria capacità giuridica negoziale, di introiti propri.

Le imprese-organo, pur caratterizzate da elementi di "autonomia tecnica" non erano affatto indipendenti, proprio in ragione della permanenza della prevalenza della disciplina di matrice pubblicistica o para-pubblicistica e soprattutto della presenza della scelta di indirizzo operata dal vertice dell'amministrazione cui era agganciato l'organo, il Ministro o il Consiglio dell'ente locale. Quest'ultima applicata nello svolgimento di attività di natura sostanzialmente imprenditoriale, produttiva – intesa dunque nell'accezione classica del termine – continuava ad essere fonte di criticità organizzative e foriera dell'accusa di "burocratizzazione" della gestione pubblica di attività commerciali.

Come sottolineato da Giannini ⁽³²⁾, la nascita di questi modelli gestionali solo per le aziende municipalizzate aveva una connotazione prettamente politica, essendo per le altre ipotesi determinata, più che da ragioni di opportunità economica, piuttosto da "fattori tecnici": le imprese pubbliche infatti erano considerate in questa fase *"delle deroghe al sistema giuridico, imposte da esigenze eccezionali che costituivano esse*

³⁰ E. CIANCI, *Nascita dello Stato imprenditore in Italia*, Milano, 1977.

³¹ M. S. GIANNINI, *Le imprese, op. cit.*, inserisce in tale categoria, tra gli altri, la Cassa depositi e prestiti, le Ferrovie dello Stato e i monopoli di Stato.

³² M. S. GIANNINI, *Le imprese, op. cit.*, p. 382.

stesse deroghe al sistema economico” e proprio per tale ragione tali deroghe dovevano essere il più possibile contenute.

L'introduzione di questo modello organizzativo non fu, con ogni evidenza, indolore e comportò, soprattutto nelle fasi iniziali, notevoli difficoltà a livello applicativo: la natura ibrida del modello e la perdurante connotazione pubblicistica dell'attività da questi posti in essere comportava, con riferimento ad esempio all'adozione di atti di natura privatistica, una costante ed assai onerosa attività di trasposizione, sia antecedente sia conseguente agli stessi, in atti di natura amministrativa ⁽³³⁾.

Sulla base di tale esperienza, successivamente il legislatore adottò un diverso modello organizzativo, attraverso la creazione di enti pubblici cui attribuire la gestione dell'impresa, per i quali la dottrina ha coniato il termine “impresa-ente” ⁽³⁴⁾, nell'ambito del quale è possibile collocare i c.d. enti pubblici economici.

L'istituzione nel 1912 dell'Istituto nazionale per le assicurazioni fu dettata, si sostiene, dalla peculiarità del settore assicurativo che difficilmente poteva essere assoggettato al sistema di controlli erariali e alla complessa disciplina della contabilità pubblica propria delle imprese-organo. Tale strumento ebbe una luminosa fortuna dalla seconda metà degli anni '20 e per tutto il periodo fascista, anche in ragione dell'organizzazione corporativa nell'ambito della quale, come noto, si attribuiva ai sindacati personalità giuridica di diritto pubblico. In tale contesto era considerato del tutto naturale che lo Stato costituisse enti pubblici per indirizzare e controllare l'attività economica. Tali enti peraltro rimasero anche in seguito alla soppressione dell'ordinamento corporativo, seppur con una progressiva e necessaria attività di adeguamento, soprattutto dal punto di vista organizzativo e funzionale, in ragione del mutato contesto giuridico di riferimento.

La particolare connotazione raggiunta nel periodo fascista da parte delle imprese-ente, come si è accennato, fu probabilmente all'origine di una notevole confusione dottrinarica sul concetto di ente pubblico economico: Giannini ⁽³⁵⁾ non mancava di sottolineare che molti autori, e addirittura commissioni governative,

³³ M. S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche, op. cit.*, p. 383.

³⁴ M. S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche, op. cit.*, p. 385.

³⁵ M. S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche, op. cit.*, p. 388.

consideravano rientrante in tale categoria qualsivoglia ente che ponesse in essere un qualsiasi intervento pubblico nell'economia, ricomprendendovi pertanto anche quegli enti il cui scopo istituzionale era rivolto alla regolazione e controllo di un determinato settore economico ⁽³⁶⁾.

Rispetto al *genus* principale dell'ente pubblico, non furono individuate particolari caratteristiche discrete: l'unico elemento di diversità era considerato, con ogni ovvietà, nell'attribuzione di un diverso compito, consistente nella gestione non di una pubblica funzione ma di un'impresa. E' in questo contesto che si sviluppano le prime riflessioni concernenti la questione del fine di lucro: ci si chiedeva cioè se fosse corretto concepire un ente pubblico avente come finalità l'esercizio di un'attività imprenditoriale non considerando ad essa coesistente l'esistenza anche del perseguimento di uno scopo di lucro, ma anzi accettando l'ipotesi concreta di una gestione che non consenta di coprire integralmente i costi di esercizio.

Con riferimento a tale problematica appaiono molto suggestive le considerazioni proposte, quasi contemporaneamente, dalla dottrina economica che individuava anche nell'ambito pubblico un rischio d'impresa, consistente nel possibile utilizzo dei fattori della produzione, e quindi anche delle risorse pubbliche, in modo non conveniente per la collettività tale da determinare pertanto una vera e propria "perdita" di esercizio. Quest'ultima, affermava Onida, *"si manifesta non tanto nell'impovertimento o nella rovina di questa o quella particolare azienda, quanto in un generale impoverimento o abbassamento del benessere della collettività"* ⁽³⁷⁾.

Le maggiori problematiche di inquadramento dei diversi istituti applicabili agli enti pubblici economici hanno riguardato aspetti importantissimi quali l'assoggettabilità o meno a procedure concorsuali, la corretta qualificazione giuridica dei contratti applicati ai rapporti di lavoro dei dipendenti, la disciplina applicabile all'attività negoziale. Senza qui ricostruire il travagliato percorso seguito dalla giurisprudenza e i numerosi interventi del legislatore, basti qui solo ricordare che le soluzioni

³⁶ Tali enti erano frutto delle più disparate esigenze, tra le quali la principale era la necessità di riunire nell'ambito di un medesimo ente, competenze che, se esercitate nell'ambito degli uffici ministeriali, avrebbero comportato il necessario coordinamento di più amministrazioni. Ne sono esempio concreto l'Associazione nazionale per il controllo della combustione e l'ente nazionale risi.

³⁷ P. ONIDA, *op.cit.*, p. 9.

concretamente individuate hanno pressoché comportato l'estensione dell'applicazione di istituti privatistici, seppur di natura speciale: tra tutti, l'assoggettività alla liquidazione coattiva o la qualificazione privatistica dei rapporti di lavoro dei dipendenti, l'applicazione delle disposizioni civilistiche con riferimento all'attività negoziale senza bisogno della mediazione ulteriore di atti amministrativi.

Seppur in presenza di queste maggiori forme di autonomia, rimaneva presente con riferimento a tali enti la pervasiva attività di vigilanza e controllo da parte dell'amministrazione vigilante dell'attività svolta, anche attraverso l'esercizio di poteri di annullamento di atti adottati dall'ente. Non v'è dubbio tuttavia che rispetto all'impresa-organo l'impresa-ente goda di maggiore autonomia, essendo la responsabilità tecnica degli atti adottati dagli organi attribuita ai componenti degli stessi.

E' solo con la nascita delle società a partecipazione pubblica, come ricordato dalla dottrina, che lo Stato, finalmente imprenditore nel senso propriamente civilistico del termine, "*si sottrae alle regole severe della contabilità e dei riscontri di stato, ripudiando la mentalità amministrativa*" ⁽³⁸⁾.

Nell'individuare la categoria delle imprese-enti privati, Giannini poneva l'accento su due elementi principali: il primo era rappresentato dalla necessità che il pubblico potere si iscrivesse, questa volta in senso proprio, all'interno degli strumenti civilistici comunemente previsti per l'esercizio dell'attività imprenditoriale, senza pertanto la previsione di una disciplina pubblicistica o parapubblicistica; il secondo consisteva invece nell'imprescindibile capacità di influenzare in maniera determinante l'attività imprenditoriale posta in essere dal soggetto privato ⁽³⁹⁾.

Dalla breve disamina qui proposta, si può notare come progressivamente gli strumenti utilizzati per la gestione da parte del potere pubblico di attività imprenditoriali

³⁸ M. CASANOVA, *op. cit.*, il quale peraltro stigmatizzava già negli anni '60 del '900 "*l'uso talvolta clamoroso della pubblicità commerciale*" o quei comportamenti, tipici degli imprenditori privati, di aspirazione al profitto e al rischio personale, in certi casi addirittura temerari. L'A. peraltro individuava, acutamente, quale elemento negativo delle imprese pubbliche, l'estrema politicizzazione della gestione, che, non essendo ancorata a valutazioni di carattere tecnico-obiettivo, come per le imprese private, era foriera, anche potenzialmente, di comportamenti irragionevolmente discriminatori nei confronti dei cittadini o della nascita di gruppi di potere oppositivi dell'iniziativa privata. Cfr. anche L. Perfetti, *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*, Foro amm. CdS, fasc. 9, 2003, p. 2498.

³⁹ M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche*, *op. cit.*, p. 402.

siano stati orientati, sempre più, verso l'adozione di discipline che mutuavano o includevano in modo più o meno consistente istituti e prerogative propri dell'ambito privatistico. Le motivazioni sono state molteplici, ed in ultima analisi sembrano collocarsi in un duplice ordine di esigenze: da un lato assicurare una maggiore snellezza all'azione amministrativa, il cui esercizio per procedimenti e provvedimenti mal si adattava alle esigenze di celerità decisionale proprie dell'attività imprenditoriale; dall'altro includere nella gestione di quest'ultima modelli propri degli operatori privati, in ragione del tentativo di rendere maggiormente efficace ed efficiente la gestione delle risorse pubbliche investite in attività di natura non burocratica ⁽⁴⁰⁾.

La dottrina più attenta non ha mancato peraltro di sottolineare ulteriori ragioni alla base di tale processo, purtroppo non così edificanti, consistenti nella volontà di sottrarre al controllo della Corte dei conti le attività imprenditoriali e soprattutto della conseguente disciplina della responsabilità erariale, la selezione del personale dipendente al di fuori delle discipline concorsuali, la non applicazione dei principi dell'evidenza pubblica ai fini della selezione del contraente.

Non stupisce, quindi, che il passo successivo sia stato rappresentato dalla costituzione o dall'acquisizione di partecipazioni all'interno di soggetti privati.

Con riferimento all'esatta collocazione di tale momento nell'ambito della storia italiana, gli studiosi non risultano del tutto concordi. Larga parte della dottrina fa risalire la nascita del fenomeno dell'impresa a partecipazione pubblica alla nascita dell'Istituto per la ricostruzione industriale ⁽⁴¹⁾, di cui si dirà *infra*, mentre altre ricostruzioni collocano i primi esempi di partecipazione pubblica già nel primo dopoguerra, in ragione dell'acquisizione di partecipazioni azionarie in società private in difficoltà oggetto di interventi di salvataggio da parte dello Stato. Una dottrina minoritaria, infine, propone di situare nel 1926 *l'annus a quo*, in ragione dell'adozione di due importanti provvedimenti: il trasferimento ad un ente dipendente dalla Banca d'Italia delle

⁴⁰ Sul punto cfr. M.G. VIVARELLI, *Le società pubbliche: le criticità del sistema con particolare riguardo alla necessità di contenimento della spesa pubblica*, in Riv. Trim. degli appalti, 2011, I, pp. 83 e ss. e ex multis G. OTTAVIANO, *Il controllo della Corte dei conti sulle società risultanti dalla trasformazione degli enti pubblici privatizzati*, in Riv. Corte conti, 2002, I, pp. 311 e ss.

⁴¹ Di questa opinione è M. CASANOVA, *op. cit.*

industrie estinte in esito della liquidazione della Banca Italiana di Sconto e la costituzione dell'impresa petrolifera statale, l'AGIP ⁽⁴²⁾.

Tale disparità nelle ricostruzioni sembra essere il frutto, come giustamente osservato dalla dottrina ⁽⁴³⁾, dell'estrema peculiarità della fenomenologia delle partecipazioni azionarie pubbliche, frutto, per un verso, della struttura congenita del capitalismo italiano e, per altro profilo, delle contingenti situazioni socio-economiche.

Emblematica è la parabola dell'Istituto per la ricostruzione industriale (IRI), nato per fronteggiare la grave crisi economica internazionale degli anni '30. Attraverso tale ente, in origine avente durata temporanea, lo Stato acquisiva pacchetti azionari delle imprese in difficoltà detenuti dalle banche creditrici, ottenendo così un duplice obiettivo: il primo consistente nell'immissione di liquidità nel sistema economico; il secondo diretto al controllo e al risanamento delle imprese che successivamente sarebbero state restituite completamente all'azionariato privato.

Come noto la prima fase dell'attività, consistente nel risanamento, fu realizzata mentre non fu mai ultimata la successiva fase di reimmissione delle quote nel mercato libero e si decise nel 1937, in ragione del sopraggiungere della scellerata impresa coloniale e della necessità di introdurre politiche autarchiche, la trasformazione dell'IRI in ente a carattere permanente. L'enorme vastità e complessità delle partecipazioni azionarie possedute spinse l'IRI a rivestire il ruolo di *holding* attraverso la costituzione di società finanziarie al fine di raggruppare i pacchetti azionari per settore merceologico. Nacquero così Finmeccanica, Finsider, Finmare e Finelettrica.

Tale meccanismo, originato, come accennato, da una situazione di crisi del tutto contingente e straordinaria, divenne, negli anni successivi, un vero e proprio strumento formidabile di politica economica nelle mani dello Stato, in grado di consentire il raggiungimento di molteplici finalità: programmazione, conoscenza, paragone e sperimentazione tecnica ⁽⁴⁴⁾. Lo strumento si dimostrò talmente duttile rispetto alle

⁴² E. CIANCI, *op.cit.*

⁴³ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, 1993, p. 230 e ss e E. Cianci, *op. cit.*.

⁴⁴ In particolare la *conoscenza* consente di accedere ai dati relativi a costi di produzione, prezzi e cicli economici, il *paragone* permette di applicare modelli imprenditoriali che siano di esempio per gli altri operatori presenti sul mercato e sperimentare le innovazioni tecniche, così in M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, *op.cit.*, p. 233.

diverse esigenze organizzative sopramenzionate che progressivamente molti degli enti pubblici economici furono trasformati in società di capitali.

Alla luce di tali considerazioni, non è pertanto inusuale che la Pubblica Amministrazione non solo si confronti con le imprese presenti sul mercato quale regolatore – si pensi, solo ad un attimo, alle tante Autorità indipendenti presenti nell’ordinamento giuridico – ma ricopra un ruolo attivo, non soltanto in contesti di anticiclo economico ma anche in momenti di crescita e sviluppo del sistema in chiave pro-espansiva.

Sulla base di tali riflessioni è di tutta evidenza che nell’ambito degli studi relativi alla ricostruzione storiografica dell’impresa pubblica in Italia, l’elemento centrale di ogni riflessione sia costituito dalla nozione di impresa che ogni autore presuppone. A seconda che si privilegi una nozione di matrice economico-aziendale o una maggiormente ancorata al dato giuridico civilistico, l’impostazione di ogni lavoro risulta notevolmente differente.

Rinviando ai paragrafi successivi del capitolo l’analisi più approfondita di tale questione, in questa fase sembra opportuno precisare tuttavia un aspetto, già evidenziato con estrema chiarezza da Giannini: l’utilizzo dello strumento privato da parte della pubblica amministrazione non deve far sorgere il dubbio che possa determinarsi una contaminazione del diritto comune o una prevalenza del diritto privato su quello pubblico. La scelta dell’utilizzo dello strumento privatistico comporta come diretta conseguenza l’applicazione della corrispondente disciplina, dal momento che *“le norme interpretate si applicano in quanto norme di diritto comune ad ogni soggetto dell’ordinamento, pubblico o privato che sia”* ⁽⁴⁵⁾. Non si determina pertanto, secondo Giannini e Fabio Roversi Monaco ⁽⁴⁶⁾, alcuna alterazione della natura o della struttura del soggetto, sebbene egli stesso segnalava l’esistenza di alcune caratteristiche peculiari con riferimento alle modalità di nomina e revoca delle cariche sociali e l’estrema opacità delle modalità dei canali di trasmissione alle società degli indirizzi e delle direttive impartiti agli amministratori. Quanto questo assunto sia stato e sia vero

⁴⁵ M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche*, op. cit., pp. 402-403.

⁴⁶ F. ROVERSI MONACO, *La costituzione economica*, in *Trattato di Diritto commerciale e Diritto pubblico dell’economia*, AA.VV., p. 445.

nell'attuale contesto normativo è argomento assai delicato e complesso come si evidenzierà nel paragrafo successivo.

1.3. L'utilizzo dello strumento privatistico da parte della Pubblica Amministrazione

È tipico degli ordinamenti giuridici c.d. a diritto amministrativo porre grande attenzione, con riferimento all'attività amministrativa, alla differenza tra gli strumenti di natura pubblicistica e quelli di natura privatistica: a ben vedere essi, quasi sempre, possono, *rectius* potevano, essere utilizzati indifferentemente per raggiungere medesimi scopi. Come giustamente ricostruito dalla dottrina, in principio ci fu una fase di forte pubblicizzazione di rapporti originariamente privati, per ragioni essenzialmente pratiche: al fine di funzionalizzare e, per certi aspetti, tutelare l'attività amministrativa, era tecnicamente molto più semplice creare, o, per dirla con Giannini, “*travestire*”, strumenti analoghi e paralleli di matrice privatistica, dando loro natura pubblicistica, piuttosto che operare in senso inverso ⁽⁴⁷⁾. In tale contesto, l'utilizzo di strumenti privatistici rimaneva del tutto residuale, seppur assolutamente non marginale, e cioè relegato a quelle ipotesi nelle quali il perseguimento di uno scopo o il raggiungimento di un obiettivo attraverso l'utilizzo dello strumento pubblicistico risultava pressoché impossibile, come ad esempio l'approvvigionamento di beni.

A lungo l'esercizio della potestà amministrativa e la categoria del contratto sono state considerate tra loro del tutto incompatibili, Otto Mayer individuava la potestà pubblica quale espressione di una capacità giuridica predominante rispetto a quella del cittadino con la conseguente impossibilità di utilizzare la categoria del contratto implicante l'assoluta parità dei soggetti coinvolti ⁽⁴⁸⁾.

Con l'evoluzione e l'ampliamento delle funzioni e delle competenze e il sopraggiungere di diversi modelli organizzativi sempre più vicini alle categorie proprie del diritto privato, dapprima gli enti pubblici economici e le aziende municipalizzate, e

⁴⁷ Così in M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 1993, II, pp. 343 e ss.

⁴⁸ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I ed., Leipzig, 1895, p. 67.

successivamente le società a partecipazione pubblica, ecco sopraggiungere conseguentemente un fenomeno inverso, consistente nel soddisfacimento dei bisogni della collettività non più attraverso l'attività amministrativa classica per procedimenti e provvedimenti ma gli istituti tipici della sfera privatistica ⁽⁴⁹⁾.

In ragione di tale processo la “storica dicotomia” tra pubblico e privato ne è risultata decisamente affievolita e in parte ridimensionata.

Come si avrà modo di approfondire in seguito, è possibile individuare un *dies a quo* di questo preciso cambiamento prospettico, situandolo agli inizi degli anni '90 del secolo scorso con l'approvazione della legge 7 agosto 1990, n. 241 recante “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”. Come noto la predisposizione dello schema di proposta di tale legge fu affidata a metà degli anni '80 dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri ad un gruppo di giuristi guidati da M. S. Giannini ed in particolare alla sottocommissione presieduta da Mario Nigro.

Nello schema originariamente elaborato uno dei principi cardine dell'impianto della disciplina, sancito all'articolo 5, era costituito dal principio di “contrattualità” dell'azione amministrativa ⁽⁵⁰⁾. Abbattuto il preconcetto di fondo, il modulo consensuale, tra soggetti pubblici e tra questi e i cittadini, era considerato come logica conseguenza dei principi di buon andamento, pubblicità, imparzialità e trasparenza nell'esercizio del potere pubblico. L'applicazione di tale nuovo principio intendeva segnare dunque una svolta epocale nel diritto amministrativo, attraverso il passaggio dalla “pubblica amministrazione che provvede” alla “pubblica amministrazione che si accorda”.

Come noto, l'ottica contrattualistica proposta dalla sottocommissione Nigro fu decisamente attenuata da parte del Governo, già nelle fasi precedenti all'adozione in seno al Consiglio dei Ministri della proposta di legge. Nel testo presentato alle Camere fu eliminato il principio di contrattualità contenuto nell'articolo 5 dell'articolato

⁴⁹ Tale impostazione risulta confermata anche dalle riflessioni proposte da G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2005, p. 481.

⁵⁰ Articolo 5 dello schema proposto dalla sottocommissione Nigro “*Allo scopo di accelerare lo svolgimento dell'azione amministrativa e disciplinare con maggiore stabilità e precisione i comportamenti propri e dei privati oltre che i diritti e i doveri reciproci l'amministrazione favorirà la conclusione di accordi fra di essa e gli interessati senza pregiudizio di terzi*”

elaborato dagli studiosi. Non meno rilevante fu poi la decisione di inserire le disposizioni concernenti gli accordi tra pubbliche amministrazioni e cittadini, sia sostitutivi che integrativi, nel capo concernente la partecipazione al procedimento amministrativo ⁽⁵¹⁾. Tale mutamento della collocazione interna delle disposizioni fu rivelatore della strenua resistenza concettuale e paradigmatica opposta dall'amministrazione che con estrema riluttanza si mostrava incline a rinunciare al modello classico dell'azione amministrativa di natura autoritativa ⁽⁵²⁾. Del resto il dibattito dottrinario precedente si era a lungo concentrato sull'astratta possibilità di consentire l'applicazione dell'istituto del contratto con riferimento all'esercizio dell'attività discrezionale o autoritativa che fosse, in ragione della difficoltà e dell'inopportunità di ammettere una “*negoziabilità del potere pubblico*” ⁽⁵³⁾.

La punta massima di questa parabola può dirsi rappresentata dall'introduzione nel 2005, all'interno dell'art 1 della legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, dopo un esame parlamentare assai travagliato, del comma 1-bis a mente del quale “*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*”.

La dottrina si è sin da subito interrogata sulla reale portata applicativa di tale disposizione fino a porre in discussione le consolidate categorie giuridiche del diritto privato e del diritto pubblico, sulla base delle quali è stata basata l'architettura del diritto amministrativo ⁽⁵⁴⁾.

⁵¹ Con estrema capacità di sintesi S. CASSESE in *Le basi del diritto amministrativo*, op.cit., sottolinea come oggi il diritto amministrativo sia caratterizzato da un continuo dialogo, *rectius* commistione, tra diritto privato e diritto pubblico, tale da comportare il sovvertimento dei classici canoni giuridici e costringendo lo studioso ad uno studio analitico di ogni istituto.

⁵² Su questo profilo cfr. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'Amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989 p. 5 e ss. e ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, p. 2044.

⁵³ Sul tema NIGRO ritenne ammissibile una “*categoria di convenzioni i cui (fosse) dedotto in obbligazione l'esercizio stesso della potestà amministrativa*”, così si esprime nelle *Conclusioni*, in Masucci (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, in *Quaderni del Forzez*, Roma, 1988, p.86.

⁵⁴ Particolarmente interessanti e dense di contenuti sono le pagine dedicate sul tema da S. VINTI, in *La circolarità logica del diritto amministrativo*, 2014. La dottrina non ha mancato di sottolineare come l'introduzione di questo principio abbia di fatto sottinteso l'adesione del legislatore alla tesi della capacità giuridica generale in capo ai soggetti pubblici. Cfr. sul punto F. CAMMEO, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico. Contratti di diritto pubblico*, in *Giur. It.*, 1900, IV, pp. 7 e ss., G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, pp. 81 e ss., F. LIGUORI, *La funzione amministrativa, Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2010.

Interrogarsi sull'importanza dell'utilizzo di strumenti privatistici da parte della Pubblica Amministrazione italiana risulta particolarmente significativo anche al fine di ricostruire e comprendere se e per quali ragioni il nostro ordinamento abbia avuto, ovvero abbia ancora, una preclusione ideologica, o comunque sia riluttante, nell'accettare e fare propria l'impostazione sostanzialistica europea che, come si avrà modo di approfondire nel corso del lavoro, fonda la capacità di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica non su considerazioni attinenti alle caratteristiche del soggetto ma a parametri legati alle attività svolte sul mercato (⁵⁵).

È un fatto che l'introduzione del principio consensualistico nell'ambito dell'esercizio del potere amministrativo comporti alcuni delicati problemi inerenti all'applicazione concreta di tale principio: la dottrina più attenta sottolineava il rischio dell'utilizzo dello strumento consensuale in ragione della possibile mutevolezza della valutazione dell'interesse pubblico. Il migliore soddisfacimento di quest'ultimo potrebbe essere pregiudicato dall'esistenza di un accordo che imbrigli le posizioni delle parti. L'utilizzo dello schema negoziale potrebbe peraltro comportare una incontrollata sproporzione nella composizione dei diversi interessi coinvolti a vantaggio ora della pubblica amministrazione ora del cittadino.

Come giustamente ha sottolineato la dottrina (⁵⁶), *“in luogo di una disciplina articolata di procedure e di garanzie, riferite a un singolo aspetto del sistema amministrativo, per la realizzazione i obiettivi determinati, il richiamo al diritto privato diventa oggetto di una previsione di carattere generale”* riferibile all'intera attività amministrativa.

La reale portata applicativa di tale principio è stata, a distanza di più di dieci anni dall'introduzione, fortemente depotenziata, in ragione, da un lato, dell'impermeabilità degli apparati amministrativi all'utilizzo di nuovi paradigmi procedimentali dai confini peraltro incerti, dall'altro dall'esistenza di significative

⁵⁵ Per una lettura in chiave restrittiva della norma cfr. A. AULETTA, *Note in tema di capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche*, par. 3, il quale sostiene che *“mentre per l'attività provvedimentale opera una disciplina pubblicistica a maglie strette, per quella di diritto privato rimane si fermo il vincolo del perseguimento dell'interesse pubblico (...), ma la forma di tale attività sarebbe affrancata dal rispetto del modulo procedimentale disciplinato dalla L. 241”*.

⁵⁶ G. NAPOLITANO, *op. cit.*

eccezioni all'applicazione di tale principio, individuate negli atti di natura autoritativa e di discipline peculiari comunque presenti e non implicitamente abrogate⁽⁵⁷⁾.

A ben riflettere ciò che tuttavia rende particolarmente complessa l'applicazione in concreto di tale disposizione è, come sostiene Napolitano, la difficoltà di imbrigliare con sufficiente precisione la categoria degli atti di natura autoritativa⁽⁵⁸⁾.

Lo strumento negoziale potrebbe essere utilizzato, seguendo l'ottica europea della proporzionalità, per agevolare la mediazione tra le contrapposte posizioni rappresentate dalla pubblica amministrazione e dal privato, fermo restando che ove tale attività sia foriera di un eccessivo aggravio procedimentale o comunque comporti un eccessivo nocimento della posizione rappresentata dal pubblico decisore, debba riespandersi lo strumento autoritativo.

Ulteriore corollario dell'utilizzo dello strumento negoziale sarebbe costituito dalla circostanza che, a differenza di quanto da sempre cristallizzato nella dottrina civilistica, assumerebbe rilievo, in via speciale, la motivazione del soggetto alla conclusione del negozio. In altre parole, l'attività negoziale dovrebbe comunque essere preceduta da un provvedimento nel quale siano rese note e argomentate le ragioni che hanno determinato l'amministrazione all'utilizzo dello strumento privatistico e alla dimostrazione della convenienza economica di tale scelta, al fine di non determinare zone franche della responsabilità erariale. Su questo punto si tornerà nel corso del lavoro (cfr. cap. 3).

2. La Pubblica Amministrazione come operatore economico: un'evoluzione (in)consapevole

Quanto brevemente ricostruito e accennato in via iniziale consente di affermare che certamente la Pubblica Amministrazione è, nel suo complesso, un soggetto in grado

⁵⁷ Cfr. sul punto G. NAPOLITANO, *op. cit.*

⁵⁸ Per una definizione di autoritatività cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2008, pp. 55 e ss.. L'Autore affronta il tema distinguendo gli atti aventi reale natura autoritativa da quegli atti che, rappresentando mere manifestazioni di volontà dell'Amministrazione procedente, non avrebbero bisogno della "forza" dell'atto autoritativo e dunque possono sicuramente essere incasellati all'interno del modulo negoziale proposto dal comma 1-bis dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990.

di influire, dal punto di vista economico, sulle dinamiche del mercato attraverso molteplici modalità e strumenti previsti dall'ordinamento giuridico. Ciò che tuttavia occorre approfondire è se tale vasta quantità e qualità di tali modalità e strumenti, elaborati nel nostro ordinamento, sia in grado di coordinarsi ed integrarsi con gli istituti e le nozioni elaborati nell'ambito dell'ordinamento europeo. Come si avrà modo di approfondire nel corso del lavoro, il rapporto e il confine tra l'utilizzo dello strumento convenzionale e la doverosità della selezione, tramite procedura di evidenza pubblica, del soggetto pubblico mediante il quale erogare beni o servizi poggiano sul concetto di operatore economico.

L'ordinamento europeo non ne dà una definizione univoca, risultando il suo uso e la sua coniazione, per stessa ammissione del legislatore europeo, piuttosto un "rimedio linguistico" ⁽⁵⁹⁾. Un rimedio che tuttavia assume precisa connotazione giuridica nel momento in cui è proprio dall'interpretazione di volta in volta offerta dal legislatore che discendono importanti conseguenze applicative in ordine al perimetro dei soggetti ammessi o meno alla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica.

Le direttive europee del 2004, ora abrogate, ma ancora utili nell'approfondire l'evoluzione interpretativa della nozione di "operatore economico" nell'ambito dell'ordinamento europeo, ricomprendevano in essa l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi, definiti a loro volta come persone fisiche o giuridiche o enti pubblici o raggruppamenti di tali persone e/o enti che offrano sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi. Come giustamente è stato sottolineato ⁽⁶⁰⁾, il legislatore europeo, seguendo un'ottica sostanzialistica, delinea una figura del tutto neutrale con riferimento alla qualità giuridica del soggetto ammesso alle procedure ad evidenza pubblica, anche e soprattutto con riferimento alle "*modalità di organizzazione della prestazione*".

Ciò che colpisce, ponendosi nell'ottica del giurista italiano, è l'accostamento tra il concetto di impresa/soggetto privato *lato sensu* e quello di ente pubblico, saldamente separati – o almeno così si riteneva astrattamente – nell'ordinamento italiano. Quale lettura dare dunque alle direttive europee?

⁵⁹ L'art. 1, paragrafo 8, della direttiva 2004/18/CE espressamente precisava che il termine "operatore economico" era utilizzato unicamente per semplificare il testo.

⁶⁰ G. MULAZZANI, *op. cit.*

Come si è accennato, volendo cominciare la propria analisi interpretativa dal concetto di finanza pubblica, l'impostazione data dal legislatore europeo di sostanziale parità tra ente pubblico, *stricto sensu* inteso, e soggetto privato sembrerebbe risultare ontologicamente contrastante, soprattutto con riferimento alla finalità che il sistema privato si prefigge rispetto a quello pubblico. Essenzialmente tale differenza si sostanzia nell'assenza in capo allo Stato di un bisogno di ricerca dell'utile di esercizio, del lucro, ed è in tale differenza che sembra affondare le radici lo stesso diritto pubblico ed in particolare il diritto amministrativo.

Qualora invece si analizzi il tema dal diverso versante della scienza economica, ed in particolare da quello dell'economia pubblica, ci si avvede dell'estrema limitatezza delle categorie giuridiche in uso, per lo meno fino a qualche anno fa, laddove nell'ambito di tale disciplina sono poste come oggetto di studio *“le scelte e le attuazioni delle decisioni inerenti al bilancio del settore pubblico globale (=operatore pubblico allargato), che include oltre alle entrate e spese dell'economia finanziaria (ovvero della cosiddetta Pubblica Amministrazione o PA) relative ai beni pubblici, anche quelle delle imprese pubbliche di vario genere e dei diversi enti pubblici, operanti a livello azionale, locale e sovranazionale che non fanno parte della P.A. in senso stretto”* ⁽⁶¹⁾.

Ciò che sembra estremamente importante sottolineare è la circostanza che l'economia pubblica, già nel secolo scorso, riconduceva il settore delle imprese pubbliche nell'ambito dell'economia pubblica, sulla base della semplice considerazione che *“i saldi dei loro bilanci, in ultima analisi, confluiscono in quello della P.A.”* ⁽⁶²⁾.

A tali conclusioni il legislatore sembra essere arrivato soltanto negli ultimi anni, attraverso l'introduzione del concetto di «bilancio consolidato» nell'ambito del quale devono essere inclusi i bilanci dei *“propri enti ed organismi strumentali, aziende, società controllate e partecipate”* (art. 11-bis del decreto legislativo n. 118 del 2011). Tale impostazione è ulteriormente confermata dalla prossima introduzione, nell'ambito del regolamento disciplinante lo schema tipo di bilancio consolidato delle amministrazioni pubbliche con le proprie aziende, società o altri organismi controllati, delle definizioni di «gruppo amministrazione pubblica», inteso quale insieme di

⁶¹ F. FORTE, *Principi di economia finanziaria*, 1988, Milano, 2.

⁶² F. FORTE, *Ib.*

aziende, enti, società o altri organismi, sottoposti al controllo di una amministrazione pubblica (⁶³).

Queste terminologie, fino a qualche decennio fa del tutto impensabili nell'ambito pubblicistico, ma soprattutto la logica di fondo alla base delle recenti riforme in materia di contabilità pubblica, sembrano nella sostanza voler far avvicinare sempre di più la Pubblica Amministrazione quasi ad una grande *corporation* di carattere internazionale.

In tale ottica, come sottolinea anche la giurisprudenza contabile, *“il bilancio consolidato ha la finalità di rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione finanziaria - patrimoniale e il risultato economico della complessiva attività svolta dall'ente attraverso le proprie articolazioni organizzative, i suoi enti strumentali e le sue società controllate e partecipate, consentendo di sopperire alle carenze informative e valutative dei bilanci degli enti che perseguono le proprie funzioni anche attraverso rilevanti partecipazioni in società; il bilancio consolidato costituisce quindi un nuovo strumento per programmare, gestire e controllare con maggiore efficacia”* (Corte conti, Sicilia, parere n. 60/2014).

La ricostruzione offerta dalla giurisprudenza contabile e dagli studiosi della finanza pubblica risulta utile al fine di chiarire un nodo centrale del ragionamento: l'avvicinamento terminologico e, per certi versi, giuridico non deve indurre lo studioso ad ipotizzare che vi sia in atto un processo di “privatizzazione” della Pubblica Amministrazione. L'utilizzo di categorie od anche istituti di matrice civilistica è sempre finalizzato al perseguimento di un obiettivo generale di migliore controllo dell'utilizzo delle risorse pubbliche che si sostanzia attraverso una loro più efficace ed efficiente programmazione e gestione. Allo stesso tempo, certamente, non può e non deve dedursi che la Pubblica Amministrazione sia chiamata in futuro a concepire la propria attività in termini di procacciamento di utili da redistribuire nei confronti dei propri azionisti.

L'impostazione seguita dal legislatore europeo nel 2004 risulta confermata ed ancor meglio esplicitata nelle direttive adottate nel 2014, nelle quali è espressamente

⁶³ Cfr. Dossier Senato della Repubblica su Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 252. Tale concetto risulta altresì presente all'articolo 19, comma 2, del D.P.C.M. 28 dicembre 2011 (Sperimentazione della disciplina concernente i sistemi contabili e gli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro enti ed organismi, di cui all'articolo 36 del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118).

previsto che alla nozione di “operatore economico” deve essere garantita un’accezione più ampia in grado di “*comprendere qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare. Pertanto imprese, succursali, filiali, partenariati, società cooperative, società a responsabilità limitata, università pubbliche o private e altre forme di enti diverse dalle persone fisiche dovrebbero rientrare nella nozione di operatore economico, indipendentemente dal fatto che siano «persone giuridiche» o meno in ogni circostanza*” (64).

Le disposizioni europee, è evidente, si propongono come obiettivo la garanzia della massima liberalizzazione e della parità di trattamento tra operatori pubblici e privati che insistano in un medesimo mercato, nell’ottica ultima di tutela della libertà di circolazione dei beni e dei servizi all’interno dello spazio comune. Purtroppo, in via indiretta per il legislatore europeo e in via diretta, seguendo l’ottica del nostro costituente, tali disposizioni ci dimostrano la pari dignità sul piano sostanziale dell’iniziativa economica pubblica nei confronti di quella privata: in altre parole si garantisce che iniziativa economica pubblica ed iniziativa economica privata partecipino ad armi pari nell’ambito del mercato nel quale decidano di inserirsi.

2.1. L’impresa e l’operatore economico all’interno dell’ordinamento

All’indomani dell’adozione delle disposizioni contenute nelle citate direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, la trasposizione del concetto di operatore economico, come proposta dal decreto legislativo n. 163 del 2006, risultava ancora pienamente influenzata dalla consolidata ricostruzione dottrina e giurisprudenziale esistente nell’ordinamento italiano. In essa, come più volte sottolineato, era ancora considerato del tutto improponibile l’accostamento, anche solo parziale, dei concetti di impresa, nel senso civilistico, e di pubblica amministrazione in senso stretto (65).

⁶⁴ Considerando n. 14 della direttiva 2014/24/CE.

⁶⁵ Peraltro la giurisprudenza amministrativa tendeva a considerare ammesse alla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica soltanto le società commerciali, escludendo pertanto le società semplici, associazioni, fondazioni ecc. (cfr. sul punto la determinazione AVCP 21 ottobre 2010, n. 7).

L'articolo 3 del citato decreto legislativo, recante le definizioni, nell'individuare il concetto di "operatore economico", riprendeva integralmente la formulazione offerta dal paragrafo 8 dell'articolo 1 della direttiva: *"il termine «operatore economico» comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi"*.

Il codice, tuttavia, nel delineare successivamente all'articolo 34 l'elenco dei soggetti cui potevano essere affidati contratti pubblici, risultava essere del tutto lacunoso, non rispecchiando in alcun modo la direttiva la quale espressamente stabiliva, al paragrafo 8 dell'articolo 1, che *"I termini «imprenditore», «fornitore» e «prestatore di servizi» designano una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi"*.

La lacuna era da considerarsi particolarmente significativa anche in ragione dell'esclusione perfino di alcuni soggetti di natura privata, quali ad esempio le fondazioni, le ONLUS e le società semplici, dal novero dei soggetti affidatari, categorie che sarebbero state anch'esse oggetto di accese controversie giurisprudenziali.

Con specifico riferimento alle disposizioni presenti nel decreto legislativo n. 163 del 2006, la Commissione europea, nel gennaio del 2008, aprì nei confronti dell'Italia, una procedura di infrazione, rilevando come *"la lista di cui all'articolo 34 del Codice non sembra permettere la partecipazione alle gare di operatori aventi una forma giuridica diversa da quelle indicate nella lista. In particolare, tale articolo non sembra permettere la partecipazione di altre entità pubbliche ovvero di entità qualificabili come organismi di diritto pubblico ai sensi delle direttive appalti pubblici"* ⁽⁶⁶⁾.

⁶⁶ Commissione delle Comunità europee, procedura amministrativa 2007/2309, C(2008)0108. Al fine di tentare di superare i rilievi formulati in sede europea, fu modificato l'art. 34 del d.lgs. 163/2006, con l'introduzione al comma 1, della lettera f-bis), con la quale furono inseriti nell'elenco gli *"operatori economici, ai sensi dell'articolo 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi"*. R. CARANTA non manca nel sottolineare con aspra critica l'impostazione dell'ordinamento italiano, tendente ad elaborare norme generali e astratte, *"magari anche draconiane, che annullino ogni rischio"*. Tale atteggiamento, si legge, *"ha anche dei pregi, primo fra tutti la certezza del diritto raggiunta tramite l'annullamento di ogni possibilità di scelta (e perché no, di abusi) per l'amministrazione aggiudicatrice"*, così l'A. in *Contratti pubblici*, 2012, p. 308. Questa impostazione tuttavia, come sottolineato dall'Autore, non risulta conforme al diritto europeo che fa, come noto, dell'apertura massima alla concorrenza il primo e principale obiettivo.

La possibilità di ascrivere nel novero degli operatori economici anche le pubbliche amministrazioni e, di conseguenza, consentire loro la possibilità di partecipare alle procedure di evidenza pubblica ha avuto nel tempo risposte del tutto contrastanti, nelle quali tuttavia non è stata mai posto in discussione un punto: la sussistenza della capacità giuridica di diritto privato, e quindi negoziale, della Pubblica Amministrazione in quanto tale ⁽⁶⁷⁾.

Per un certo periodo l'assenza della finalità del perseguimento dello scopo di lucro era considerata, da certa parte della dottrina e della giurisprudenza, criterio dirimente ai fini dell'ammissibilità di un soggetto alla partecipazione a procedure di evidenza pubblica.

Senza dubbio le impostazioni interpretative maggioritarie erano frutto del combinato disposto delle disposizioni di cui all'articolo 34 del decreto legislativo n. 163 del 2006, recante come già accennato l'elenco dei soggetti ammessi alla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, e di cui all'articolo 2082 del codice civile, contenente la definizione della qualità di imprenditore. Tale disposizione, è appena il caso di ricordarlo, individua nell'esercizio in forma professionale *“di una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”*.

Pur non potendosi eccessivamente dilungare in questa sede sull'analisi minuziosa della definizione codicistica dell'imprenditore, si ritiene opportuno soffermarsi su alcuni elementi, individuando alcuni snodi interpretativi che saranno particolarmente significativi nel corso dell'analisi del concetto di operatore economico che qui si propone.

In primo luogo, con riferimento al requisito della professionalità, altra parte della dottrina, in particolare Francesco Galgano, con ancor maggiore acutezza, sottolineava che tale requisito dovesse ritenersi integrato anche qualora l'attività imprenditoriale non sia prevalente ma anzi *“del tutto accessoria o marginale rispetto ad altre non*

⁶⁷ La dottrina sembra ricondurre la capacità giuridica di diritto privato della Pubblica Amministrazione all'art. 11 del codice civile, rubricato “Persone giuridiche pubbliche”, nel quale, sebbene la dottrina ne sottolinei la non facile formulazione, si afferma che: *“Le province e i comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche, godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico”* (così in S. Vinti, *La circolarità logica del diritto amministrativo*, Torino, 2014, 16 e 17, dove si richiama peraltro l'opposta lettura delle norme codicistiche proposta da G. Guarino, *Sulla capacità giuridica dell'Enel*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, II, Milano, 1970, 551).

economiche” (68). L’autore faceva discendere tale mutamento di significato proprio dalla circostanza che l’ampiezza della definizione offerta dal codice consente di includervi all’interno anche le imprese pubbliche, in ragione della lettura sistematica dell’articolo 2082 e degli articoli 2093, 2201 e 2221, concernenti le “imprese esercitate da enti pubblici”. Sulla base di tale ricostruzione normativa la dottrina giuspubblicista e giusprivatistica si trovava del tutto concorde nel ritenere che la nozione civilistica di imprenditore dovesse essere considerata di diritto comune o, per dirla con le parole di Sabino Cassese, “*un superconcetto riferibile tanto al diritto civile come a quello amministrativo*” (69).

Ciò premesso si dovrebbe allora approfondire quale sia il limite ultimo della accessorietà e marginalità dell’attività economica. Sul punto la dottrina individua nell’occasionalità l’estremo confine invalicabile: “*un isolato acquisto seguito da rivendita, una isolata operazione di mediazione, anche se danno luogo ad una pluralità di atti fra loro coordinati e, quindi ad un’attività, sia pure circoscritta entro modesti limiti temporali, non pongono in essere, tuttavia, un’attività professionalmente esercitata*” (70). Di contro anche un solo affare, qualora sia particolarmente complesso, come ad esempio la costruzione di un’opera, può consentire il raggiungimento del carattere della professionalità.

In secondo luogo, la dottrina più autorevole (71) riteneva connaturato alla nozione codicistica di imprenditore, anche il perseguimento da parte del soggetto giuridico della finalità lucrativa o del profitto personale, vero e proprio elemento indefettibile, rinvenibile, si affermava, non soltanto alla luce della scienza economica la cui connessione ideale risultava evidente in ragione della presenza all’interno della disposizione del sintagma “*attività economica*”.

Sul punto è bene precisare che la diversa definizione di imprenditore fornita dal codice del 1942 abbia modificato il paradigma interpretativo precedente: se infatti in passato era rilevante la sfera motivazionale del soggetto, che solo se si prefiggeva lo scopo di lucro poteva essere considerato come “commerciante”, nella nuova

⁶⁸ F. Galgano, *L’impresa*, in *Diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia*, 1977, p. 53.

⁶⁹ S. Cassese, in *Novissimo digesto italiano*, voce *Ente pubblico economico*, p. 201 e ss.

⁷⁰ F. Galgano, *L’impresa*, in *op. cit.*, p. 54.

⁷¹ V. Bonocore, voce *Imprenditore*, *Dir. Priv.*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1970, XX,

concezione, la qualifica di imprenditore è frutto di valutazioni del tutto oggettive, nell'ambito delle quali ciò che rileva è l'astratta capacità dell'attività di produrre utili, indipendentemente dalla motivazione concreta del soggetto.

Sulla base di tale requisito, pertanto, era da ritenersi esclusa l'attribuibilità della qualifica di imprenditore nei confronti di coloro che erogavano beni o servizi in forma gratuita o in virtù di precisi compiti di assistenza attribuiti *ex lege* ⁽⁷²⁾.

Tale impostazione, che considera elemento dirimente l'obiettivo economicità dell'attività svolta, nel senso che questa deve essere di per sé idonea a coprire i costi di produzione, deve essere considerata tanto più applicabile oggi anche alla pubblica amministrazione, in ragione della necessità che l'attività di quest'ultima sia improntata a criteri di efficacia, efficienza ed economicità e che sia assicurato l'equilibrio di bilancio.

Con specifico riferimento alle amministrazioni pubbliche, la stessa Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici dimostrava sul tema un'estrema incertezza interpretativa. Dal sopra menzionato combinato disposto, l'Autorità faceva discendere l'impossibilità per gli enti pubblici non economici, quali le Università, di essere inquadrati nell'ambito della nozione di operatore economico, in ragione dell'assenza della finalità propria dell'attività economica di produzione di ricchezza ⁽⁷³⁾.

Come si è avuto modo di ricostruire nel primo paragrafo, nel tempo erano state elaborate categorie giuridiche precise, quale quella dell'ente pubblico economico, nell'ambito delle quali incasellare quegli enti pubblici che, in ragione della qualità intrinseca delle proprie finalità istituzionali, potevano avere punti di contatto con le imprese. Da tale diverso inquadramento normativo, il legislatore faceva discendere

⁷² Con un diverso profilo cfr. V. CERULLI IRELLI che distingue l'impresa avente fini sociali "*che l'impresa stessa si pone o che ad essa vengono imposti dall'esterno (ad esempio dalla legge o da atti dell'autorità amministrativa) diversi ed ulteriori rispetto a quelli propri della attività imprenditoriale, cioè di una attività economica (intesa alla realizzazione di un profitto) esercitata professionalmente mediante la produzione o lo scambio di beni o di servizi (art. 2082 cod. civ.)*" in *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2006.

⁷³ Deliberazione 18 aprile 2007, n. 119. Per un commento della deliberazione cfr. G. FERRARO, *La nozione di «operatore economico» nelle gare d'appalto*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 8, 943. A distanza di un anno la stessa Autorità perviene a conclusioni diametralmente opposte attraverso la, del tutto corretta, considerazione della giurisprudenza europea relativa al concetto di impresa (parere 23 aprile 2008, n. 127, concernente le fondazioni e gli istituti di formazione o di ricerca). Con riferimento alle università v. *infra par. 2.2*.

importanti conseguenze, quali, su tutti, l'applicabilità nei confronti del personale dipendente di contratti collettivi di natura privatistica.

È opportuno in questa fase domandarsi quale sia l'impostazione seguita dall'ordinamento europeo nel delineare il concetto di impresa: quest'ultimo, infatti, può essere considerato quale presupposto della nozione di "operatore economico" che, come si avrà modo di sottolineare *infra*, non ha una consistenza sostanziale vera e propria, essendo piuttosto a sua volta un metaconcetto, all'interno del quale la nozione di imprenditore ha rivestito un ruolo principale.

In ambito europeo, come noto, non esiste all'interno dei Trattati una definizione specifica di "impresa", pur essendo tale concetto espressamente richiamato all'interno degli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). La delimitazione del contenuto è stata pertanto rimessa alla giurisprudenza europea che negli anni ha dato origine ad un corposo indirizzo interpretativo, pur non considerandolo quest'ultimo come vincolante, come sottolinea giustamente la dottrina più attenta sul punto ⁽⁷⁴⁾, e rimettendo piuttosto alla valutazione del singolo caso concreto l'esatta delimitazione di tale concetto. Ciò non senza ripensamenti e decisioni contrastanti con pronunce precedenti.

Volendo trovare un comune denominatore della mole ingente di precedenti originata dalla giurisprudenza europea, sicuramente può affermarsi l'estrema ampiezza del concetto di impresa, comprendente "*qualsiasi entità – persona giuridica o fisica – che svolga un'attività economicamente rilevante consistente, cioè nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato*" ⁽⁷⁵⁾. Del tutto influente è la natura industriale o commerciale o di prestazione di servizi dell'attività svolta o ancora la presenza o meno di uno scopo di lucro ⁽⁷⁶⁾. La Corte di Giustizia ha per esempio considerato attività imprenditoriale lo sfruttamento di un brevetto o di opere dell'ingegno o l'esercizio di

⁷⁴ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2013, p. 630.

⁷⁵ G. TESAURO, *op. cit.* che elabora la definizione sulla base della copiosa giurisprudenza europea. *Ex multis* Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, 29 novembre 2007, causa C-119/06, sentenza 26 marzo 2009, causa C-113/07 P, Cassa di Risparmio di Firenze e a., 10 gennaio 2006, C-222/04, FENIN c. Commissione, 11 luglio 2006, C-205/03, MOTOE, C-49/07, 1 luglio 2008, e 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01.

⁷⁶ Eurocontrol, C.364-92, sentenza 19 gennaio 1994, Commissione c. Italia, C-35/96, sentenza 18 giugno 1998.

una professione, espressamente intendendovi ricomprese anche quella forense e medica⁽⁷⁷⁾, o lo svolgimento di attività artistica⁽⁷⁸⁾.

L'analisi complessiva delle pronunce restituisce un concetto di impresa molto più prossimo alle categorie proprie della dottrina aziendale-economica, essendo considerato imprenditore colui il quale a prescindere dal *nomen iuris*, dalla configurazione soggettiva attribuita o dalle fonti con le quali finanzia la propria attività, operi sul mercato offrendo beni e servizi attraverso modalità gestionali improntate al criterio di economicità, astrattamente capaci, cioè, di coprire i costi di produzione indipendentemente da un possibile realizzo di entrate ad essi superiori.

Come ha evidenziato la dottrina, la declinazione di tali principi alla grande varietà dei casi concreti, soprattutto nell'ambito relativo all'applicabilità della disciplina della concorrenza, non conduce, peraltro, sempre a decisioni in cui sia evidente il percorso logico seguito dalla Corte di giustizia ai fini o dell'affermazione dell'esclusione della qualità di imprenditore o della sottrazione all'applicazione delle citate disposizioni, in ragione dell'impossibilità di assolvere altrimenti alla missione di interesse generale cui il soggetto è preposto⁽⁷⁹⁾.

Con particolare riferimento alla possibilità di attribuire la qualificazione di impresa a enti o organismi pubblici *lato sensu* considerati, il percorso seguito negli anni dalla Corte di Giustizia ha utilizzato molteplici criteri anche in ragione dei diversi ambiti di materia, dalla tutela della concorrenza, alla tutela dei consumatori. Di notevole importanza fu la sentenza intervenuta sulla causa C-118/85, concernente l'applicazione della direttiva 80/273/CEE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati Membri e le loro imprese pubbliche. Quest'ultima, tra i propri considerando,

⁷⁷ Wouters, C-309/99, sentenza 19 febbraio 2002, Arduino, C-35/99, sentenza 19 febbraio 2002. Di estrema attualità appare ancora oggi l'insegnamento offerto da Carnelutti che individuava la concorrenza quale "*conflitto tra due autori, cioè tra due persone che impiegano energie di lavoro, proprio o altrui, al conseguimento di un risultato utile*". Sulla base di tale ricostruzione egli proponeva l'estensione del diritto alla lealtà della concorrenza anche all'ambito del lavoro professionale. Cfr. E. Mazzella, *L'attività dell'avvocato è un'impresa: la Corte di Cassazione equipara la professione di avvocato a un'impresa esentando le targhe degli studi legali dall'imposta comunale sulla pubblicità*, Giust. Civile, fasc. 1, 2011, p. 141B, E. Desana, *Pratiche commerciali sleali, organismi di diritto pubblico e impresa comunitaria*, Giur. It., 2014, 11, p. 2484, P. Auteri et. al., *Diritto industriale: proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2016 e G. Alpa, A. Catricalà (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna, 2016.

⁷⁸ Pavlov, C-180 e 184/98, sentenza 12 settembre 2000.

⁷⁹ G. Tesauro, *op. cit.*, p. 632

espressamente stabiliva che tale obiettivo dovesse essere perseguito attraverso la chiara distinzione, in via preliminare, tra il ruolo dello Stato in quanto potere pubblico ed in quanto proprietario. “Tale distinzione” – sosteneva la Corte – derivava *“dalla considerazione che lo stato può agire vuoi esercitando il potere d’impero, vuoi svolgendo attività economiche di natura industriale o commerciale che consistono nell’offrire beni e servizi sul mercato”* ⁽⁸⁰⁾. In ragione di tale duplicità di azione, la Corte correttamente considerava necessario esaminare con riferimento alla singola situazione le attività concretamente svolte. A tal fine, era da considerarsi del tutto influente l’esistenza di un’entità distinta sulla quale lo Stato fosse in grado di esercitare, direttamente o indirettamente, un’influenza dominante o, invece, lo svolgimento di tali attività tramite un organo appartenente alla pubblica amministrazione stessa. In tale seconda ipotesi, infatti, era da ritenersi per definizione integrato il requisito dell’influenza dominante. Anzi, proprio in ragione di tale circostanza, la Corte riteneva ancora più necessario assicurare quella trasparenza delle relazioni finanziarie poste come obiettivo della direttiva. In virtù di tali argomentazioni fu ritenuta sussistente la qualifica di imprenditore in capo ai monopoli di Stato, nonostante all’epoca questi ultimi fossero parte della stessa pubblica amministrazione.

Come più volte accennato nemmeno il criterio dell’assenza dello scopo di lucro è stato ritenuto sufficiente ai fini dell’esclusione della qualifica di imprenditore, essendo quest’ultima invece esclusa qualora tale elemento sia accompagnato dall’applicazione del principio di solidarietà. Tale impostazione interpretativa è stata seguita in numerose pronunce dedicate agli organismi di previdenza sociale. Emblematica è la sentenza relativa alla causa C-218/00 riguardante l’INAIL, nell’ambito della quale particolare rilievo assume la presenza di uno “scopo sociale” sotteso all’erogazione delle prestazioni da parte dell’ente di previdenza con riferimento alle ipotesi di infortunio sul lavoro e di malattia professionale. Queste ultime in particolare, in ragione della necessità di garantire una tutela sociale obbligatoria per tutti i lavoratori, sono garantite indipendentemente dal concreto versamento dei contributi dovuti e a prescindere *“da qualsiasi colpa che possa essere stata commessa dall’infortunato, o anche dal datore di*

⁸⁰ CGUE, sentenza 16 giugno 1987, C-118/85, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana.

lavoro, e quindi senza che sia necessario invocare la responsabilità civile della persona che trae profitto dall'attività rischiosa” ⁽⁸¹⁾.

La Corte nei passaggi immediatamente successivi della motivazione pone tuttavia l'accento altresì sulla compresenza di due ulteriori aspetti ai fini dell'esclusione della qualifica economica di tale attività: il primo consistente nella verifica della sussistenza del principio di solidarietà, evidenziata dall'inesistenza di una proporzione tra l'aliquota applicata e il rischio assicurato; il secondo basato sulla constatazione che l'attività dell'INAIL risulta assoggettata a controllo dello Stato, anche con particolare riferimento all'individuazione delle aliquote e dunque, in ultima analisi, della consistenza delle prestazioni erogate. Sulla base di tale impostazione interpretativa, pertanto, la Corte esclude la sussistenza della qualificazione imprenditoriale in capo all'INAIL in ragione dell'adempimento di una di carattere esclusivamente sociale.

A conclusioni diametralmente opposte si è invece giunti con riferimento a enti gestori di forme di previdenza integrativa la cui attività fosse informata non al principio di solidarietà, tipico delle forme previdenza obbligatoria, ma al criterio della capitalizzazione ⁽⁸²⁾, riscontrabile anche con riferimento alle società di assicurazione sulla vita.

Tale ultimo elemento è stato ritenuto altresì determinante la qualificazione imprenditoriale con riguardo a enti gestori di fondi pensione di natura obbligatoria, pur in presenza di finalità sociali e degli elementi di solidarietà ⁽⁸³⁾.

Analogamente la Corte ha escluso la qualifica di impresa in capo a soggetti la cui attività fosse rivolta alla protezione della sovranità dello Stato, come nel caso delle funzioni di polizia dello spazio aereo.

Se il quadro giurisprudenziale europeo risulta pressoché uniforme, altrettanto non si può dire con riferimento soprattutto alla giurisprudenza amministrativa italiana. Se, infatti, come si avrà modo di illustrare *infra*, gli orientamenti con riferimento all'individuazione del concetto di pubblica amministrazione quale operatore economico sono stati nel tempo contrastanti, tale difformità non risulta particolarmente accentuata con riguardo alla materia della tutela della concorrenza. In tale ambito il Consiglio di

⁸¹ CGUE, sentenza 22 gennaio 2002, C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas contro Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*.

⁸² Fed. Fr. Soc. d'assurancesc, C-244/94, sentenza 16 novembre 1995.

⁸³ Albany, C-67/96, sentenza 21 settembre 1999.

Stato, già nel 2005, nel pronunciarsi su un ricorso promosso dalla Federazione italiana agenti immobiliari professionali (FIAIP) avverso un provvedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, aveva fatto propria questa nozione allargata di impresa, rispetto a quella di matrice civilistica, ricomprendendovi *“qualsiasi attività di natura economica tale da ridurre anche solamente in potenza la concorrenza nel mercato. Di conseguenza possono essere considerate imprese tutti i soggetti, comunque strutturati e organizzati, che compiano atti a contenuto economico idonei a restringere la concorrenza”* ⁽⁸⁴⁾.

Il caso era stato originato da un'istruttoria compiuta dall'Autorità riguardante alcune disposizioni contenute nei codici deontologici della FIAIP, della Federazione italiana mediatori agenti d'affari (FIMAA) e dell'Associazione nazionale agenti e mediatori d'affari (ANAMA), ritenute rientranti nel novero delle intese restrittive della libertà di concorrenza ai sensi dell'articolo 2, della l. n. 287/1990. Tali codici deontologici prevedevano in particolare la fissazione di tariffe minime e massime, nonché clausole di esclusiva comportanti un vincolo di non concorrenza tra gli associati. Nelle citate disposizioni adottate da tali Federazioni e Associazioni l'Autorità ravvisò un comportamento lesivo della concorrenza e comminò conseguentemente le sanzioni amministrative pecuniarie. La FIAIP aveva in particolare sostenuto la non applicabilità delle disposizioni a tutela della concorrenza in ragione della propria natura giuridica di associazione senza scopo di lucro.

In tale pronuncia Palazzo Spada, con particolare riferimento a tale aspetto, aveva considerato quale ulteriore elemento decisivo proprio la circostanza che l'attività svolta dall'associazione fosse *“statutariamente e istituzionalmente diretta ad agevolare, tutelare ed organizzare corporativamente proprio l'attività imprenditoriale svolta da gran parte dei suoi aderenti”*.

⁸⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 27 giugno 2005, n. 3408.

2.2. Il contributo della giurisprudenza europea e nazionale: il caso delle università e degli enti del servizio sanitario

Non v'è dubbio che la ricostruzione proposta fino al 2008 dalla giurisprudenza amministrativa, con qualche tentennamento peraltro comunque del tutto marginale, abbia subito una decisiva virata alla luce della diversa impostazione giuridica derivata dalla lettura interpretativa proposta dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (⁸⁵).

Se dunque i primi segnali di sostanziale contrasto delle disposizioni italiane con l'ordinamento europeo erano già stati rinvenuti dalla Commissione europea, come *supra* accennato, è tuttavia con la sentenza della Corte di Giustizia UE sul procedimento C-305/08 (caso CoNISMa), concernente i consorzi interuniversitari, che puntualmente si inquadra con chiarezza la corretta interpretazione da fornire alle disposizioni europee.

In via preliminare occorre accennare come in via generale nell'ordinamento italiano fosse particolarmente controversa la possibilità per le Università di partecipare a procedure di evidenza pubblica, in ragione del fine istituzionale cui esse sono preposte consistente non nella prestazione di servizi sul mercato, ma nello svolgimento di attività di didattica e ricerca.

Proprio in ragione di ciò, si sosteneva che l'unica possibilità di intervento nel mercato potesse essere rappresentata dalla costituzione di apposite società, nell'ambito dell'autonomia riconosciuta dalla legge 9 maggio 1989, n. 168.

Tale impostazione peraltro sottovalutava la presenza nell'ordinamento di disposizioni che già suggerivano invece la possibilità di svolgere un ruolo attivo nel mercato da parte degli Atenei. Ci si riferisce in particolare a quanto già previsto fin dal 1933 dal Testo unico delle leggi sull'istruzione superiore che al primo comma dell'articolo 49 consentiva espressamente che “*Gli Istituti scientifici delle Università e*

⁸⁵ La lettura delle disposizioni delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, infatti, come proposta dal decreto legislativo n. 163 del 2006, risultava ancora pienamente influenzata dalla consolidata ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale esistente nell'ordinamento italiano, nel quale era ancora considerato del tutto improponibile l'accostamento, anche solo parziale, dei concetti di impresa e di pubblica amministrazione. Come si è avuto modo di ricostruire nel primo capitolo, nel tempo erano state create delle categorie giuridiche precise, quale quella dell'ente pubblico economico, nell'ambito delle quali catalogare quegli enti pubblici che, in ragione della qualità intrinseca delle proprie finalità istituzionali, erano accostabili alle imprese. Da tali situazioni, la disciplina normativa faceva discendere importanti conseguenze, quali, su tutte, l'applicabilità di contratti collettivi di natura privatistica.

degli Istituti superiori, compatibilmente con la loro funzione scientifica e didattica, possono eseguire, su commissione di pubbliche amministrazioni o di privati, analisi, controlli, tarature, prove ed esperienze” (art. 49 del Regio decreto 31 agosto 1933, n. 1592). Tali disposizioni peraltro avevano trovato ulteriore sviluppo con il D.P.R. 1 luglio 1980, n. 382 (Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica) che, all’art. 66, ha confermato la possibilità di svolgere attività di ricerca e consulenza mediante contratti e convenzioni con enti pubblici e privati, purché ciò non sia a detrimento della funzione scientifica didattica ⁽⁸⁶⁾.

Il procedimento C-305/08 ⁽⁸⁷⁾, qui oggetto di analisi, era stato originato dall’impugnazione di un provvedimento di esclusione alla partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica, adottato ai danni di un consorzio costituito da ventiquattro università e tre ministeri. Il Consiglio di Stato, nel doversi pronunciare sulla questione, aveva richiesto al giudice europeo di esprimersi circa l’applicabilità a tale consorzio del concetto di “operatore economico” e dunque sulla possibilità che questo potesse essere ammesso a partecipare alla procedura.

Ciò che sembrava destare maggiore perplessità nel giudice del rinvio era il timore che la partecipazione delle università, degli istituti di ricerca e dei loro raggruppamenti, avrebbe potuto comportare la violazione del principio della concorrenza sotto due profili: in primo luogo, il rischio concreto di sottrazione di quote di mercato nei confronti degli operatori privati; in secondo luogo, la palese condizione di favore degli enti pubblici, destinatari in modo costante e continuativo di finanziamenti pubblici sui quali gli altri operatori concorrenti non possono fare affidamento.

La pronuncia della Corte di Giustizia ritenne pienamente compatibile con l’ordinamento europeo la possibilità per gli enti pubblici di partecipare a procedure di evidenza pubblica, soffermandosi in particolare su tre elementi: l’assenza di un

⁸⁶ La materia *de qua* è stata successivamente attribuita alla libera regolamentazione da parte dei singoli Atenei, che, secondo quanto previsto dall’art. 4, comma 5, della legge 19 ottobre 1999, n. 370 (Disposizioni in materia di università e di ricerca scientifica e tecnologica) possono disapplicare l’art. 66 del D.P.R. 382 del 1980 dalla data di entrata in vigore di specifiche disposizioni da essi emanate.

⁸⁷ I. Del Giudice, *L’Università “operatore economico” del mercato concorrenziale*, Giustamm.it, 3, 2011.

preminente fine di lucro, la presenza non stabile sul mercato, la mancanza di una struttura organizzativa di carattere imprenditoriale.

Prioritariamente, la stessa Corte, nell'affermare, in via del tutto sorprendente, l'inesistenza di una definizione della nozione di «operatore economico» all'interno della direttiva, subito dopo precisa che in tale espressione debbano necessariamente essere ricompresi, secondo quanto previsto dallo stesso articolo 1, paragrafo 8, primo e secondo comma, della dir. 2004/18/CE anche gli enti pubblici, nonché i loro raggruppamenti che offrano i propri servizi sul mercato.

Se dunque possono essere ammessi enti pubblici, né l'assenza di uno scopo di lucro, né la mancanza di una struttura di tipo imprenditoriale, né infine la non costante attività sul mercato possono determinarne l'esclusione.

Ciò che sembra rivestire invece particolare e delicato rilievo è il possibile insorgere di un effetto negativo sulla concorrenza, in ragione della circostanza che tali enti siano diretti e costanti beneficiari di risorse pubbliche. La Corte, sul punto, si concentra su due profili. In primo luogo, la direttiva impone – del tutto genericamente peraltro – che *“gli 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”* (quarto considerando). Dall'altro a presidio degli altri offerenti sarebbe comunque operante il meccanismo di valutazione dell'offerta anormalmente bassa, comunque applicabile al caso di specie.

Alla luce di tale ricostruzione, pertanto, la Corte sosteneva che la normativa comunitaria non richiedesse che l'operatore fosse in grado di svolgere direttamente e con mezzi propri la prestazione, essendo *“sufficiente che tale soggetto [avesse] la possibilità di fare eseguire la prestazione di cui trattasi, fornendo le garanzie necessarie a tal fine”* ⁽⁸⁸⁾ e ancora che tale soggetto si reputi idoneo a garantire l'esecuzione dell'appalto, *“in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto, indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto privato o di diritto pubblico*

⁸⁸ CGUE, C305/08, punto 41.

e di essere attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale, o ancora, dal fatto di essere sovvenzionato tramite fondi pubblici o meno” ⁽⁸⁹⁾.

Non esiste dunque una preclusione originaria, ma sussiste invece l’obbligo per la stazione appaltante di verificare, caso per caso, l’idoneità dei partecipanti, nonché le loro capacità economico-finanziarie e tecnico-professionali ⁽⁹⁰⁾.

Qualora si pervenisse ad un’interpretazione opposta, la Corte evidenzia che si arriverebbe alla conseguenza di escludere dal campo di applicazione delle direttive i contratti conclusi dalle stazioni appaltanti con soggetti che non perseguono in via principale uno scopo di lucro, con un evidente effetto negativo in termini di rispetto della parità di trattamento e della trasparenza ⁽⁹¹⁾.

Qualora quindi l’ente pubblico sia autorizzato dallo Stato membro ad offrire i propri servizi sul mercato, si dovrà necessariamente autorizzarne la partecipazione a procedure di evidenza pubblica, non sussistendo in alcun modo la necessità che l’offerente persegua uno scopo di lucro.

Sul punto anche la giurisprudenza amministrativa è intervenuta con la sentenza 3 giugno 2011, n. 10 dell’Adunanza plenaria affermando come *“l’Università possa agire quale operatore economico nei confronti di committenti pubblici (o ad essi equiparati ai sensi del d. lgs. n. 163 del 2006) non solo in via diretta, ma anche a mezzo apposita società quando l’attività sia strettamente strumentale alle finalità istituzionali dell’ente che sono la ricerca e l’insegnamento, nel senso che giova al progresso della ricerca o dell’insegnamento o procaccia risorse economiche da destinare a ricerca e insegnamento, con esclusione dell’attività lucrativa fine a se stessa”*.

⁸⁹ A ben vedere l’impossibilità di escludere dalla partecipazione soggetti beneficiari di contributi finanziari e aiuti pubblici era già stata oggetto di pronunce in sede europea (*ex multis* sentenza 7 dicembre 2000, causa C-94/99, punti 24 e ss.), e in ambito italiano (*ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 29 luglio 2003, n. 4327 e Cons. Stato, Sez. VI, 16 giugno 2009, n. 3897).

⁹⁰ Cfr. *ex multis* sentenze 18 dicembre 2007, causa C-357/06, 12 luglio 2001, causa C-399/98, e 7 dicembre 2000, causa C-94/99.

⁹¹ Per una lettura critica dell’impostazione proposta dalla Corte di Giustizia si veda E. DORACI, in *Appalti pubblici e nozione ampia di operatore economico: la Corte di giustizia persevera*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, pp. 861 ss., che osserva come la ritrosia della giurisprudenza nazionale ad aderire alla lettura interpretativa proposta con riferimento alla natura estensiva del concetto di operatore economico sia dovuta alla consapevolezza che nell’ordinamento nazionale la partecipazione di enti pubblici a procedure di evidenza pubblica sia utilizzata quale strumento elusivo della legalità.

Anche con riferimento agli enti del servizio sanitario, ed in particolare alle aziende ospedaliere, la giurisprudenza amministrativa si è interrogata sulla possibilità di consentirne o meno la collocabilità nel novero degli operatori economici ammessi alla partecipazione a procedure di evidenza pubblica (caso Data Medical Service S.r.l.). La controversia oggetto di rinvio innanzi alla Corte di Giustizia, pur relativa alla corretta interpretazione delle precedenti disposizioni contenute nella direttiva 92/50/CE, successivamente abrogata dalla direttiva 2004/18/CE, trae origine dall'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione di una gara in favore di un'azienda ospedaliera universitaria toscana che aveva proposto un ribasso pari a circa il 60% del prezzo proposto a base d'asta. L'impresa classificatasi al secondo posto aveva promosso ricorso dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, *“sostenendo che l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso per il fatto che, conformemente alla normativa vigente, un ente pubblico non può partecipare a una gara d'appalto e che, in ogni caso, la sua offerta economica era anormalmente bassa, data l'entità del ribasso proposto”* ⁽⁹²⁾.

Il Tribunale amministrativo adito aveva in particolare ritenuto corrette le doglianze del ricorrente, ritenendo sussistente in capo all'azienda ospedaliera, in presenza di determinate condizioni, unicamente la possibilità di essere affidataria nell'ambito di procedure di aggiudicazione in via diretta. Tale assunto era motivato dal giudice di prime cure in ragione della necessità, in applicazione del diritto interno, ritenuto sul punto coerente con l'ordinamento europeo, di agire *“tramite il ricorso a moduli pubblicistici anche di carattere convenzionale, trattandosi in particolare di un controllo attinente allo stesso esercizio di propri poteri pubblicistici in materia di controllo del sistema sanitario regionale”* ⁽⁹³⁾.

Il Consiglio di Stato, adito in sede di appello, rinveniva correttamente proprio nell'esatta delimitazione della nozione di “operatore economico”, ai sensi del diritto dell'Unione, l'elemento principale della controversia.

I giudici di Palazzo Spada ripercorsero il processo di “aziendalizzazione” degli enti del servizio sanitario che dagli anni '90 in poi aveva comportato la trasformazione delle precedenti “unità sanitarie locali”, create con la riforma sanitaria del 1978 e

⁹² CGUE C-568/13, punto 20.

⁹³ TAR Milano, Sez. I, 24 novembre 2006, n. 2840.

operanti in ambito comunale, in “aziende” dotate di personalità giuridica autonoma e caratterizzate da autonomia organizzativa, patrimoniale, contabile e di gestione. Tale livello di autonomia, per alcuni interpreti, doveva peraltro ritenere le aziende sanitarie collocate nell’ambito degli enti pubblici economici ⁽⁹⁴⁾. Indubabilmente il legislatore ha inteso rafforzare il carattere spiccatamente autonomo delle aziende sanitarie: con le modifiche apportate al d.lgs. 502/1992 nel 1999, infatti, questi ha espressamente sancito per esse un’«autonomia imprenditoriale» (articolo 3, comma 1-bis, del d.lgs. 502/1992).

Ciò premesso, proseguiva il Consiglio di Stato, comunque, era da ritenersi sussistente la natura pubblica di tali enti, in particolare in ragione della mancanza della finalità lucrativa dell’attività svolta e della presenza della titolarità di poteri amministrativi di tipo ispettivo e sanzionatorio. La lettura delle diverse pronunce della Corte di Giustizia lasciava emergere peraltro la circostanza che, nell’ambito del diritto europeo, purché l’ente fosse idoneo a garantire l’esecuzione di un appalto pubblico, potesse ritenersi sussistente in capo ad esso il diritto alla partecipazione a procedure di evidenza pubblica, indipendentemente dalla qualificazione di natura privata o pubblica del soggetto stesso e dello svolgimento in via meramente occasionale dell’attività sul mercato.

Tale possibilità, affermavano ancora i giudici di Palazzo Spada, sembrava essere tuttavia oggetto di limitazioni in ambito europeo, in ragione, da un lato, della circostanza che l’attività posta a gara dovesse essere “*strumentale al conseguimento delle finalità istituzionali dell’ente pubblico*” ⁽⁹⁵⁾ e, dall’altro, della previsione normativa specifica che vietava tale attività, al fine di evitare possibili effetti distorsivi sulla concorrenza.

La Corte di Giustizia, nel ritenere correttamente collocabile l’azienda sanitaria nel novero degli enti pubblici economici, riteneva ammissibile la partecipazione di tali enti a procedure di evidenza pubblica, purché questi fossero a ciò autorizzati conformemente ai propri obiettivi istituzionali e statutari. Nelle motivazioni, infatti, è apertamente riconosciuta la possibilità in capo agli stati membri di “*disciplinare le attività dei soggetti, quali le università e gli istituti di ricerca, non aventi finalità di*

⁹⁴ Contra M. Pieri, *Le aziende sanitarie*, in *Trattato di diritto commerciale e pubblico dell’economia*, 2009, p. 38, che esclude la natura di ente pubblico economico in capo alle aziende sanitarie in ragione dell’assenza dello scopo di lucro e dell’espressa qualificazione normativa in tal senso.

⁹⁵ Consiglio di Stato, ordinanza, Sez. III, 30 ottobre 2013, n. 5241.

lucro, ma volti principalmente alla didattica e alla ricerca. In particolare, essi possono autorizzare o non autorizzare tali soggetti a operare sul mercato in funzione della circostanza che l'attività in questione sia compatibile, o meno, con i loro fini istituzionali e statutari. Tuttavia, se, e nei limiti in cui, siffatti soggetti 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” (96).

Lo snodo più interessante sul quale si sofferma la Corte di Giustizia in tale procedimento è tuttavia rappresentato dalla possibilità che l'ammissibilità alla partecipazione a procedure di evidenza pubblica da parte di soggetti pubblici comporti il rischio concreto di un effetto distorsivo sulla concorrenza. Tale circostanza era stata peraltro oggetto anche della citata sentenza CoNISMa seppur con valutazioni in parte diverse. Il Consiglio di Stato, in questo procedimento, aveva in particolare espresso perplessità con riferimento alla insufficienza del meccanismo di verifica dell'anomalia dell'offerta nel garantire il riequilibrio delle condizioni di partenza tra i diversi operatori economici partecipanti.

La Corte, nel ribadire l'impossibilità di escludere a priori un offerente in quanto beneficiario di sovvenzioni pubbliche, confermava l'obbligo in capo all'amministrazione aggiudicatrice di verificare accuratamente l'esistenza di sovvenzioni, anche sotto forma di aiuti non conformi al Trattato, ai fini di un'eventuale esclusione degli offerenti beneficiari.

Tale compito nelle valutazioni della Corte potrebbe essere, in particolare, sicuramente agevolato dall'esistenza in capo all'ente interessato di una “*contabilità separata tra le attività esercitate sul mercato e le altre attività [tale] da permettere di verificare se un'offerta sia anormalmente bassa a causa di un elemento integrante un aiuto di Stato*”. In assenza di tale separazione contabile è tuttavia evidente l'estrema difficoltà di individuare la presenza di sovvenzioni o aiuti che possano determinare l'anomalia dell'offerta. In tali casi la Corte di Giustizia sottolinea la necessità che la stazione appaltante richieda in contraddittorio all'offerente le giustificazioni necessarie a provare la serietà della sua offerta.

⁹⁶ CGUE, C-568/13, punto 36.

Curiosamente il percorso argomentativo seguito dalla Corte sembra apparentemente contrastare con le conclusioni contenute in precedenti pronunce concernenti gli enti gestori del servizio sanitario nazionale. Nella sentenza concernente la causa T-319/99, la Corte aveva escluso in capo a questi ultimi la qualificazione di impresa in ragione della sussistenza di un'attività informata al principio di solidarietà nell'ambito della quale fosse garantita l'erogazione a titolo gratuito di prestazioni sanitarie in capo agli iscritti. Nelle motivazioni della sentenza citata, la Corte poneva l'accento sulla circostanza che *“ciò che caratterizza la nozione di attività economica è l'offerta di beni o servizi su un determinato mercato⁽⁹⁷⁾, e non l'attività di acquisto in quanto tale. Così (omissis) non si deve separare l'attività di acquisto del prodotto dall'utilizzazione successiva del prodotto acquistato dal compratore, al fine di valutare la natura di tale attività. Si deve pertanto ritenere che il carattere economico o non economico dell'utilizzazione successiva del prodotto acquistato determini necessariamente il carattere dell'attività di acquisto”*.

Sulla base di tale principio, pertanto, la Corte faceva discendere, quale corollario, l'impossibilità di attribuire la qualità di impresa ad un soggetto che si ponesse sul mercato quale acquirente, anche di ingenti quantità di beni tali da creare situazioni di monopsonio, purché essi fossero impiegati successivamente per attività di natura puramente sociale.

L'incongruenza appena evidenziata tra le due pronunce dimostra i limiti dell'impostazione europea che pretende di risolvere il quesito della sussistenza o meno della qualifica imprenditoriale nel caso concreto: le soluzioni proposte infatti, non considerando unitariamente il fenomeno in ragione della diversa ottica individuata con riferimento alla domanda e all'offerta di beni e servizi in ambito sanitario, non tengono in debito conto della possibilità non remota che l'ente potrebbe ritenere maggiormente efficace ed efficiente perseguire lo scopo di natura puramente sociale anche attraverso l'offerta di servizi. Tale opzione potrebbe essere scelta al fine di consentire, per esempio, l'allocazione di risorse sottoutilizzate o inutilizzate, al fine di ricavarne proventi da reimpiegare proprio per garantire l'erogazione di un maggior numero di

⁹⁷ Cfr., in tal senso, sentenza della Corte 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione/Italia, e sentenza 30 marzo 2000, causa T-513/93 Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Commissione.

prestazioni sanitarie in favore di coloro che sono impossibilitati ad accedervi con proprie risorse.

Sul tema anche la Cassazione aveva già in precedenza ritenuto integrato il requisito dell'economicità, necessario ai fini della qualificazione dell'attività produttiva di servizi come di natura imprenditoriale, anche attraverso la sussistenza della mera capacità in astratto della stessa di produrre utili, non essendo considerata probante, ai fini dell'esclusione della qualità d'imprenditore dell'ente, la circostanza che di tali utili sia prevista la destinazione a fini benefici ed assistenziali in conformità allo scopo istituzionale dello stesso ente ⁽⁹⁸⁾.

In proposito la Cassazione civile, già nel 1990, aveva affermato come *“nel diritto vigente (art. 2093 c.c.) fra gli imprenditori sono certamente catalogabili gli enti pubblici che abbiano ad oggetto attività economica e che non si pongono intenti speculativi bensì finalità di interesse sociale in proposito potendo essere utilmente ricordate, ad esempio, quella di industrializzare una zona depressa o di combattere l'ascesa ingiustificata dei prezzi o di favorire il risparmio, come avviene per le casse di risparmio della cui natura d'impresa bancaria non si dubita (la nozione di "impresa" è comune al diritto pubblico e privato per cui sembra vano operare distinzioni basate sull'appartenenza all'uno o all'altro settore)”* ⁽⁹⁹⁾.

Da ultimo, la Corte di Giustizia, su rinvio proposto dal *Tribunal Català de Contractes del Sector Públic*, è tornata ad occuparsi del tema, soffermandosi sulla possibilità e la necessità, per le amministrazioni pubbliche autorizzate a offrire sul mercato i propri servizi dietro corrispettivo, dell'ottenimento di una certificazione o dell'iscrizione all'interno degli elenchi ufficiali nazionali degli imprenditori, fornitori o prestatori di servizio, secondo quanto previsto dall'articolo 52 della direttiva 2004/18/CE.

La Corte, nel ribadire che gli enti pubblici debbano essere ricompresi nel novero degli operatori economici, afferma l'impossibilità di porre divieti all'iscrizione negli

⁹⁸ In tal senso cfr. Cassazione civile, Sez. Lavoro, sentenza 9 febbraio 1989, n. 819 e sentenza 19 dicembre 1990, n. 12039.

⁹⁹ Cassazione civile, Sez. Lavoro nella sentenza n. 12039/1990, cit., nella quale si sottolineava peraltro come il fine di lucro non sia l'unico previsto dall'ordinamento, essendo in esso disciplinati altri modelli societari quale quello cooperativo nel quale lo scopo è di tipo mutualistico, finalizzato al conseguimento di un risparmio di spesa e dunque non di un incremento del patrimonio quanto piuttosto di una non diminuzione dello stesso.

elenchi ufficiali nei confronti dei soggetti pubblici, pena il rischio di impedire che questi possano partecipare a determinate procedure di evidenza pubblica e, dunque, conseguentemente, di compromettere il loro diritto di partecipazione desumibile dal diritto dell'Unione ⁽¹⁰⁰⁾.

Alla luce di tale principio, pertanto, conclude la Corte di Giustizia, il citato articolo 52 *“deve essere interpretato nel senso che, pur contenendo taluni requisiti relativi alla determinazione delle condizioni di iscrizione degli operatori economici negli elenchi ufficiali nazionali e per la certificazione, esso non definisce tassativamente le condizioni d'iscrizione di tali operatori economici negli elenchi ufficiali nazionali o le condizioni della loro ammissione alla certificazione, nonché i diritti e gli obblighi degli enti pubblici al riguardo”*.

Alla luce delle pronunce europee sopra considerate, i criteri ermeneutici seguiti dalla Giurisprudenza amministrativa sono stati coerentemente fondati essenzialmente su due profili: il primo relativo alla necessità di garantire la *par condicio competitorum* ed il secondo concernente la verifica, con riferimento alla singola amministrazione interessata, dell'esistenza, tra le finalità istituzionali dell'ente previste nei singoli statuti, della possibilità di fornire beni e prestare servizi sul mercato, pur non avendo natura societaria ⁽¹⁰¹⁾.

Ciò che sembrava essere dirimente e rilevante era dunque il criterio della «finalità istituzionale» perseguita, secondo peraltro una duplice e non univoca ottica interpretativa: la presenza di una specifica previsione statutaria che consentisse la possibilità di offrire sul mercato determinati beni e servizi; la seconda, sicuramente più elastica, secondo la quale era da ritenersi sufficiente una mera compatibilità tra la singola prestazione di servizi e il complesso dei fini istituzionali dell'ente.

2.3. Lo stravolgimento delle categorie civilistiche. *Ex pluribus unum?*

¹⁰⁰ CGUE, Sentenza 6 ottobre 2015, causa C-203/14.

¹⁰¹ Sentenza Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2009, n. 3897. Successivamente il Consiglio di Stato ha precisato peraltro che la verifica in questione deve vertere sulla compatibilità delle finalità istituzionali dell'ente con l'oggetto delle prestazioni oggetto della procedura di evidenza pubblica (Cons. Stato, sez. II, parere 24 novembre 2010, n. 167/08).

L'impostazione normativa dal legislatore europeo non sempre è risultata coerente con le trasposizioni offerte dall'ordinamento interno. Tale contrapposizione, lo si è visto, sembrava risultare quale logica conseguenza del diverso percorso seguito dalle disposizioni del codice civile dedicate all'imprenditore e delle nozioni di prestatore di servizi e fornitore.

Un contrasto che potrebbe sembrare originato o quantomeno alimentato dalla circostanza che i concetti di soggetto pubblico e di impresa, *lato sensu* intesa, appartengano a due branche del diritto diverse, rispettivamente diritto amministrativo e diritto civile, l'interpretazione delle quali è attribuita nel nostro ordinamento peraltro a due giurisdizioni diverse.

Tale contrapposizione risulta, allo stato dell'arte, tuttavia, del tutto ingiustificata, dovendosi sottolineare come nel corso degli ultimi decenni una progressiva e sostanziale convergenza giurisprudenziale, prima che normativa è bene sottolinearlo, del perimetro dei concetti di impresa e di operatore economico, siano essi di natura pubblica o privata.

In ragione di tale processo osmotico tra ordinamento italiano ed europeo, molto probabilmente le definizioni e i concetti elaborati nel codice civile del 1942 risultano concretamente irrimediabilmente superati. Più che di stravolgimento delle categorie civilistiche si dovrebbe parlare di una diversa *ratio* sottostante all'individuazione di este ultime. L'ottica del 1942 era incentrata sulla necessità di individuare una definizione che circoscrivesse la figura dell'imprenditore, rispetto ad altri soggetti che similmente offrivano sul mercato beni e servizi. Tale criterio discretivo fu all'epoca individuato nell'organizzazione dei fattori produttivi. Come giustamente sottolinea la dottrina, nel codice si rifletteva l'impostazione dell'epoca *“che riteneva di rappresentare compiutamente la figura dell'imprenditore nella tripartizione imprenditore commerciale, agricolo e piccolo imprenditore a sua volta scomponibile, sotto un profilo soggettivo, nell'impresa individuale e collettiva e in quella pubblica e privata”* ⁽¹⁰²⁾. La stessa evoluzione del mercato minò le fondamenta di tale costruzione teorica, che risultò già messa in discussione con la legislazione speciale degli anni '70 ed in particolare con l'introduzione del concetto di impresa familiare.

¹⁰² G. Bonfante, in *Commentario del codice civile*, Padova, 2015.

La logica del legislatore europeo, essendo invece rivolta al paradigma della tutela della concorrenza finalizzata alla creazione del mercato unico, rinviene nel criterio funzionale lo strumento più duttile ed elastico per individuare tutte quelle posizioni che al di là di nozioni formalistiche concretamente si frappongano e impediscano il raggiungimento di quegli obiettivi.

Ciò premesso non si che concordare con chi sostiene la completa obsolescenza della nozione di imprenditore fornita dall'articolo 2082 del codice civile in virtù della sostituzione, avvenuta in ambito giurisprudenziale, del criterio dell'organizzazione dei fattori della produzione con quello dello svolgimento di un'attività in forma economica.

2.4. L'analisi di modelli economici ed econometrici applicabili all'operatore economico pubblico

Affermato il ruolo della P.A. quale operatore economico, viene immediatamente in rilievo la necessità di disporre degli strumenti analitici e tecnico-economici indispensabili a definirne e valutarne il perimetro di azione ed il posizionamento nel mercato.

Operando un riferimento diretto ai canoni della microeconomia, nasce l'esigenza di costruire – come avviene per il monopolista, per l'oligopolista e per l'ipotesi di concorrenza perfetta – il modello in grado di individuare il punto di equilibrio (o di ottimo) ed il relativo prezzo di mercato.

L'insussistenza, sotto il profilo ontologico, di una riconduzione allo scopo di lucro rende, invero, assai complessa la tecnica costruttiva, poiché diverse, e talora contrastanti tra di loro, sono le componenti di cui il decisore deve tenere in debito conto.

Emerge, in primo luogo, una valutazione che potrebbe definirsi di “azionabilità” dell'intervento che, risolta la prodromica questione dell'inquadramento squisitamente giuridico, attiene all'ambito del decisore politico, comportando una scelta preliminare dei segmenti nei quali la P.A. vuole incidere, in aderenza con la motivazione teleologica che ispira le linee di mandato.

Tale azionabilità deve essere valutata sia sotto il profilo qualitativo, sia sotto quello quantitativo, rimanendo i due aspetti strettamente correlati, per la natura stessa delle valutazioni economiche da compiere.

In altre parole, ciascuna Amministrazione dovrà di tempo in tempo decidere in quali ambiti agire come operatore economico, ponendosi in concorrenza con gli operatori privati, in quali limiti e con quali parametri e macroindicatori di riferimento.

Rispetto a tale scenario, ribadendo l'estraneità dell'azione dallo scopo di lucro, sembrerebbero almeno tre le possibili prospettive motivazionali:

- 1) l'eliminazione degli squilibri che un determinato mercato può presentare, soprattutto con riferimento alla affermazione dei generali principi di libera concorrenza ed accesso. In tal senso il ruolo giocato dalla P.A. potrebbe ben essere quello di calmierare il settore, con una specifica politica dei prezzi offerti;
- 2) l'aumento del livello generale di benessere della collettività, in una prospettiva paretiana di miglioramento della posizione dei singoli;
- 3) il conseguimento di economie di scala, attraverso l'efficientamento dei costi che l'Amministrazione verrebbe in ogni caso a sostenere, mediante la loro imputazione a diverse ed ulteriori attività in concorrenza con gli operatori privati e/o con altri operatori pubblici.

La valutazione politica non potrà peraltro rimanere separata da quella gestionale, tenuto conto che qualunque scelta di posizionamento sul mercato dovrà sostanziarsi in una preliminare individuazione della corretta combinazione dei fattori della produzione, in termini di risorse umane e finanziarie impiegate per il raggiungimento degli obiettivi prefissati.

Tale processo decisionale è immediatamente correlato al complesso profilo della identificazione del prezzo/offerta che la P.A. si troverà a dover quantificare per la propria partecipazione alle procedure di gara.

Tale attività sarà tanto più complessa considerato che l'Amministrazione, non avendo – come si è più volte ricordato – scopo di lucro, potrebbe in astratto risultare libera da quei vincoli che rappresentano un vincolo del tutto insuperabile per un qualunque operatore privato. Immediate le conseguenze rispetto alle possibili anomalie dell'offerta presentata nonché le riflessioni in ordine al comportamento che la P.A.

“ricevente” l’offerta particolarmente conveniente dovrebbe correttamente assumere in sede di valutazione.

La definizione del prezzo assume quindi centralità assolutamente strategica rispetto al tema che qui interessa. Con riferimento a tale ultimo profilo, potrebbero almeno *prima facie* soccorrere gli studi sui prezzi pubblici economici elaborati in Scienza delle Finanze.

Seguendo quanto elaborato dalla migliore dottrina ⁽¹⁰³⁾ si possono prendere le mosse dalla classificazione dei prezzi pubblici che risulta essere la seguente:

- a) prezzi pubblici di monopolio;
- b) prezzi pubblici economici;
- c) prezzi quasi privati;
- d) prezzi politici.

Esclusi i prezzi di monopolio e i prezzi politici, tipici di dinamiche certamente non concorrenziali, risultano rilevanti ai fini della presente riflessione le categorie *sub* b) e c).

Con la prima Einaudi intende, qualificandolo come posizione di ottimo, il costo medio, quale risultante tra il rapporto il costo totale e la quantità totale prodotta, dove all’interno del costo totale sono ricompresi costi fissi e costi variabili ⁽¹⁰⁴⁾.

Con la seconda si intendono le entrate conseguite cedendo (come nell’ipotesi a procedure di evidenza pubblica) beni e servizi in regime di economia di mercato. La dottrina più risalente aveva elaborato tale categoria per quelle entrate derivanti da

¹⁰³ L. Einaudi, *Principi di scienza delle finanze*, Libro I, Cap. 1°, 2° e 3°.

¹⁰⁴ Sul punto altra dottrina ritiene che la posizione di ottimo debba ricercarsi in prezzi inferiori al costo medio, giungendo ad identificarli con i prezzi politici. Questa corrente di pensiero si ispira ai lavori di Hotelling e prima di lui di J. Dupuit. “*Il teorema di Dupuit-Hotelling si basa su due proposizioni interconnesse:*

1. *il prezzo ottimo dal punto di vista allocativo è quello che eguaglia il costo marginale: un prezzo inferiore implicherebbe di vendere le dosi finali del bene o servizio considerato a meno di quello che costano; un prezzo maggiore, mentre comporta un lucro, induce a lasciare inutilizzata una parte dell’offerta, per la quale il consumatore è disponibile a pagare tutto il costo marginale e magari qualcosa di più. Si ha così uno spreco di risorse, una deviazione dall’ottimo allocativo.*

2. *Quando i costi sono accentuatamente decrescenti, può accadere che i costi marginali incontrino la curva di domanda, quando sono considerevolmente più bassi dei costi medi: così se vuole seguire la regola 1 e fissare i prezzi al costo marginale, l’impresa offerente registrerà un disavanzo. Questo stesso fenomeno può essere quello che giustifica l’assunzione del servizio da parte dell’ente pubblico che lo pone a spese dell’erario.”* (F. Forte, *op. cit.*, p. 767).

attività economiche incidentali rispetto alla finalità principale, nelle quali, si diceva, lo stato “*non poteva non seguire il mercato, salvo dedicarsi a mutamenti istituzionali ai quali non è (o non dovrebbe essere) interessato*” ⁽¹⁰⁵⁾.

3. La compressione dell’iniziativa economica della Pubblica Amministrazione

Nel cercare di trarre alcune conclusioni alla luce di quanto esposto nel corso dei paragrafi precedenti, è possibile forse enucleare un principio di fondo: quale che sia la forma giuridica che la Pubblica Amministrazione sceglie per soddisfare i bisogni espressi dai cittadini, *rectius* ai fini dello svolgimento di un determinato servizio, qualora decida di offrirlo sul mercato dietro corrispettivo e in competizione con altri soggetti, ecco che questa dunque risulta *ipso facto* collocabile nella categoria dell’operatore economico e dunque soggetta, con riferimento alle procedure di evidenza pubblica, alle regole previste per gli altri soggetti di natura privata.

Ciò premesso occorre chiedersi se abbia dunque un senso che il legislatore preveda che le società a partecipazione pubblica possano essere costituite, o mantenute in vita, solo se perseguano determinati oggetti sociali, se, *a contrario*, nessuna limitazione particolare sembra sussistere con riguardo alle finalità che l’ordinamento può attribuire ad un ente pubblico.

A suffragare tale dubbio può essere citato ciò che la Corte dei conti, in un recente parere, ha avuto modo di precisare con riferimento alle iniziative economiche di tipo pubblicistico. Queste, ha affermato, “*non devono impingere con la libera esplicazione del mercato concorrenziale rimesso all’iniziativa economica privata e, nel contempo, devono essere circoscritte ad effettive necessità istituzionali degli enti territoriali, strettamente connesse con la caratterizzazione degli enti locali quali enti a*

¹⁰⁵ F. Forte, *op. cit.*, p. 762, che cita a sua volta l’esempio fornito da L. Einaudi con riferimento alla vendita di legname proveniente dalle foreste di proprietà statale. In questo caso alla finalità di tutela e cura del paesaggio, del tutto predominante, si assommerebbe quella incidentale del commercio, che tuttavia non risponde certamente a dinamiche di maggiore ricavo conseguibili con un più elevato grado di sfruttamento delle risorse possedute.

fini generali, ma ad ambito territoriale circoscritto alla comunità degli amministratori”⁽¹⁰⁶⁾.

In tale ottica la scelta di costituire una società risulta essere per legge “*correlata al perseguimento dei fini dell’ente pubblico*” ed essere “*inerente allo svolgimento di attività di competenza dell’ente medesimo, anche al fine di evitare che lo schema societario sia il veicolo per eludere le normative pubblicistiche in tema di controlli sulla finanza pubblica ed in materia di patto di stabilità interno, nonché strumento abusivo per evitare le procedure ad evidenza pubblica che presiedono all’attività contrattuale delle amministrazioni locali*”⁽¹⁰⁷⁾.

Tale impostazione sembra rispecchiarsi anche nel recente testo unico delle società a partecipazione pubblica che, per la prima volta nell’ordinamento nazionale, ha cercato di sistematizzare e ricondurre in modo coerente la normativa alluvionale soprattutto di questo ultimo decennio. La lettura dell’articolo 4, recante l’elenco delle finalità perseguibili mediante l’acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche, rende evidente lo sforzo da parte del legislatore di fornire una chiave interpretativa coerente con il quadro normativo europeo delle disposizioni dell’articolo 41 della Costituzione: lo scopo dichiarato consiste nel cercare di limitare, peraltro con criteri anche più restrittivi rispetto al legislatore europeo, l’iniziativa economica pubblica attraverso l’individuazione di stringenti criteri di ammissibilità per la costituzione e il mantenimento delle partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche.

E’ un fatto che l’ordinamento nazionale abbia cercato nel tempo di delimitare per alcuni profili la capacità di diritto privato delle pubbliche amministrazioni, soprattutto con particolare riferimento alla facoltà di istituire *ex novo* ed in via autonoma, senza cioè alcuna previsione normativa espressa, società partecipate.

Prima ancora dell’adozione del testo unico in materia, già l’articolo 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (c.d. Finanziaria 2008) vietava la costituzione o assunzione e mantenimento in via diretta di partecipazioni, anche di minoranza, con riferimento a società “*aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*”.

¹⁰⁶ Corte dei conti, Sez. Lombardia, 6 novembre 2015, 387.

¹⁰⁷ Corte dei conti, Lombardia/387/2015/PAR cit.

Unica eccezione a tale limitazione era prevista con riferimento alle società erogatrici di servizi di interesse generale o fornitrici di servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale, a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici. Il mantenimento di partecipazioni in tali società era consentito solamente nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza.

Sebbene il fine dichiarato dalla citata norma statale fosse la tutela della concorrenza e del mercato, tanto la giurisprudenza amministrativa che la magistratura contabile ⁽¹⁰⁸⁾ erano concordi nel considerare che tali divieti fossero connaturati all'impossibilità di concepire in capo alle pubbliche amministrazioni l'esistenza di uno scopo lucrativo e, conseguentemente, nell'evidente anomalia di ritenere in via generale ammissibile, senza espressa previsione normativa, la costituzioni di enti caratterizzati dall'imprescindibile perseguimento di tale scopo a loro del tutto estraneo.

La dottrina ⁽¹⁰⁹⁾ peraltro non manca di ricordare che una parte della giurisprudenza amministrativa ⁽¹¹⁰⁾ proponeva, in via minoritaria, un'ulteriore lettura del dato normativo, individuando quale finalità non espressa direttamente dalla norma, la garanzia del principio di funzionalizzazione dell'attività amministrativa e il perseguimento dell'interesse pubblico nel rispetto del principio di legalità. Tale impostazione risulta contrastante o quantomeno non sembra tener conto della lettura costituzionale dell'iniziativa economica pubblica, in precedenza oggetto di approfondimento.

Ciò premesso, le disposizioni legislative restituiscono, praticamente a sessant'anni di distanza dell'entrata in vigore della Costituzione, una sostanziale diffidenza da parte del legislatore con riferimento all'efficacia ed efficienza derivanti dall'utilizzo del modello societario da parte della pubblica amministrazione quale strumento di propulsione e sviluppo del mercato.

¹⁰⁸ Consiglio di Stato, ad. Plenaria, 3 giugno 2011, n. 20 e Corte dei conti, Sez. controllo Lombardia, par. n. 7/2013 e n. 263/2013.

¹⁰⁹ G. Mulazzani, *La nozione di operatore economico e la partecipazione degli enti pubblici alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici*, in *Munus*, 2015, fasc. 2. Per un'ampia ricostruzione del tema cfr. C. BASEGGIO, *La concorrenza negli appalti pubblici e la natura dei partecipanti nel diritto vigente*, *Foro amministrativo/TAR*, 2010, n. 3, pp. 1135 – 1151

¹¹⁰ TAR Sardegna, Sez. I, 5 aprile 2013, n. 269, commentata da M. Dugato, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giornale di dir. amm.*, 2013, n. 857.

Ciò che lascia presupporre e intravedere sembra piuttosto essere quel fenomeno di eccessiva proliferazione delle galassie imprenditoriali pubbliche, spesso dovuta alle limitazioni imposte all'organizzazione interna con riferimento sia al contenimento della spesa sia al blocco del *turn over* del personale dipendente. Le recenti disposizioni in materia di società a partecipazione pubblica, si ritiene di poter affermare, non hanno intaccato questo principio: al fine di evitare effetti distorsivi della concorrenza, il legislatore potrà e dovrà incidere sulla libertà di scelta dello strumento societario da parte delle pubbliche amministrazioni, limitando i settori di mercato nei quali esso è ammissibile o le tipologie societarie applicabili.

Seguendo tale ottica le disposizioni dovrebbero essere interpretate non solo e non tanto unicamente quale corollario del principio di tutela della concorrenza ⁽¹¹¹⁾, ma quale espressione del principio del contenimento della spesa pubblica.

Rimane dunque il dubbio esposto in principio concernente la possibilità per la legge di individuare, nell'ambito degli scopi istituzionali di un ente territoriale o di un ente pubblico qualsiasi, finalità e scopi che si sovrappongano allo svolgimento di attività imprenditoriale da parte degli operatori privati ⁽¹¹²⁾.

Al riguardo sembra essere indubitabile la perdurante sussistenza di tale facoltà, pur nel necessario rispetto dei vincoli di bilancio, tanto per il legislatore statale quanto per quello regionale, negli ambiti di rispettiva competenza legislativa, di dar vita ad enti strumentali di natura pubblica che, in ragione del combinato disposto delle disposizioni statali ed europee, possano svolgere comunque un ruolo attivo nel mercato anche attraverso l'utilizzo di strumenti di diritto privato. In tale ottica le disposizioni del testo unico rappresentano allora una limitazione alla capacità di diritto privato attribuita alle pubbliche amministrazioni ma unicamente con riferimento alla possibilità di porre in essere negozi di tipo societario.

In altre parole, il legislatore, come anche la giurisprudenza contabile, sembra ritenere che la distorsione delle dinamiche concorrenziali possa essere originata soltanto

¹¹¹ La Corte costituzionale nella sentenza 13 gennaio 2014, n. 14, ha affermato con riferimento al principio della libera concorrenza che questa *“non è dunque un'espressione moderna che sostituisce la vecchia par condicio, ma è invece un canone costituzionale fondativo della libertà di iniziativa economica e, prima ancora, dell'intero sistema economico”*.

¹¹² Sul punto cfr. anche S. VALAGUZZA, *L'attività di impresa degli enti pubblici*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.1, 2014, pag. 83.

dalla presenza sul mercato di una plethora di società a partecipazione pubblica e non dalla presenza di un folto numero di enti astrattamente in grado di offrire sul mercato i propri servizi, non essendo previste sul punto, nel nostro ordinamento, particolari limitazioni. Tale assunto tuttavia necessita di essere accuratamente verificato per comprendere se effettivamente la parità di accesso alla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, garantita dal diritto europeo, si traduca di per se anche in una uguale capacità di influire sulle dinamiche del mercato, *rectius* se sia effettivamente influente, giuridicamente ed economicamente, in fase di predisposizione e valutazione dell'offerta, la qualità di ente pubblico o di società a partecipazione pubblica in capo all'offerente.

CAPITOLO II

IL PARTENARIATO PUBBLICO-PUBBLICO

1. I fattori di sviluppo e di incremento dell'istituto

1.1. Il pluralismo amministrativo: la polverizzazione dei centri decisionali e la *multilevel governance* delle funzioni amministrative

Negli ultimi anni il dibattito giuridico, ma anche politico, concernente gli enti locali e le Regioni sembra essersi focalizzato principalmente sulle problematiche relative al complesso e farraginoso riparto delle funzioni amministrative. Tale dibattito, è appena il caso di accennarlo, non è certamente nuovo soprattutto in ambito giuridico. Volendo limitare il tema del pluralismo amministrativo al solo ambito degli enti territoriali, già in sede di redazione della Carta costituzionale il tema di quali e quanti livelli prevedere era stato oggetto di accesi confronti tra i componenti dell'Assemblea costituente (¹¹³), fermo restando quanto comunque scolpito all'articolo 5 della Costituzione tra i principi fondamentali (¹¹⁴).

¹¹³ Note sono le contrapposizioni tra Partito comunista e Democrazia cristiana con riferimento al tema dell'introduzione delle Regioni nell'ordinamento. Se il primo si avvicinò progressivamente a posizioni favorevoli all'autonomia regionale in ragione del venir meno delle condizioni politiche che avevano portato alla formazione dei governi di unità nazionale, e alla sua conseguente esclusione dalla compagine governativa, la seconda vedeva progressivamente affievolire al proprio interno l'idea dell'ordinamento regionalista, in ragione del sempre maggiore e stabile consenso acquisito. Prova di questa circostanza è che la prima attuazione delle disposizioni concernenti le Regioni sia avvenuta solo all'inizio degli anni '70, quindi dopo ben vent'anni dall'entrata in vigore della Costituzione. Cfr. G. Rolla, *Diritto regionale e degli enti locali*, Milano, 2009, pp. 27 e ss.

¹¹⁴ Ai sensi dell'articolo 5 *“La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento”*. Cfr. G. Berti, *Art. 5*, in G. Branca, a cura di, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975; C. Esposito, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in E. Rotelli, a cura di, *Dal regionalismo alla Regione*, Bologna, 1978, pp. 67 e ss..

Nei primi anni '70 l'attuazione delle disposizioni costituzionali concernenti le Regioni aveva già dimostrato ampiamente e concretamente la difficoltà di delineare il vero ruolo caratterizzante di tali nuovi enti. Le competenze individuate e soprattutto il rapporto tra le Regioni e gli enti locali eventualmente coinvolti nell'esercizio delle funzioni amministrative connesse, sembravano restituire un'immagine alquanto alterata dell'ente Regione, che appariva, più che ente di legislazione, un livello amministrativo intermedio di programmazione e controllo nell'ambito del quale la potestà legislativa era chiamata ad esprimere le peculiarità delle collettività territoriali di riferimento unicamente per profili del tutto marginali e a delegare il concreto esercizio delle funzioni a Comuni e Province. Questa connotazione appariva comprovata dall'esiguità dei margini normativi lasciati liberi alle singole legislazioni regionali che il più delle volte si limitavano a ripercorrere, ed a volte a ricopiare letteralmente, le disposizioni statali, senza alcun vero contenuto caratterizzante.

In tale quadro l'esistenza di più livelli di governo sembrava rimanere ancorata alle logiche tipiche di un'organizzazione amministrativa accentrata e centralistica, nella quale comunque la prima e l'ultima parola sembravano essere di competenza dello Stato, ancora abituato a configurare Province e Comuni quali livelli amministrativi non di prima cura degli interessi della collettività di riferimento ma di mera attuazione concreta, in ambito locale, di politiche e decisioni precedentemente assunte a livello superiore ⁽¹¹⁵⁾.

Prova di questa constatazione è la circostanza che la prima ed organica riforma degli enti locali sia intervenuta soltanto a partire dagli anni '90 del secolo scorso, rimanendo gli interventi normativi precedenti agganciati ed incasellati all'interno delle

¹¹⁵ Cfr. per un approfondimento del tema con riferimento alle origini, G. Zanobini, *L'amministrazione locale*, Padova, 1932, pp. 5 e 6. Di particolare interesse risulta la breve ricostruzione proposta da Guido Melis, che, nel ripercorrere le tappe fondamentali della nascita e dell'evoluzione delle pubbliche amministrazioni in Italia, sottolinea, accanto al ruolo delle Province e dei Comuni, le diverse forme di decentramento amministrativo degli apparati centrali. L'A. evidenzia, attraverso l'esempio dei provveditorati alle opere pubbliche istituiti durante il ventennio fascista, la consapevolezza della necessità, già avvertita in quegli anni, di superare il livello provinciale ed individuare un livello regionale o macro-regionale. L'intento era di "assicurare il coordinamento tra i vari ministeri e gli enti locali, riunificando in periferia ciò che discendeva diviso dal centro" G. Melis, *Introduzione: la trasformazione del reticolo amministrativo nel novecento: dalle Province alle "reti"*, in Cammelli (a cura di) *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007.

discipline adottate prima dell'avvento della Costituzione (¹¹⁶). Non v'è dubbio che il principio di sussidiarietà abbia fornito un deciso – quanto decisivo in sostanza sarebbe poi da verificarsi – cambio di prospettiva delle precedenti logiche normative in tema di decentramento amministrativo (¹¹⁷).

Non mancano acute riflessioni e ricostruzioni delle motivazioni più radicali di questo fenomeno. Parte della dottrina, richiamandosi alla nota contrapposizione schmittiana tra elemento terrestre ed elemento acquatico elaborata in *Land und Meer*, cioè tra la *terra* del diritto, estremamente razionale, e lo *sconfinato spazio* dell'economia, intrinsecamente istintiva, ricollega il fenomeno del progressivo decentramento nell'incapacità della dimensione statale di dominare le dinamiche globali e locali dell'economia (¹¹⁸). Alla luce di tale ricostruzione, dunque, lo Stato risulta

¹¹⁶ Volendo fornire un esempio concreto, per i Comuni e le Province, pur concepiti dalla Costituzione come “autonomie locali” solo dal 1993 il legislatore statale ha previsto l'elezione diretta del Sindaco e del Presidente, in precedenza individuati dai rispettivi Consigli e prima ancora nominati con decreto regio.

¹¹⁷ G. Melis evidenzia come l'esigenza di assicurare un coordinamento con le istanze provenienti dalla periferia fosse assicurato in precedenza attraverso forme completamente diverse nelle quali, paradossalmente, accanto al perenne rafforzamento del potere centrale, si adottava “uno schema nel quale piuttosto che suscitare la partecipazione dal basso si preferì(va) organizzarla dall'alto integrandola al centro sotto forma di cooptazione di interessi”, così l'A. in *op. cit.*.

¹¹⁸ G. Piperata, *Il governo locale tra territorialità del diritto e spazio dell'economia*, in Cammelli (a cura di), *op. cit.* che sul punto richiama per altro il pensiero di Natalino Irti espresso in N. Irti e E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001 e in *Norma e luoghi*, Roma-Bari, 2001. Sempre l'Autore individua nel diritto elaborato dagli ordinamenti giuridici di livello sovranazionale un correttivo all'assenza di democraticità causata dai processi di globalizzazione economica. Altri autori non mancano tuttavia di rilevare, correttamente, come gli stessi ordinamenti di livello sovranazionale, a loro volta, siano caratterizzati dallo stesso problema (cfr. sul punto S. Battini, *La globalizzazione del diritto pubblico*, in Riv. Trimestrale di diritto pubblico, 2006, pp. 345 e ss.). Tale circostanza è per molti alla radice dell'insofferenza sempre più crescente nei confronti dell'ordinamento europeo.

Il fenomeno sopra evidenziato si contrappone al tradizionale rapporto tra Stato ed economia. Nella sua ricostruzione storica Sabino Cassese ricorda come in origine vi fosse coincidenza tra confini dello Stato e confini dell'economia, in *Oltre lo Stato: i limiti dei governi nazionali nel controllo dell'economia*, in F. Galgano, S. Cassese, G. Tremonti. e T. Treu, *Nazioni senza ricchezza. Ricchezze senza nazione*, Bologna, 1993. Conseguenza del venir meno del rapporto biunivoco tra diritto e territorio è stato evidenziato anche da F. Galgano che, al riguardo, ha parlato di nascita di una nuova *lex mercatoria*, in ragione della incapacità della legge ad adeguarsi ai continui mutamenti del contesto socioeconomico e dunque del conseguente apporto alla creazione del diritto da parte del “*ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economia dei mercati*”, così in *Le istituzioni della società post-industriale*, F. Galgano, S. Cassese, e altri, in *op cit.*.

ormai come stretto in una morsa, trovandosi obbligato, utilizzando le parole di Merusi, ad “aprire l’ordinamento verso l’esterno” attraverso la costituzione di “*poteri pubblici sovrastatali*” e a “disgregare l’organizzazione statale all’interno” (¹¹⁹), amplificando, in ultima analisi, il ruolo dei poteri pubblici locali in quanto più prossimi alle dinamiche produttive e, dunque, agli interessi economici.

Alla luce di tali considerazioni il criterio di riparto delle competenze su base territoriale, da sempre utilizzato quale parametro fondamentale per garantire l’ordinato esercizio delle funzioni amministrative (¹²⁰), sembra cedere il passo, non formalmente ma sostanzialmente, ad un diverso principio consistente nell’interesse concreto al perseguimento di un determinato obiettivo o funzione. In tale contesto la barriera della competenza territoriale – ma ad identica conclusione si potrebbe pervenire anche con riferimento al criterio di riparto per materia – appare come un limite all’efficacia, all’efficienza e all’economicità dell’azione amministrativa (¹²¹).

In ragione di queste constatazioni, parte della dottrina arriva perfino alla conclusione che “*l’attività di amministrazione va confidata a dei centri di competenze definite prima che dal diritto dalla natura delle funzioni*” (¹²²). In tale contesto viene a delinearsi la contrapposizione tra *government* e *governance*, laddove al primo, caratterizzato dalla rigida organizzazione per livelli e strumenti utilizzabili, si oppone la seconda, estremamente duttile e capace di connettere e ricondurre ad unità una molteplicità di soggetti portatori di interessi.

Non è un caso che già nel 2009 – e si può dire ancora in tempi distanti dall’attuale processo di disgregazione – il Libro bianco del Comitato delle Regioni sulla *governance* multilivello affermasse nel proprio *incipit* come questa fosse “*uno degli elementi chiave per la buona riuscita del processo di integrazione europea. L’Europa sarà un*

¹¹⁹ F. Merusi, *Dallo Stato monoclasse allo Stato degli interessi aggregati*, in S. Cassese, G. Guarino (a cura di), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, 2000, p. 125.

¹²⁰ Come ricorda G. Piperata, in *op. cit.*, il territorio “*costituisce la base su cui poggiano le amministrazioni pubbliche...non vi è amministrazione senza territorio; i territori devono corrispondere alle funzioni da esercitare; la buona amministrazione e persino la legittimazione democratica dipendono dal livello ottimale della congruità territoriale*”, p. 76.

¹²¹ Ad identica soluzione sembra pervenire con riferimento alle attività economiche, come evidenziato da Piperata in *op. cit.*, anche F. Benvenuti che sottolinea come in tale contesto il territorio può ormai rivestire solo un valore “*ideale*”, “*simbolo della tradizione*” o di “*identità culturale*”, in *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994, pp. 45 e ss..

¹²² F. Benvenuti, *op. cit.*

continente forte, le sue istituzioni legittimate, le sue politiche efficaci e i suoi cittadini davvero interessati e coinvolti, se il suo sistema di governance saprà garantire una stretta cooperazione tra i diversi livelli di governo per attuare l'agenda comunitaria e rispondere alle sfide globali".

Esaminando il contesto italiano, le importanti riforme avviate negli anni '90 del secolo scorso con riferimento al riparto delle funzioni amministrative tra livelli di governo, il c.d. "federalismo a costituzione invariata", pur agganciandosi per motivazione e *ratio* normativa al principio di sussidiarietà e alla volontà di dare concreta attuazione al principio di autonomia degli enti locali prevista all'articolo 5 della Costituzione, hanno, negli effetti, amplificato ulteriormente il problema di fondo evidenziato sin qui.

L'analisi di tali disposizioni restituisce infatti un quadro ancora più complesso in cui, per ogni nuovo ambito di materia oggetto di riforma, il legislatore statale non provvedeva ad individuare un unico livello di competenza amministrativa ma a parcellizzare il percorso di esercizio della funzione, individuando, o cercando di individuare, per ogni livello, uno specifico e caratterizzante ruolo ⁽¹²³⁾. Il risultato di tale approccio è stato certamente portatore non di semplificazione ma di complicazione procedimentale e, dunque, ha reso vieppiù necessario l'utilizzo di strumenti amministrativi che consentissero di depotenziare e ridurre a valle, cioè in ambito procedimentale, l'estrema complessità e farraginosità delle disposizioni concernenti il riparto delle competenze amministrative tra gli enti.

La riforma costituzionale del titolo V della parte II della Costituzione intervenuta nel 2001 ha successivamente cercato, è appena il caso di accennarlo in questa sede, di far corrispondere lo spirito delle riforme in materia di decentramento amministrativo, soprattutto a livello regionale, con il dettato costituzionale che sul punto era difficile ritenere, nel testo originario, del tutto coerente ⁽¹²⁴⁾.

¹²³ Sul punto cfr. le riflessioni proposte da A. Sterpa, *Il pendolo e la livella Il 'federalismo all'italiana' e le riforme*, 2015, pp. 104 e ss.

¹²⁴ Come giustamente ricorda A. Sterpa, *op cit.*, p. 30, gli articoli 115 e 128 della Costituzione solo in capo alle Regioni sancivano in modo netto l'autonomia, mentre prevedevano per gli altri enti territoriali un "*diverso grado di garanzia per la propria autonomia*", fissata nella Carta come principio ma la cui definizione concreta era poi rimandata alla legge dello Stato. "*La portata innovativa dell'art. 114 della Costituzione per gli enti diversi dalla Regione, in ogni modo, pur ampiamente sottolineata dalla dottrina, è stata sensibilmente ridimensionata da quanto prevede la legge n. 131 del 2003 (artt. 2 e*

Ciò che tuttavia sembra doveroso sottolineare, ai fini di una più completa comprensione dell'analisi proposta in questa parte dello studio, è la circostanza per cui tale grande complessità cui si è fatto cenno ha visto nell'accordo tra amministrazioni *lato sensu* inteso, e nelle sue diverse declinazioni, uno dei principali strumenti per la soluzione e riduzione della complessità normativa esistente con riferimento all'esercizio delle diverse funzioni, se non a livello politico, sicuramente a livello gestionale.

Lo stesso legislatore nel determinare la complessità normativa appena accennata si rendeva infatti conto delle conseguenti implicazioni procedurali e già dall'inizio degli anni '90 del secolo scorso aveva cercato in tutti i modi di favorire l'esercizio coordinato delle funzioni tra le diverse amministrazioni competenti, arrivando perfino ad imporre l'utilizzo di istituti giuridici di carattere consensuale tra soggetti rappresentativi di interessi pubblici comuni, anche nell'ambito dello stesso livello territoriale ⁽¹²⁵⁾.

In ultima analisi, il venir meno, in via sostanziale lo si ribadisce, del vincolo territoriale quale criterio fondamentale per la suddivisione delle funzioni tra diversi livelli di governo, unito all'estrema farraginosità del quadro normativo esistente, ha determinato la necessità di ampliare ed estendere l'utilizzo di strumenti amministrativi che potessero consentire ciò che parte della dottrina e della giurisprudenza avevano ritenuto impossibile, se non in casi del tutto eccezionali: l'esercizio di "*poteri decisionali anche al di fuori dei (propri) confini e nel territorio di altre amministrazioni autonome locali*" ⁽¹²⁶⁾.

Il richiamato contraddittorio approccio dottrinale e giurisprudenziale poggiava su alcune considerazioni, in parte condivisibili, concernenti la necessaria correlazione tra l'utilizzo delle risorse umane e finanziarie e la specifica comunità locale alla quale tali risorse erano state destinate. Da tale impostazione discendeva l'impossibilità, in ragione

4), con la quale lo Stato ha tentato di frapporre tra gli Statuti (art. 114, secondo comma, Cost.) ed i regolamenti (art. 117, sesto comma, Cost.) di tali enti la legge statale recuperando tra le fonti una struttura gerarchica che non appare evidente dal dettato costituzionale", *ib.*

¹²⁵ Per una ricostruzione complessiva cfr. A De Michele, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo, Dinamiche e modelli di partenariato alla luce delle recenti riforme*, 2011, pp. 699 e ss. Tra gli strumenti previsti si ricordano accordi fra pubbliche amministrazioni previsti dall'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, le convenzioni tra enti locali e gli accordi di programma tra enti territoriali di cui agli articoli, rispettivamente, 30 e 34 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Alcuni di questi istituti saranno oggetto di disamina nei paragrafi successivi in ragione della stretta connessione col tema di ricerca.

¹²⁶ G Piperata, *op. cit.*.

dell'esistenza di un vero e proprio vincolo funzionale, di consentire lo svolgimento di attività amministrative gestionali "extraterritoriali".

Sul piano giurisprudenziale la consapevolezza della possibile prevalenza di un diverso criterio c.d. "funzionale" e del conseguente attenuarsi del rigido criterio territoriale fino a quel momento ritenuto insuperabile sopraggiunge gradualmente attraverso peraltro il canale del rapporto tra società partecipate ed enti locali controllanti.

Da un esame delle pronunce intervenute sul tema, ciò che fu ritenuto necessario ponderare attentamente fu proprio l'inerenza dell'attività alla cura degli interessi della collettività di riferimento, la necessità della collettività locale di integrare a livello funzionale la propria azione con quella di un ente confinante, al fine di soddisfare indirettamente, comunque, una propria esigenza (cfr. sul punto *ex multis* Cons. Stato, V, 6 aprile 1998, n. 432; V, 23 aprile 1998, n. 475; 20 marzo 2000, n. 1520; Consiglio di Stato, sez. V, del 3 settembre 2001, n. 4586 ¹²⁷ ¹²⁸).

L'approccio interpretativo sembrerebbe essere dunque basato sul principio dell'efficace ed efficiente utilizzo delle risorse pubbliche disponibili: l'obbligo di garantire il concreto soddisfacimento dei bisogni della collettività di riferimento non impedisce che l'ente possa ritenere concretamente vantaggioso estendere il proprio ambito spaziale di attività se ciò è da ritenersi funzionale al migliore impiego delle

¹²⁷ Nella pronuncia n. 4586 del 2001, i giudici di Palazzo Spada richiamano l'orientamento concernente l'ambito di operatività delle aziende speciali, secondo il quale sono *"le stesse norme ad indicare che il nesso eziologico che necessariamente deve sussistere tra le funzioni che è chiamata ad assolvere l'azienda speciale, quale ente strumentale del Comune che l'ha costituita, e la tutela degli interessi di cui sono portatori i cittadini residenti nel Comune stesso, può essere proteso verso l'esterno della stretta dimensione locale solo nei casi e con le modalità particolari normativamente previste dalle speciali disposizioni in tema di convenzioni e di consorzi, ai sensi degli artt. 24 e 25 L. 8 giugno 1990 n. 142"*.

¹²⁸ In tal senso il Consiglio di Stato si era pronunciato soltanto con riferimento alla capacità di diritto privato delle società partecipate dall'ente locale con la pronuncia della Sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374, nella quale aveva sottolineato come *"l'ente pubblico, quale soggetto giuridico, ha una pienezza di capacità che gli consente di far tendenzialmente ricorso a tutti gli strumenti conosciuti dall'ordinamento per raggiungere i propri scopi; dunque, non può dubitarsi della facoltà degli enti locali territoriali di costituire società per azioni, per la cui attività il territorio non rileva, potendo rappresentare un limite all'esercizio delle potestà pubblicistiche ma non della capacità di diritto privato; sarà dunque ammissibile lo svolgimento di tutte quelle attività – e solo di quelle – in cui sia rinvenibile un obiettivo e diretto riferimento al complesso degli interessi della collettività impersonata dall'ente"*.

risorse pubbliche in esso investite, secondo un'ottica non poi così dissimile rispetto a quella di un qualsiasi operatore privato.

1.2. La crisi e la penuria delle risorse pubbliche

La complessità del quadro normativo concernente il riparto di funzioni amministrative tra livelli di governo e il sopraggiungere della globalizzazione nel contesto economico di riferimento cui si è fatto cenno nella prima parte possono essere considerati certamente come alcune delle ragioni principali di incremento dell'utilizzo delle varie tipologie di accordo tra pubbliche amministrazioni. Accanto ad esse tuttavia non devono essere dimenticate né sottovalutate la crisi e la conseguente riduzione delle risorse pubbliche a disposizione delle pubbliche amministrazioni ed in particolare degli enti locali.

Tali fenomeni sono stati infatti al centro di due diverse modalità di intervento del legislatore statale e regionale, spesso tra loro combinate.

Per un verso essi hanno determinato una politica di riaccentramento – soprattutto verso l'amministrazione regionale – dell'esercizio delle funzioni amministrative, avvenuto attraverso il depotenziamento dei livelli di governo inferiori, con conseguente riattribuzione ai livelli superiori delle risorse umane ma soprattutto finanziarie (¹²⁹).

¹²⁹ È bene sottolineare che il trasferimento delle risorse umane non ha coinciso con il trasferimento delle correlate risorse finanziarie allo stesso livello di governo: il legislatore statale ha infatti assorbito soltanto queste ultime, determinando una distonia peraltro incompatibile con le stesse disposizioni poste alla base di tale processo. Tale comportamento è stato peraltro oggetto di censura da parte della Corte costituzionale che ha affermato con estrema chiarezza la necessità di garantire che le risorse siano trasferite al livello di governo subentrante, in ragione di quanto previsto dall'articolo 119 della Costituzione. Il giudice delle leggi ha chiarito come *“nel momento in cui lo Stato avvia un processo di riordino delle funzioni non fondamentali delle province, alle quali erano state assegnate risorse per svolgerle, in attuazione dell'art. 119 Cost., questa stessa norma costituzionale impedisce che lo Stato si appropri di quelle risorse, costringendo gli enti subentranti (regioni o enti locali) a rinvenire i fondi necessari nell'ambito del proprio bilancio, adeguato alle funzioni preesistenti. L'omissione del legislatore statale lede l'autonomia di spesa degli enti in questione (art. 119, primo comma, Cost.)*.

Sul punto è bene ricordare il vorticoso susseguirsi tra il 2011 e il 2012, nel momento di maggiore criticità della situazione economica italiana, di disposizioni concernenti province e comuni. Ci si riferisce in particolare al decreto legge n. 201 del 2011, convertito con modificazioni, dalla legge n. 214 del 2011, c.d. Salva Italia, e al decreto legge n. 95 del 2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 135 del 2012.

Il primo prevedeva la trasformazione delle Province in enti di secondo livello, con la contestuale attribuzione esclusivamente di funzioni di indirizzo e di coordinamento delle attività dei Comuni nelle materie e nei limiti indicati con legge statale o regionale. Con il secondo intervento normativo si disponevano, invece, la soppressione e l'accorpamento delle province con popolazione inferiore ai 350.000 abitanti, l'istituzione delle città metropolitane, il trasferimento delle funzioni di competenza statale ai comuni e l'attribuzione delle ulteriori funzioni concernenti la pianificazione territoriale provinciale di coordinamento, la tutela e valorizzazione dell'ambiente, la pianificazione dei servizi di trasporto in ambito provinciale, l'autorizzazione e controllo in materia di trasporto privato, in coerenza con la programmazione regionale, le funzioni concernenti inoltre le strade provinciali e la regolazione della circolazione stradale ad esse inerente ed infine la programmazione provinciale della rete scolastica.

Sebbene tali riforme siano state, come noto, dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale (¹³⁰), la legge n. 56 del 2014, la c.d. legge Delrio, ha percorso lo stesso sentiero, operando un incisivo depauperamento delle funzioni e dei compiti amministrativi precedentemente attribuiti o delegati alle province che, in ragione della loro mancata soppressione a livello costituzionale a seguito dell'esito negativo della consultazione referendaria della riforma Renzi-Boschi, sono ora al centro di un guado dal quale appare difficile uscire.

perché la necessità di trovare risorse per le nuove funzioni comprime inevitabilmente le scelte di spesa relative alle funzioni preesistenti, e si pone altresì in contrasto con il principio di corrispondenza tra funzioni e risorse, ricavabile dall'art. 119, quarto comma, Cost. perché all'assegnazione delle funzioni non corrisponde l'attribuzione delle relative risorse, nonostante quanto richiesto dalla legge n. 56 del 2014 e dalla sentenza n. 205 del 2016 di questa Corte” (sentenza 27 giugno 2018, n. 138).

¹³⁰ Sentenza 3-19 luglio 2013, n. 220.

In via alternativa a tale approccio, il legislatore ha cercato in ogni modo di promuovere – ed in particolare, per gli enti locali più piccoli, costringere – la nascita di unioni e convenzioni per l'esercizio in forma associata delle funzioni (¹³¹).

Ciò è avvenuto sia in ragione del consistente numero degli enti di livello comunale, sia alla luce del fatto che i Comuni sono stati protagonisti di un aumento consistente, negli ultimi venti anni, delle proprie competenze per l'effetto combinato di disposizioni statali e regionali.

Il processo qui descritto, peraltro, non è del tutto nuovo nel panorama giuridico italiano. Non è un caso che soprattutto a partire dalla prima metà degli anni '90 del secolo scorso l'esigenza di riduzione dell'imponente debito pubblico esistente abbia dato origine a misure di *spending review* quali *policies* maggiormente connotanti le diverse maggioranze politiche succedutesi nel corso degli ultimi due decenni.

Tale approccio peraltro è risultato e risulta essere contraddittorio proprio rispetto alla grande spinta verso il decentramento amministrativo: dall'abbandono della rigida logica unidirezionale del momento decisionale, dall'alto verso il basso, in favore della più ampia differenziazione della composizione delle diverse istanze provenienti dal territorio, avrebbe dovuto infatti derivare, quale logica conseguenza, lo scardinamento del precedente sistema di finanza pubblica. In altre parole, il percorso avrebbe dovuto portare ad un radicale ripensamento del sistema tributario precedente, al fine di consentire la possibilità, per gli enti espressione dei diversi livelli di governo, di poter concretamente esplicitare quell'autonomia sancita a livello costituzionale dal combinato disposto degli articoli 114 e 119.

Come noto, la legge sul federalismo fiscale, intervenuta solo otto anni dopo l'entrata in vigore della riforma del Titolo V della Parte Seconda della Costituzione, è giunta proprio a ridosso dell'inizio della crisi economica, risentendo così notevolmente,

¹³¹ Risalgono al 2010 (d.l. 78/2010, convertito con modificazioni dalla l. 122/2010) le prime disposizioni in materia di unioni e convenzioni finalizzate allo svolgimento obbligatorio in forma associata delle funzioni fondamentali dei piccoli Comuni. Le disposizioni contenute in particolare nel d.l. 95/2012, convertito con modificazioni dalla l. 135/2012, di novella della disciplina di cui al d.l. 78/2010, non hanno prodotto significativi risultati proprio con riferimento a quelle realtà territoriali che maggiormente erano interessate da fenomeni di estrema polverizzazione del tessuto amministrativo. Dei quasi 8.000 Comuni italiani, ben il 70% ha una popolazione inferiore ai 5.000 abitanti, per arrivare a soglie superiori all'80% in Valle d'Aosta, Molise, Piemonte, Trentino-Alto Adige, Sardegna, Abruzzo (dati fonte ISTAT al gennaio 2017).

sia nel proprio orientamento sia nella propria applicazione, di un sostanziale disfavore da parte del livello centrale nel lasciare veri spazi di autonomia impositiva.

Proprio in ragione di tale assetto, parte della dottrina ha parlato di un “*modello di federalismo competitivo basato su governi locali funzionali, competitivi e a competenze sovrapposte*” (¹³²), c.d. Focj, *Functional, overlapping, competing jurisdictions*.

In tale modello l'accordo tra enti è chiamato a risolvere due possibili esigenze: la prima consistente nella creazione di un nuovo soggetto (l'unione o il comune derivante dalla fusione), la seconda, ben più interessante dal punto di vista dell'analisi, relativa alla sottoscrizione, ad esempio, di convenzioni con le quali, prescindendo da limiti territoriali e pur senza incidere sulla natura giuridica e sulla consistenza dei soggetti coinvolti, si viene a creare una “*giurisdizione speciale funzionale*” finalizzata a ridurre ed attenuare le esternalità negative e le disfunzionalità proprie del processo di polverizzazione degli enti (¹³³).

Se tuttavia è piuttosto frequente la conclusione di accordi tra amministrazioni appartenenti a diversi livelli di governo e, soprattutto, con enti pubblici non territoriali aventi competenze specifiche in determinate materie, ben più complessa e controversa appare invece la fortuna di tali istituti tra enti di pari livello. Su questi profili si avrà modo di fornire ulteriori elementi nei paragrafi successivi.

1.3. Efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa

Pur accogliendo la sostanziale rilevanza e veridicità delle considerazioni fin qui esposte, l'analisi delle fattispecie concrete oggetto delle pronunce giurisprudenziali più recenti sembra far affiorare un diverso e ben più delicato tema, oggetto di analisi da parte della dottrina e solo nell'ultimo anno, parzialmente, affrontato anche in sede normativa: l'utilizzo di moduli consensuali tra amministrazioni è sintomo di una reale esigenza di disciplina dello “*svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune*” – volendo riferirsi all'istituto di carattere generale cristallizzato nell'art. 15

¹³² M. Abrescia, *Territorio e analisi economica del diritto. Amministrazione territoriale e delocalizzazione funzionale*, in A. Cammelli (a cura di), *Op. cit.*.

¹³³ M. Abrescia, *op cit.*. Tra queste l'A. individua i costi di transazione e i fenomeni di concorrenza distruttiva.

della l. 241/1990 – oppure esso rappresenta oggi, in concreto, un *escamotage* amministrativo utilizzato per aggirare le disposizioni in materia di concorrenza ed evidenza pubblica con riferimento all’attribuzione della qualità di operatore economico anche ai soggetti pubblici?

Come accennato, la dottrina più attenta ha già sollevato questo tema, evidenziando anche una contrapposizione tra ordinamento europeo e interessi dei singoli Stati membri: ogni Paese, soprattutto qualora presenti un tessuto amministrativo notevolmente frastagliato, dovrebbe favorire, se non obbligare, i diversi centri decisionali, *lato sensu* intesi, all’utilizzo di forme di collaborazione su base consensuale, soprattutto in chiave di risparmio ed efficientamento delle risorse pubbliche, a scapito di politiche di esternalizzazione mirate ad aumentare quote di libero mercato ⁽¹³⁴⁾.

Tale discussione, in realtà, sembrerebbe sottendere anche un diverso problema, da sempre cruciale all’interno del dibattito giuridico e politico esistente in Italia: l’individuazione della corretta dimensione ottimale dei diversi livelli di governo. In altre parole l’utilizzo, anche distorto, di strumenti consensuali tra pubbliche amministrazioni evidenzerebbe il ben più grave e rilevante tema, da sempre eluso, dell’incapacità, anche politica, non tanto di ridurre i livelli di governo, quanto di individuare in concreto i criteri e i parametri necessari ad una revisione complessiva del numero degli enti, territoriali e non ⁽¹³⁵⁾.

Volendo in questa sede tralasciare gli evidenti effetti positivi in termini di semplificazione burocratica e di risparmio delle risorse pubbliche, un simile approccio consentirebbe di attenuare un poco la contrapposizione tra utilizzo del modulo consensuale ed esternalizzazione, favorendo una “giusta” concorrenza, dal momento che i confini tra monopolio pubblico e libero mercato sarebbero individuati sulla base non di un apodittico *favor* per il secondo ma in esito ad una valutazione concreta basata su parametri oggettivi agganciati al contesto economico di riferimento.

¹³⁴ In questo senso cfr. G. M. Caruso, “*La collaborazione contrattuale fra pubbliche amministrazioni. Unità e frammentazione della sfera pubblica fra logica del mercato e obiettivi di contenimento della spesa*”, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.3-4, 2015, pag. 775.

¹³⁵ G. Piperata richiama sul punto il discorso dei geografi amministrativi i quali “*ammettono l’esistenza di un livello ottimale di congruità territoriale solo quando le aree cui si riferisce l’organizzazione dello spazio e quelle cui si riferisce l’organizzazione dell’amministrazione si sovrappongono*”, in *op. cit.*, p. 76.

Ciò che maggiormente dovrebbe preoccupare quale conseguenza scaturente dall'aver attribuito la qualifica di operatore economico anche a soggetti pubblici dovrebbe essere, almeno in astratto, la possibile distorsione che potrebbe originarsi, quale ad esempio, la prevalenza in un determinato segmento di operatori pubblici o ancora la possibile e paradossale riduzione degli operatori privati, schiacciati dalla superiorità delle amministrazioni pubbliche.

Considerato l'attuale quadro di riferimento, risulta poi notevolmente rilevante un ulteriore e conseguente problema: a quali criteri occorre far riferimento per cercare di distinguere in modo soddisfacente lo strumento dell'accordo pubblico dal contratto? Sono ancora possibili margini per una distinzione? Essendo questo aspetto del tutto sottovalutato all'interno delle direttive europee in materia di appalti pubblici ⁽¹³⁶⁾, tale quesito non è da considerarsi limitato al solo piano del rapporto tra diritto amministrativo e diritto privato ma coinvolge anche il rapporto tra diritto europeo e diritto interno, atteso che, come osservato dalla dottrina, *“postula inevitabilmente una verifica sull'effettiva ampiezza dei margini di sovranità ceduti all'ordinamento europeo”*, in termini di *“delimitazione dell'autonomia organizzativa di ogni Stato membro”* ⁽¹³⁷⁾.

Per cercare di fornire una risposta a tali domande si ritiene necessario analizzare alcuni istituti riconducibili alla tipologia dell'accordo tra pubbliche amministrazioni.

2. Accordi tra pubbliche amministrazioni

2.1. Gli accordi ai sensi dell'articolo 15 della l. 241/1990

Da decenni le Pubbliche amministrazioni hanno sperimentato, molto spesso con successo, formule di coordinamento organizzativo più o meno articolate. Già negli anni

¹³⁶ Cfr. i punti 31 e 33 delle premesse della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE. Si rinvia alla seconda parte di capitolo per un'analisi più di dettaglio dei singoli aspetti problematici. Al momento basti solo accennare come l'articolo 12, par. 4, della citata direttiva, trasposto nell'articolo 5, comma 6, del d.lgs. 50/2016, escluda non “accordi” ma “contratti”. Nel decreto legislativo di riferimento il legislatore, invece, utilizza la parola “accordo”.

¹³⁷ G. M. Caruso, *op. cit.*

'70 M.S. Giannini ⁽¹³⁸⁾ nel sottolineare la sempre maggiore importanza assunta dagli strumenti *lato sensu* negoziali da parte della pubblica amministrazione, aveva elaborato una sistematica ricostruzione dell'istituto inquadrandolo tra i cc.dd. "accordi organizzativi", fornendone una casistica piuttosto variegata.

L'Autore individuava due principali categorie. La prima corrispondente a convenzioni perfettamente inscrivibili all'interno delle disposizioni del codice civile: in tali casistiche le pubbliche amministrazioni, al fine di perseguire un comune obiettivo, costituivano un soggetto terzo (nel caso esaminato un consorzio), utilizzando gli istituti contrattuali già presenti all'interno dell'ordinamento civilistico, seppur con la particolarità delle modalità di espressione della volontà negoziale, la quale doveva comunque essere ancorata ad una precedente attività procedimentale.

La seconda tipologia era individuata nelle convenzioni non riconducibili ad un determinato tipo contrattuale e pertanto atipiche. A tale seconda categoria erano ascrivibili, ad esempio, gli accordi tra comuni ed ente pubblico degli acquedotti con i quali, quale controprestazione all'erogazione di determinate fonti d'acqua e alla gestione dell'acquedotto da parte del secondo, il primo si obbligava alla cessione delle aree necessarie e alla realizzazione delle opere funzionali alla distribuzione.

Tali accordi-contratto, sottolineava Giannini, consentivano il raggiungimento di determinati obiettivi, attraverso un minor dispendio di risorse pubbliche, grazie al coordinamento di attività pur astrattamente realizzabili in modo autonomo da parte dei contraenti.

Altra casistica era invece individuabile nelle convenzioni ascrivibili a "*fattispecie provvedimentali o normative*", considerando in tale categoria inscrivibili, ad esempio, le convenzioni sottoscritte tra le università o gli enti previdenziali e le altre amministrazioni pubbliche. Caratteristica principale di tali accordi era data dalla circostanza per cui, in loro assenza, una delle amministrazioni pubbliche coinvolte avrebbe dovuto comunque organizzare in proprio l'attività resa dall'altra. In tale contesto la convenzione era considerata inscrivibile dall'autore nel novero dei provvedimenti amministrativi, in quanto destinata o allo svolgimento di un'attività

¹³⁸ M. S. Giannini, Diritto amministrativo, 3^a ed., Milano, 1993, vol. I, pp. 366 e ss. e vol. II, pp. 423 e ss.

pubblica o alla disciplina di una nuova attività nella quale erano riscontrabili più interessi pubblici in gioco.

In ragione delle caratteristiche allora tipiche dell'istituto, l'Autore escludeva la loro ascrivibilità alla categoria dei contratti. In tal senso, infatti, era da interpretarsi alla luce delle loro caratteristiche sostanziali: inapplicabilità degli istituti della risoluzione per inadempimento, della rescissione e dell'annullabilità, libera revocabilità in ragione del mutamento dell'interesse pubblico ad essi sottostante, possibilità di proporre ricorso per vizi di legittimità ⁽¹³⁹⁾.

Il comune denominatore degli strumenti così individuati era dato, essenzialmente, dalla necessità di semplificare l'organizzazione di servizi o la gestione e costruzione di opere pubbliche, attraverso il coinvolgimento dei diversi soggetti coinvolti, attraverso l'utilizzo di strumenti pattizi piuttosto che di tradizionali provvedimenti amministrativi. Tali accordi avevano, già si sottolineava, il pregio di consentire il raggiungimento di una maggiore sinergia, garantendo *“la cura, d'accordo, di pubblici interessi”* ⁽¹⁴⁰⁾.

Come si è avuto modo di accennare nel primo capitolo, l'introduzione nell'ordinamento di una fattispecie generale relativa al *genus* de *“l'accordo amministrativo”* risale tuttavia soltanto agli inizi degli anni '90 del secolo scorso con l'approvazione della legge 7 agosto 1990, n. 241.

L'articolo 6 del testo elaborato dalla Commissione di studio distingueva a sua volta tre tipologie di accordi: gli accordi organizzativi conclusi tra pubbliche amministrazioni, oggi previsti dall'articolo 15 della citata legge, gli accordi normativi *“aventi ad oggetto l'esercizio di potestà amministrative e le corrispettive prestazioni di persone fisiche e giuridiche al fine di raggiungere obiettivi di interesse pubblico”*, i c.d. *“accordi orizzontali”* e, da ultimo gli accordi integrativi e sostitutivi, ora previsti dall'articolo 11 della legge, cioè i c.d. *“accordi verticali”*.

Come noto la versione definitiva dell'articolato ha separato, formalmente nella collocazione interna e sostanzialmente si avrà modo di approfondirlo, gli accordi tra pubbliche amministrazioni e privati e gli accordi tra pubbliche amministrazioni: i primi furono inseriti nel capo dedicato alla partecipazione al procedimento amministrativo, i

¹³⁹ M. S. Giannini, *op. cit.*, Vol. II, p. 370.

¹⁴⁰ M. S. Giannini, *op. cit.*, Vol. II, p. 367.

secondi furono invece introdotti nel capo dedicato alla semplificazione dell'attività amministrativa, immediatamente dopo l'articolo dedicato allo strumento della conferenza dei servizi.

La differente collocazione risponde certamente alla diversa *ratio* sottesa ai due istituti: nel primo caso gli accordi sono visti, almeno nelle intenzioni, quale strumento di partecipazione del cittadino all'attività amministrativa di carattere discrezionale. In estrema sintesi l'accordo, sia esso di tipo integrativo o di tipo sostitutivo del provvedimento, attraverso il diretto coinvolgimento del soggetto interessato e degli eventuali controinteressati nella fase di apprezzamento e valutazione dell'interesse pubblico da parte dell'autorità amministrativa, avrebbe la funzione di consentire la migliore composizione delle diverse posizioni in gioco e, dunque, un migliore esercizio del potere discrezionale, in quanto la decisione finale sarebbe costituita dal risultato di una mediazione tra le parti (¹⁴¹).

Ben diversa è invece la funzione degli accordi tra pubbliche amministrazioni: questi ultimi costituiscono, come si è avuto modo di accennare, la categorizzazione in via generale di precedenti istituti sperimentati fino a quel momento soltanto in legislazioni settoriali (¹⁴²) e rispondono a quell'esigenza richiamata ed esposta all'inizio del presente capitolo, di consentire una maggiore efficacia, efficienza, economicità e semplificazione dell'azione amministrativa (¹⁴³), anche attraverso, ed è qui un punto di contatto rispetto all'altra forma di accordo, una contemporanea valutazione e composizione degli interessi, in questo caso tutti di natura pubblica, rappresentati dalle amministrazioni stipulanti.

¹⁴¹ Sul punto Nigro aveva già in precedenza evidenziato la funzione moralizzatrice della esplicitazione della consensualità delle decisioni, sostenendo come “*l'accordo (fosse) molto più coerente con la democrazia amministrativa dell'imperatività basata su poteri astratti, anche se delineati da un legislatore politico*” (Nigro, *Conclusioni*, in Mascucci (a cura di), *L'Accordo nell'azione amministrativa*, in *Quaderni del Formez*, 1988, p. 84). Come già aveva sostenuto Mascucci, richiamato da Greco in *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, 2003, p. 77, questa nuova impostazione “*segna il passaggio da un'amministrazione pubblica che impone obblighi ad una pubblica amministrazione che stringe obbligazioni*”.

¹⁴² Oltre agli esempi già sopra richiamati, non si può non accennare alle convenzioni tra enti locali, già previste, seppur con pochissima anticipazione temporale rispetto alla l. 241/1990, nell'articolo 24 della legge 8 giugno 1990, n. 142 (Ordinamento delle autonomie locali), poi confluite nell'articolo 30 del decreto legislativo 8 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali).

¹⁴³ Tale impostazione risulta condivisa anche in G. G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, 2003, p. 84.

Con riferimento all'articolo 15, oggetto di analisi, un'interessante chiave di lettura, anche relativamente alla natura giuridica degli accordi, è fornita dal Consiglio di Stato che, in sede di espressione del parere sull'articolato proposto, riconduce tali strumenti a “«intese» tra due o più organi o enti pubblici in vista di coordinare tra di loro le iniziative (in qualche misura interferenti)” (¹⁴⁴). Tali accordi erano incasellati dal Consiglio di Stato nell'ambito degli «accordi di programma», quale forma di autolimitazione della discrezionalità della singola amministrazione finalizzata allo svolgimento armonico della propria competenza con quelle parallele esistenti in capo ad altre amministrazioni. Lo scopo di tale strumento, per il Consiglio di Stato, era da ricercarsi nella necessità di “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.” (¹⁴⁵).

Dalla loro introduzione nell'ordinamento le disposizioni di cui all'articolo 15 non hanno subito sostanziali modificazioni con riferimento alle categorie definitorie generali. Ciò che è interessante rilevare dal punto di vista sostanziale è che il legislatore non ha ritenuto opportuno delineare una disciplina peculiare o differenziarne nettamente i tratti, preferendo piuttosto rinviare ad alcune delle disposizioni relative proprio agli accordi verticali.

Dal punto di vista funzionale, non v'è dubbio che le disposizioni del comma 1 dell'articolo 15 della l. 241/1990 siano, volutamente, estremamente neutre e piuttosto vaghe, non essendo fornita alcuna definizione e prevedendosi invece unicamente il riconoscimento di una generica facoltà per le pubbliche amministrazioni di “concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune”. Ulteriore ma scarsa specificazione è fornita, come si è detto, dal richiamo, inserito al comma 2, ad alcune delle disposizioni dedicate agli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, peraltro unicamente “in quanto applicabili”. Tale tecnica normativa, piuttosto infelice e da sempre oggetto di accesa critica, lascia all'interprete

¹⁴⁴ Cons. di Stato, Adunanza generale, parere 19 febbraio 1987, n. 7, in Foro It., 1988 III, p. 22 e ss.

¹⁴⁵ Cons. di Stato, *ib.*

l'arduo – quanto ingrato – compito di decidere, di volta in volta, quali norme siano da ritenersi o meno operanti con riferimento a tale fattispecie (¹⁴⁶).

Il rinvio operato al comma 2 è rivolto alle disposizioni concernenti la forma scritta *ad substantiam* per la conclusione di tali accordi, salvo diversa disposizione di legge, e all'applicabilità dei principi contenuti nel codice civile con riferimento alle obbligazioni e ai contratti. Attraverso tale rinvio si specifica, inoltre, l'assoggettamento degli stessi ai controlli, riguardo ai quali il legislatore non può che riferirsi – la dottrina è in tal senso concorde – a quelli previsti per i provvedimenti i cui interessi e finalità gli accordi tra pubbliche amministrazioni mirano a soddisfare e dunque alle eventuali verifiche di legittimità o a quelle inerenti la sussistenza dei tradizionali vizi dell'atto amministrativo (¹⁴⁷).

Alla luce di tale breve disamina letterale del testo, il dettato normativo, quindi, specifica in via diretta unicamente la finalità che tale tipologia di accordo è chiamato a perseguire, rinviando sostanzialmente, per gli altri aspetti, alle disposizioni del codice civile.

Il Consiglio di Stato, in sede di espressione del citato parere sull'articolato proposto, non mancò di affrontare, seppure del tutto marginalmente e con qualche ambiguità, la questione relativa alla natura giuridica degli accordi: pur dovendosi ritenere che questi fossero da considerare rientranti nell'ambito dei contratti, sebbene con le loro peculiarità, nel parere si esprimeva l'opportunità che fossero tuttavia le singole leggi di settore ad “*anticipare qualche proposizione in materia, confidando – per la delineazione della disciplina – sulla lettura che sarà data dalla normativa dagli interpreti (soprattutto in sede giurisprudenziale).*” (¹⁴⁸).

È interessante notare come nel testo iniziale della proposta fosse presente il rinvio unicamente alla disciplina delle obbligazioni e non a quella dei contratti, poi introdotto, con ogni probabilità, proprio in ragione del parere appena richiamato.

¹⁴⁶ Tale tecnica normativa è stata peraltro oggetto di un'attenta riflessione dottrinale con riferimento alla circostanza se fosse opportuno considerare gli accordi orizzontali inquadrabili all'interno della più grande e generale categoria degli accordi verticali.

¹⁴⁷ Cfr. sul punto, seppur con riferimento agli accordi verticali, G. Greco, *op. cit.*, p. 86-87.

¹⁴⁸ Cons. di Stato, *ib.*

L'impianto normativo brevemente sintetizzato ha subito successivamente solo limitate modificazioni, seppur non di poca importanza, e peraltro in via indiretta, in ragione del rinvio operato alle disposizioni di cui all'articolo 11, concernenti gli accordi verticali.

Dapprima è stata spostata la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con riferimento agli accordi all'interno del codice del processo amministrativo (articolo 133, comma 1, lettera a), numero 2)¹⁴⁹) e da ultimo, nel 2012, è stato inserito l'obbligo di motivazione per tutte le tipologie di accordo. Elemento quest'ultimo da tenere in dovuta considerazione ai fini della corretta collocazione giuridica dell'istituto: come si cercherà di approfondire in seguito, l'ascrivibilità degli accordi amministrativi al novero dei negozi giuridici di diritto privato, suggerita dal dettato normativo, che rinvia ai principi propri dei contratti, subisce un qualche temperamento laddove si inserisca l'obbligo di motivazione dell'atto, del tutto estranea alla disciplina del contratto.

Parte della dottrina (¹⁵⁰) non ha mancato peraltro di sottolineare come il mancato richiamo delle disposizioni di cui al comma 4 dell'articolo 11, concernenti la possibilità di recedere unilateralmente dall'accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, salvo la corresponsione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno della controparte, comporti l'impossibilità per le pubbliche amministrazioni sottoscriventi di esercitare tale diritto. Sul punto non sembra potersi del tutto essere concordi. Il presupposto giuridico di tale mancato richiamo risiede, con ogni evidenza, nell'impossibilità di concepire un'amministrazione in posizione prevalente rispetto ad un'altra, dovendo ad esse garantire l'assoluta parità in ragione dell'evidente impossibilità di predeterminare *ex lege* la prevalenza di un interesse pubblico sull'altro.

L'astratta possibilità di una revisione del contenuto dell'accordo non sembra possa essere esclusa. Ciò in ragione del rinvio indiretto operato alle disposizioni del

¹⁴⁹ La legittimità costituzionale di tale devoluzione di giurisdizione è stata da ultimo confermata dalla Corte costituzionale. La Consulta si è pronunciata in particolare con riferimento all'ipotesi delle convenzioni urbanistiche e agli atti d'obbligo che siano oggetto di ricorso da parte della pubblica amministrazione e non del privato (sentenza 15 luglio 2016, n. 179).

¹⁵⁰ Sticchi Damiani E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, p.116; Ferrara R., *Gli accordi di programma*, Cedam, Padova, 1993, p. 70; N. Bassi, *Accordi amministrativi verticali e orizzontali: la progressiva ibridazione dei modelli*, in Cammelli (a cura di), p. 453.

codice civile in materia di obbligazioni e contratti, nell'ambito delle quali, come noto, le parti ben possono procedere ad una nuova valutazione dei propri interessi, pervenendo ad una diversa composizione del sinallagma contrattuale. Né forse potrebbe astrattamente ritenersi vietata, ove vi sia il consenso della controparte, l'inclusione di una clausola risolutiva espressa al ricorrere di determinate condizioni. In tal caso l'apposizione di un simile elemento presupporrebbe unicamente l'esplicitazione in via preventiva di una diversa valutazione dell'interesse pubblico in ragione dell'avverarsi di un evento individuato, con riferimento alla quale l'altra amministrazione, fin dal momento genetico dell'accordo, risulterebbe consapevole e consenziente.

Una simile lettura sembra poter trovare riscontro anche nella giurisprudenza amministrativa che vede le amministrazioni pubbliche protagoniste dell'accordo in una posizione di equiordinazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 3849/2013), *“tanto che l'interesse di un ente pubblico non può essere ritenuto prevalente rispetto a quello fatto valere da (un altro soggetto) facente parte dello stesso accordo”* (così più di recente T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, sentenza 27 luglio 2015, n. 10295).

In tale ottica il rinvio alle disposizioni del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili, è letta quale ulteriore elemento di conferma e rafforzamento di tale assunto. Secondo il collegio *“ciò costituisce la prova che si tratta di fattispecie del tutto distinta la cui diversa regolamentazione è giustificata proprio dalle differenti posizioni che assumono i contraenti nei due modelli (equiordinazione nell'accordo ex art. 15 e supremazia dell'ente pubblico in quello ex art. 11) e dai distinti interessi perseguiti (tutti pubblici nell'accordo ex art. 15, a differenza di quanto avviene nell'accordo ex art. 11 in cui si “scontrano” interessi pubblici e privati)”* (T.A.R. Lazio, *cit.*).

Ciò premesso una parte della giurisprudenza e della dottrina ritiene configurabile una diversa impostazione secondo la quale l'amministrazione, essendo chiamata a perseguire sempre e comunque l'interesse pubblico ad essa affidato, non potrebbe subire alcuna compressione in tal senso. Da questo assunto i sostenitori di tale ricostruzione pervengono alla conclusione di dover riconoscere, anche con riferimento agli accordi conclusi ai sensi dell'articolo 15 della legge n. 241 del 1990, la possibilità di consentire lo scioglimento in via unilaterale del vincolo, in ragione del principio di inesauribilità del potere amministrativo (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 23 novembre 2011, n. 6162).

Tale approccio interpretativo è censurato da altra parte della giurisprudenza che evidenzia come l'istituto dell'articolo 15 della legge n. 241 del 1990 riveste carattere organizzativo e non è pertanto idoneo a determinare un mutamento del riparto delle competenze amministrative dei soggetti coinvolti. Elemento caratterizzante dell'accordo sarebbe pertanto, come in parte si è avuto modo di accennare *supra*, la circostanza per la quale l'assetto di interessi in esso definito dovrebbe ritenersi mutabile solo con il necessario consenso di tutte le parti e non di una singola amministrazione, principio del resto ricavabile alla luce dell'applicabilità degli articoli 1372, 1373, 1374, 1375 e, non ultimo, dell'articolo 1467 del codice civile.

Gli elementi di differenziazione degli accordi orizzontali rispetto a quelli verticali non si esauriscono, tuttavia, unicamente in quelli appena evidenziati. I primi, infatti, potrebbero soddisfare anche l'ulteriore esigenza di adottare provvedimenti di carattere generale, di elaborare atti normativi, o ancora di pianificazione e di programmazione, ipotesi queste del tutto escluse con riferimento agli accordi verticali, secondo quanto previsto dal comma 1 dell'articolo 13 della legge n. 241 del 1990.

Sin qui si è cercato di fornire unicamente alcuni elementi preliminari di lettura del dato normativo e delle ragioni ad esso sottese, utili per l'ulteriore proseguimento dello studio. Ciò che ora occorre affrontare è l'approfondimento del rapporto tra tale strumento e la disciplina europea degli appalti pubblici, atteso che le attività che possono essere oggetto degli accordi tra pubbliche amministrazioni potrebbero essere a pieno titolo inscrivibili nell'ambito di prestazioni contrattuali: come è noto, infatti, le pubbliche amministrazioni per non pochi dei propri fini istituzionali possono rivolgersi anche ad operatori esterni. Esiste, in altri termini, almeno in astratto, un possibile contrasto?

2.2. Gli accordi tra enti nel settore pubblico nel diritto e nella giurisprudenza europei

Se dunque è ormai consolidato l'utilizzo da parte delle Pubbliche Amministrazioni di accordi finalizzati alla cooperazione cd. "non istituzionalizzata" o "orizzontale", la riconducibilità delle pubbliche amministrazioni nel novero degli

operatori economici, unita alla estrema malleabilità dello strumento dell'accordo, può generare interferenze con la disciplina di tutela della concorrenza di rilievo europeo e in particolare degli appalti? E se sì, in quali condizioni?

In via preliminare occorre precisare che non solo nell'ordinamento italiano sono presenti strumenti convenzionali tra soggetti pubblici e dunque è possibile analizzare il tema seguendo le differenti prospettive offerte dalle diverse declinazioni che l'istituto in questione possiede in altri contesti, attraverso le pronunce della Corte di Giustizia europea.

Nell'ordinamento spagnolo, le disposizioni di recepimento delle direttive 93/36/CEE e 93/37/CEE, concernenti le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, rispettivamente, di forniture e di lavori, escludevano dall'ambito di applicazione della *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, “*gli accordi di collaborazione conclusi tra l'amministrazione generale dello Stato, da una parte, e la previdenza sociale, le comunità autonome, gli enti locali, i loro organismi autonomi e qualsiasi altro ente pubblico, dall'altra, oppure tra tali organismi*”⁽¹⁵¹⁾.

Nel 2000, la Commissione europea aveva contestato alla Spagna tale esclusione operata in via generale, in ragione della possibilità che tali accordi, conclusi tra soggetti distinti, potessero avere la natura di appalti pubblici e dunque comportare un'elusione dell'applicazione delle direttive.

La Corte di Giustizia, su ricorso della Commissione, nella sentenza 13 gennaio 2005 causa C-84/03, ebbe modo di pronunciarsi piuttosto superficialmente sul punto, affermando il contrasto della normativa spagnola con la disciplina recata dalle direttive 93/36 e 93/37. Le motivazioni della decisione si fondavano su un generico richiamo ai principi enunciati dalla sentenza Teckal⁽¹⁵²⁾, senza affrontare, nel dettaglio, le

¹⁵¹ Art. 3, comma 1, lett. c), del Real Decreto Legislativo 16 giugno 2000, n. 2: “*Quedan fuera del ámbito de la presente Ley: (...) c) los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí*”.

¹⁵² La sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98 Teckal, ai fini dell'esistenza di un contratto, aveva affermato la necessità di “*un incontro di volontà tra due persone distinte*”, essendo per ciò sufficiente “*che il contratto (fosse) 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*”.

caratteristiche e le modalità delle possibili forme di cooperazione e soprattutto la sussistenza di elementi di differenziazione tra contratto e accordo.

Da tale ricostruzione interpretativa, di carattere eminentemente sostanzialistico, è possibile ricavare che i rapporti, c.d. di “cooperazione interna”, stabiliti tra le amministrazioni pubbliche, i loro organismi pubblici e, in generale, gli enti di diritto pubblico non commerciali, indipendentemente dalla natura di tali rapporti – per usare le parole della Corte – potevano essere ritenuti esclusi dall’applicazione delle direttive unicamente nell’ipotesi o della sussistenza di un controllo analogo di un soggetto nei confronti dell’altro e della realizzazione della parte più importante della sua attività a vantaggio dei controllanti o, *ex adverso* – è possibile argomentare – dell’assenza del carattere di onerosità del rapporto.

Se è vero che la Corte ha affermato l’inscrivibilità in astratto del modulo convenzionale nell’ambito della disciplina degli appalti pubblici, è altrettanto vero che pronunce successive hanno cercato di approfondire – decisamente in maniera più articolata e consapevole – gli elementi e le caratteristiche concrete dell’accordo ai fini della sua assoggettabilità o meno a tale disciplina.

Il cimentoso percorso interpretativo seguito dalla Corte si può dire sia stato guidato e puntellato dalla necessità di operare un corretto bilanciamento, da un lato, tra i principi di libera circolazione degli operatori e di libera concorrenza e, dall’altro, con altri principi egualmente rilevanti, quali quello di economicità dell’azione amministrativa e dalla constatazione dell’assenza di un obbligo per le autorità pubbliche di ricorrere a soggetti esterni ai fini dell’esercizio delle proprie funzioni, potendovi queste far fronte o direttamente o mediante collaborazione con altre pubbliche autorità ⁽¹⁵³⁾.

La giurisprudenza europea già nella Causa C-480/06, Commissione delle Comunità europee c/ Repubblica Federale di Germania, aveva avuto modo di affrontare,

“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”.

¹⁵³ *Ex multis*, C-26/03 dell’11 gennaio 2005, C-295/05 del 19 aprile 2007, C-324/07 del 13 novembre 2008, relative ad altri strumenti di tali forme di raccordo, lato sensu intese, quali società partecipate, consorzi, associazioni intercomunali, cooperative.

nell'ottica dei trattati, l'ipotesi di accordi di cooperazione tra amministrazioni pubbliche aggiudicatrici finalizzati all'esecuzione congiunta di compiti comuni d'interesse pubblico.

La controversia trae origine da una segnalazione della Commissione nei confronti della Repubblica Federale di Germania, ritenuta inadempiente rispetto all'allora vigente direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi. In particolare, alcuni *Landkreise* (circoscrizioni amministrative), senza l'esperimento di alcuna procedura formale di ambito comunitario, avevano concluso direttamente con i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo un appalto relativo allo smaltimento dei rifiuti nel nuovo impianto di termovalorizzazione, destinato a produrre energia elettrica e calore. Il contratto, di durata ventennale, prevedeva la riserva di determinati quantitativi ai *Landkreise* dietro il pagamento di un prezzo, calcolato secondo la stessa formula per ciascuna delle parti interessate e corrisposto al gestore dell'impianto.

Lo Stato tedesco, in risposta alle contestazioni mosse dalla Commissione, aveva sostenuto la legittimità del proprio operato, in quanto il contratto avrebbe perfezionato “un accordo sull'esecuzione in comune di una funzione di servizio pubblico spettante ai *Landkreise* interessati e alla città di Amburgo” ⁽¹⁵⁴⁾, integrante una forma di reciproca assistenza amministrativa a fronte della quale era richiesto unicamente il rimborso dei costi di funzionamento. Tale attività peraltro, si sosteneva, svolgendosi nella sfera statale, non poteva incidere in alcun modo sul mercato e dunque ritenersi confliggente con la normativa sugli appalti pubblici.

La Corte di Giustizia ha preliminarmente confermato la piena applicabilità della direttiva anche nell'ipotesi di conclusione di contratti tra enti pubblici di cui uno in qualità di “prestatore di servizi” e la non configurabilità di alcuna forma di controllo da parte dei *Landkreise* nei confronti tanto della propria controparte contrattuale quanto del gestore dell'impianto. Ciò premesso la Corte ha tuttavia sostenuto, nella fattispecie *de qua*, la sussistenza di “una cooperazione tra enti locali finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi, ossia lo

¹⁵⁴ Lettera del 30 giugno 2004 inviata alla Commissione, la Repubblica federale di Germania.

smaltimento di rifiuti” (¹⁵⁵), in attuazione di quanto previsto dalla direttiva 75/442/CEE, relativa ai rifiuti.

Il giudice europeo ha ritenuto sul punto particolarmente rilevanti due elementi. In primo luogo, la circostanza per la quale la costruzione dell’impianto di trattamento dei rifiuti era stata resa possibile proprio in virtù della conclusione di tale accordo tra le diverse amministrazioni locali, che, esso solo, poteva garantire la piena sostenibilità, anche dal punto di vista finanziario, dell’opera.

In secondo luogo, i *Landkreise* non si obbligavano unicamente al pagamento del prezzo a fronte del conferimento dei rifiuti, peraltro corrisposto direttamente al gestore, ma si impegnavano altresì a garantire, in favore della controparte, la messa a disposizione della capacità ricettiva delle proprie discariche non utilizzate, anche ai fini dello smaltimento degli scarti dell’impianto di termovalorizzazione.

L’accordo, concluso esclusivamente tra soggetti pubblici, non era quindi in alcun modo preclusivo all’esperimento di procedure finalizzate alla selezione di operatori ai fini della costruzione e gestione di impianti e pertanto non si poneva in contrasto con la disciplina europea.

Nell’esercizio delle proprie funzioni le autorità pubbliche, si legge, non sono in alcun modo costrette a ricorrere a soggetti esterni, potendovi far fronte o direttamente o mediante rapporti di collaborazione con altre pubbliche autorità, per i quali il diritto europeo non impone alcun modello giuridico determinato. Ai fini della tutela di principi di libera concorrenza e circolazione dei servizi, ciò che rileva è, per la Corte, che *“l’attuazione di tale cooperazione (sia) retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d’interesse pubblico (e che sia) salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati (...), cosicché nessuna impresa privata viene posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti”* (¹⁵⁶).

L’importanza assunta dal tema è ben sottolineata nel libro verde del 2011 sulla modernizzazione della politica dell’Unione Europea in materia di appalti pubblici (¹⁵⁷) nel quale un intero paragrafo è dedicato alla cooperazione pubblico-pubblico. Nel

¹⁵⁵ Sentenza CGUE, 9 giugno 2009, causa C-480/06.

¹⁵⁶ Così il punto 47 della pronuncia in esame.

¹⁵⁷ 27 gennaio 2011, COM(2011) 15 definitivo.

documento, pur ribadendosi la necessità di applicare le disposizioni in materia di appalti a contratti conclusi tra amministrazioni pubbliche, si riconosce l'insufficienza del dato normativo europeo rispetto alla qualificazione di determinate forme di cooperazione come anche l'incertezza delle pubbliche amministrazioni nell'applicazione in concreto delle diverse fattispecie.

Proprio seguendo il percorso, già utilizzato dalla Corte di Giustizia, della necessità di garantire l'esercizio del diritto di autorganizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici – e dunque consentire la possibilità che queste possano concludere tra di loro accordi per lo svolgimento delle proprie funzioni – si afferma l'opportunità di separare nettamente tali ipotesi dalle fattispecie per le quali è necessario invece garantire la più ampia partecipazione degli operatori economici.

Nel documento erano oggetto di analisi tre diverse forme di cooperazione. In primo luogo, erano evidenziate quelle di tipo interno, per le quali la Corte ha escluso l'applicazione della disciplina degli appalti al ricorrere degli elementi del controllo analogo, anche in forma congiunta (c.d. cooperazione verticale o istituzionalizzata), e della prevalenza dell'attività svolta in favore delle controllanti.

Secondariamente erano indicate con particolare interesse le forme di cooperazione a livello puramente contrattuale (c.d. cooperazione orizzontale o non istituzionalizzata), ai fini dello svolgimento in forma congiunta di funzioni istituzionali, concluse esclusivamente tra enti pubblici e finanziate attraverso risorse proprie.

Accanto a tali fattispecie, oggetto peraltro delle pronunce sopra illustrate, il libro verde richiama altresì le ipotesi di *“trasferimento di competenze di una funzione pubblica da un'amministrazione ad un'altra”*, per le quali poteva ritenersi esclusa l'applicazione delle disposizioni in materia di appalti unicamente qualora si fosse integrato un effettivo passaggio delle competenze da un ente all'altro.

La consapevolezza di un quadro normativo carente e di una giurisprudenza non sempre univoca e chiara nell'individuare le fattispecie di accordo compatibili con l'ordinamento europeo ha spinto l'adozione proprio nel 2011 di alcuni orientamenti sull'interpretazione delle pronunce europee elaborati da parte dei servizi della Commissione europea.

Nel documento, attraverso una lettura sistematica delle diverse pronunce della Corte europea, sono enucleati i tre elementi necessari ai fini dell'esclusione dell'accordo

dall'applicazione della disciplina sugli appalti: in primo luogo, non possono parteciparvi capitali privati, in secondo luogo essa deve avere ad oggetto una "cooperazione reale", avente cioè ad oggetto lo svolgimento di un comune fine istituzionale e la suddivisione di responsabilità, ed, infine, devono ricorrere considerazioni di interesse pubblico.

L'accordo non deve prevedere necessariamente lo svolgimento degli stessi compiti da parte dei partecipanti anche in ragione delle peculiarità degli enti coinvolti, fermo restando tuttavia il raggiungimento di un obiettivo comune, che lascia presupporre l'esistenza, nell'ottica dell'ordinamento europeo, di una identica funzione amministrativa in capo agli enti, o attribuita quale fine istituzionale o che comunque può essere "legittimamente svolta" ⁽¹⁵⁸⁾.

Con riferimento alla astratta possibilità di svolgere la funzione, occorre domandarsi se la previsione di fini istituzionali volutamente generici ed indicativi possa essere fonte di elusione della disciplina europea. Ci si riferisce in particolare alla definizione offerta dal testo unico degli enti locali con riferimento ai Comuni, ai quali, si prevede, spettano *"tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico"* (art. 13 del decreto legislativo n. 267 del 2000).

Da ultimo, un elemento di particolare rilevanza è costituito dalla necessità che gli enti sottoscrittori non abbiano prevalente vocazione commerciale, cioè non si pongano in diretta concorrenza con operatori privati, al fine di evitare che il perseguimento di obiettivi uguali o simili a quelli di soggetti privati comporti una distorsione del mercato e la violazione del principio della parità di trattamento.

Alla luce di tali condizioni, ciò che sembra rilevare, nell'ottica europea, non è pertanto il *nomen iuris* dato dalle parti all'atto *lato sensu* inteso, ritenendosi invece fondamentale effettuare un'analisi concreta dei diversi elementi costitutivi dello stesso e del fine concretamente perseguito dai partecipanti.

È curioso constatare che poco dopo si susseguirono numerose pronunce del giudice europeo concernenti il corretto inquadramento degli accordi stipulati ai sensi

¹⁵⁸ Par. 3.3.1 del Documento di lavoro dei servizi della Commissione concernente l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico") SEC (2011) 1169 def., del 4 ottobre 2011.

dell'art. 15 della legge n. 241 del 1990 nell'ambito della disciplina europea in materia di appalti pubblici.

La pronuncia sicuramente più significativa sul tema è stata originata dal rinvio pregiudiziale effettuato dal Consiglio di Stato ⁽¹⁵⁹⁾. La controversia concerneva l'affidamento diretto, da parte dell'Azienda sanitaria locale di Lecce, di un incarico di studio e valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia all'Università di Lecce, nei confronti del quale l'Ordine degli ingegneri aveva proposto ricorso.

Le parti contraenti avevano sostenuto la riconducibilità del contratto agli accordi di cui all'art. 15 della legge n. 241 del 1990 e l'assenza di una remunerazione economica per l'Università, essendo corrisposto dall'Azienda sanitaria unicamente un rimborso delle spese sostenute dall'Ateneo. Ciò premesso, il Consiglio di Stato evidenziava un possibile contrasto delle disposizioni interne con la disciplina europea, in ragione della ascrivibilità delle Università alla categoria degli operatori economici e della riconducibilità delle prestazioni svolte alle categorie di servizi individuate all'interno della direttiva europea in materia di appalti.

La Corte di Giustizia si è pronunciata ritenendo che il contratto stipulato tra l'Università e la ASL non potesse rientrare tra le fattispecie escluse dall'applicazione della disciplina europea in materia di appalti. La prestazione era da infatti ricondursi ad un'attività di consulenza per la quale era possibile rivolgersi ad altri operatori presenti sul mercato (architetti o ingegneri) e non integrante attività di ricerca scientifica. In ragione di tale circostanza era da ritenersi pertanto escluso l'elemento necessario dello svolgimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti contraenti.

Era considerata peraltro fonte di ulteriore criticità la possibilità per l'Università, ai fini dello svolgimento di alcune prestazioni, di rivolgersi a collaboratori esterni, potendo tale situazione comportare una posizione di vantaggio di alcuni operatori privati rispetto ad altri.

L'impostazione interpretativa seguita nell'ordinamento europeo ha determinato nel contesto italiano, con ogni evidenza, una nuova lettura dell'istituto dell'accordo di

¹⁵⁹ Sentenza 19 dicembre 2012, causa C-159/11. Di identico tenore sentenze 16 maggio 2013, causa C-564/11, 20 giugno 2013, causa C-352/12 e, con riferimento ad un accordo concluso tra enti locali tedeschi, cfr. sentenza 13 giugno 2013, causa C-386/11.

cooperazione orizzontale, da parte della giurisprudenza amministrativa ed erariale e dell'Autorità nazionale competente in materia di appalti pubblici.

Già nel 2010 l'allora Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nell'individuare gli "elementi di compatibilità" dell'accordo rispetto alla disciplina europea, aveva affermato che, al fine di garantire il perseguimento della libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza, *"la collaborazione tra amministrazioni non può trasformarsi in una costruzione di puro artificio diretta ad eludere le norme menzionate e gli atti che approvano l'accordo, nella motivazione, devono dar conto di quanto su esposto"* ⁽¹⁶⁰⁾.

In tale ottica lo *"svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune"* deve comportare la disciplina da parte dell'accordo di *"un'attività che risponde non solo all'interesse di entrambe le parti, ma che è anche comune"* esprimendo pertanto un rapporto di collaborazione reciproca complementare e sinergica ⁽¹⁶¹⁾.

Se invece l'accordo comporta unicamente uno scambio di cosa contro prezzo, e dunque uno scambio di prestazioni corrispettive, l'atto dovrà essere assoggettato alla disciplina del contratto e, dunque, alle disposizioni degli appalti pubblici.

Con riferimento a questo punto la Corte dei conti ha sottolineato come il passaggio di denaro da un soggetto all'altro non può in alcun modo ricomprendere il costo di funzionamento di uno dei due partecipanti, dovendosi limitare a ciò che può considerarsi strettamente necessario per il servizio ⁽¹⁶²⁾.

¹⁶⁰ AVCP, determinazione 20 ottobre 2010, n. 7.

¹⁶¹ AVCP, cit. Il Consiglio di Stato ha, per esempio, considerato pienamente compatibile con la disciplina europea un accordo tra Sistema sanitario della Regione Liguria e i Vigili del Fuoco al fine di organizzare il servizio di elisoccorso. In tale caso, *"l'accordo tra le amministrazioni interessate può considerarsi lo strumento più atto a garantire una forma di coordinamento per il soddisfacimento del pubblico interesse ed idonea a comporre in un quadro unitario gli interessi pubblici di cui ciascuna amministrazione è portatrice: nella fattispecie, la Regione Liguria, nella propria competenza di gestire il servizio sanitario regionale; i Vigili del Fuoco, nella propria competenza istituzionale di assicurare gli interventi tecnici volti a salvaguardare l'incolumità delle persone in situazioni di urgenza"*, così in CdS, Sez. III, 16 dicembre 2014, n. 6014.

¹⁶² Deliberazione n. SCCLEG/2/2015/PREV. In tale deliberazione di controllo peraltro la Corte dei conti non sembra evidenziare con la dovuta attenzione gli altri elementi individuati dalla giurisprudenza europea con riferimento agli accordi. In particolare, dall'esame degli elementi dell'accordo oggetto di parere preventivo si evince come l'unico apporto dell'amministrazione statale fosse il conferimento del finanziamento, snodo che avrebbe far dovuto propendere alla riconducibilità dell'accordo nel novero dei contratti.

Il Consiglio di Stato è arrivato a posizioni coerenti con tale impostazione dopo aver percorso non sempre sentieri argomentativi del tutto coerenti e soprattutto dopo aver sostenuto tesi anche diametralmente opposte. Nella pronuncia della Sez. V, 10 settembre 2010, n. 6548, i principi dedotti dalla sentenza della CGUE relativa alla causa C-305-08 venivano letti nel senso di ritenere ampiamente rimesso alla libera valutazione delle pubbliche amministrazioni autodeterminarsi circa lo strumento da utilizzare per la cooperazione, essendo ben possibile concludere convenzioni per l'esecuzione di attività di ricerca e consulenza anche mediante convenzioni con enti pubblici e privati, sulla base di quanto previsto dall'art. 66 del D.P.R. n. 382 del 1980 nell'ambito del quale, come si avrà modo di approfondire *infra* (cfr. cap. 3), sono espressamente previsti "proventi". Questi ultimi, per espressa definizione normativa contenuta nel citato art. 66, non si limitano a ricomprendere "*le spese per l'espletamento dell'incarico, ivi comprese quelle per il personale impiegato*" ma, potendo anche "*essere destinati all'acquisto di materiale didattico e scientifico, e a spese di funzionamento delle diverse strutture accademiche*", sembrano lasciar pensare ad un *quid pluris* rispetto al mero rimborso spese.

Sulla base di tale ricostruzione pertanto il Consiglio di Stato inseriva tali convenzioni nel quadro delle finalità di interesse pubblico perseguite dalle università, non proponendo tuttavia alcun tipo di riflessione con riferimento alla sussistenza o meno di un "interesse comune", alla base invece della corretta qualificazione delle convenzioni concluse ai sensi dell'art. 15 della legge n. 241 del 1990 ed elemento di ulteriore e reale caratterizzazione dell'istituto convenzionale, lo si ricordi, rispetto a quello contrattuale.

La logica dello scambio è stata ritenuta anche dal Consiglio di Stato del tutto estranea alla *ratio* dell'accordo solo successivamente ⁽¹⁶³⁾. In tale ottica sono stati pertanto ricondotti alla natura contrattuale quei rapporti nei quali era riscontrabile non un "*coordinamento di convergenti attività di interesse pubblico*" ma una composizione di "*un contrasto di interessi tra l'ente pubblico che, da un lato, grazie all'attività scientifica da esso istituzionalmente svolta, offre prestazioni di ricerca e consulenza deducibili in contratti di appalto pubblico di servizi e l'ente che, conformandosi a precetti normativi, richiede tali prestazioni in quanto strumentali allo svolgimento dei*

¹⁶³ Cfr. *ex multis* CdS, Sev. V, 15 luglio 2013, n. 3849 e Sez. II, 28 novembre 2012, n. 9004.

propri compiti di interesse pubblico”, ciò in quanto in essi era evidente “la logica dello scambio economico sugellata dalla previsione di un corrispettivo, calcolato secondo il criterio del costo necessario alla produzione del servizio e dunque in perfetta aderenza allo schema tipico dei contratti di diritto comune ex art. 1321 c.c.” (164).

Anche l’Autorità nazionale anticorruzione è intervenuta più volte sul tema e da ultimo in un parere reso al Ministero della Giustizia con riferimento alla possibilità di sottoscrivere accordi con le Università ai fini della *“creazione e diffusione di modelli organizzativi improntati a principi di trasparenza, economicità ed efficacia dell’azione amministrativa, al fine di favorire l’innovazione organizzativa, la digitalizzazione e una più razionale gestione delle spese di funzionamento degli uffici giudiziari”*.

In tale parere l’Autorità arriva ad affermare espressamente come, sulla base della giurisprudenza europea in materia, *“gli accordi tra PA 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 appalti 2004/18/CE” (165).*

In ragione di tale opzione ermeneutica, l’Autorità perviene alla conclusione per cui qualora l’ente pubblico “si comporti” da operatore economico in sede di conclusione dell’accordo, e cioè quale *“prestatore di servizi e verso un corrispettivo, anche non implicante il riconoscimento di un utile economico ma solo il rimborso dei costi, 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” (166).*

Ciò che fa propendere l’Autorità verso tale impostazione interpretativa è la circostanza per la quale l’accordo non può essere finalizzato a *“comporre un conflitto di interessi di carattere patrimoniale”* quanto a determinare una *“«sinergica convergenza» su attività di interesse comune, pur nella diversità del fine pubblico perseguito da ciascuna amministrazione” (167).*

¹⁶⁴ Così CdS, Sez. V, 30 settembre 2013, n. 4832. In tal senso anche Sez. I, 17 aprile 1996 n. 3670, 16 gennaio 2015, n. 84 e parere Sez. II, 11 marzo 2015, n. 972/2013. In tal senso cfr. anche il parere n. 567 del 31 maggio 2017, reso dall’Autorità nazionale anticorruzione.

¹⁶⁵ Parere n. 567 del 31 maggio 2017, reso dall’Autorità nazionale anticorruzione.

¹⁶⁶ ANAC, *ib.*.

¹⁶⁷ ANAC, *ib.*.

Fermi restando quegli elementi individuati in sede giurisprudenziale, la mancanza assoluta di ogni riferimento nella disciplina europea degli appalti all'istituto dell'accordo ha indotto il legislatore europeo all'individuazione a livello normativo, con un maggior grado di dettaglio, di quelle caratteristiche per le quali è possibile ritenere esclusa l'applicazione delle disposizioni in materia di appalti. Le direttive del 2014 hanno per la prima volta tentato di individuare, in via diretta, alcuni elementi sui quali si avrà modo di soffermarsi *infra* nell'ambito del paragrafo concernente il codice dei contratti pubblici.

2.3. Gli accordi tra amministrazioni aggiudicatrici nelle direttive del 2014 e nel d.lgs. 50/2016: una nuova prospettiva?

Nel contesto normativo e giurisprudenziale, europeo e nazionale, sopra delineato si inseriscono le direttive del 2014 (direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, 2014/24/UE sugli appalti pubblici e 2014/25/UE sulle procedure di appalto nei settori speciali).

All'interno del considerando 31 della direttiva concernente gli appalti pubblici il legislatore europeo prende atto di *“una notevole incertezza giuridica circa la misura in cui i contratti conclusi tra enti nel settore pubblico debbano essere disciplinati dalle norme relative agli appalti pubblici. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea a tale riguardo viene interpretata in modo divergente dai diversi Stati membri e anche dalle diverse amministrazioni aggiudicatrici. È pertanto necessario precisare in quali casi i contratti conclusi nell'ambito del settore pubblico non sono soggetti all'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici”*.

In tale contesto, continua il legislatore europeo, *“il solo fatto che entrambe le parti di un accordo siano esse stesse autorità pubbliche non esclude di per sé l'applicazione delle norme sugli appalti”*.

Una prima lettura superficiale di questi passaggi potrebbe suggerire una certa “disinvoltura” metodologica di fondo: il legislatore europeo non sembrerebbe cioè dare alcuna rilevanza alla diversa natura del contratto e dell'accordo, alla quale invece la giurisprudenza italiana, lo si è visto, continua ad assegnare una certa importanza,

quand'anche soltanto in termini di giurisdizione competente. Ciò che sembra lasciar pensare questa prima differenza è la volontà di affrontare il tema della cooperazione orizzontale in termini sostanziali, dando rilievo, nel solco della giurisprudenza della Corte di Giustizia, a monte, alla natura di “amministrazione pubblica” dei soggetti stipulanti e, a valle, al non determinarsi di una distorsione della dinamica concorrenziale. Cionostante i due termini – accordo e contratto – sono utilizzati in modo e in punti diversi all'interno della direttiva.

Il considerando 33 precisa, con riferimento all'oggetto, che la “*cooperazione potrebbe riguardare tutti i tipi di attività connesse alla prestazione di servizi e alle responsabilità affidati alle amministrazioni partecipanti o da esse assunti, quali i compiti obbligatori o facoltativi di enti pubblici territoriali o i servizi affidati a organismi specifici dal diritto pubblico*”. In tale ottica non è necessario che i servizi debbano essere “identici” potendo essi essere anche di natura “complementare”.

Nel ribadire il tipo di qualificazione soggettiva delle parti e la sussistenza di un pubblico interesse sottesa alla conclusione del *contratto*, si precisa che è indispensabile che “*nessun fornitore privato di servizi goda di una posizione di vantaggio rispetto ai suoi concorrenti*”.

Al fine di considerare sussistente una cooperazione tra amministrazioni il considerando in esame specifica, infine, che non è necessario “*che tutte le amministrazioni partecipanti si assumano la responsabilità di eseguire i principali obblighi contrattuali, fintantoché sussistono impegni a cooperare all'esecuzione del servizio pubblico in questione*”.

Nell'articolo il legislatore europeo interviene sulla materia *de qua* in due punti. L'art. 1, paragrafo 6, specifica puntualmente che: “*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 considerati questioni di organizzazione interna dello Stato membro interessato e, in quanto tali, esulano del tutto dalla presente direttiva*”.

Nel paragrafo 4 dell'articolo 12, poi trasfuso, come si vedrà, nel comma 5 dell'articolo 6 del d.lgs. n. 50 del 2016, si rileva un decisivo contrasto terminologico:

mentre il legislatore europeo individua ipotesi di esclusione di un *contratto*, il legislatore nazionale ha attribuito quegli elementi alla figura dell'accordo.

Nello specifico, non sono considerati rientranti nella disciplina della direttiva il *contratto* che:

- a) stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune;
- b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico;
- c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 % delle attività interessate dalla cooperazione.

La trasposizione elaborata, come si è anticipato, nell'articolo del codice dei contratti pubblici ha invece attribuito tali caratteristiche all'*accordo*. Tale differenza, non evidenziata con particolare attenzione, non deve essere considerata di scarsa importanza nell'ordinamento interno.

In primo luogo, per le modalità di conclusione dei due strumenti e di assoggettabilità a due regimi completamente diversi: per il contratto, con ogni ovvietà, devoluzione delle controversie alla giurisdizione ordinaria e piena applicabilità di tutti gli istituti civilistici, senza alcuna eccezione, per l'accordo, devoluzione delle controversie alla giurisdizione amministrativa e possibilità di applicare i principi civilistici solo in quanto compatibili.

Non fermandosi a queste prime elementari considerazioni, a ben vedere, devono essere evidenziate differenze ben più profonde. Nella direttiva il legislatore europeo sembrerebbe aver inteso escludere dall'ambito di applicazione quelle forme di cooperazione che, pur integrando una qualche forma di remuneratività per una delle due amministrazioni coinvolte, comunque siano sorrette da ragioni di pubblico interesse e dalla comunanza degli obiettivi e che, è questo il dato nuovo, non siano comunque in grado di provocare una distorsione della concorrenza, in ragione della circostanza che gli enti partecipanti svolgano sul mercato solo il 20% dell'attività.

Se così è, qual è o, *rectius*, quale dovrebbe essere dunque i margini di applicabilità dell'accordo tra pubbliche amministrazioni, atteso che il legislatore

europeo ha individuato nel *contratto* uno strumento di cooperazione tra pubbliche amministrazioni? L'unico margine di applicabilità, nell'ottica europea, potrebbe essere riferito agli accordi tra enti per l'esercizio in comune di funzioni amministrative, per come definito dal paragrafo 6 dell'articolo 1 della direttiva: ferma restando l'assenza di remuneratività, ciò che rileva è il “*trasferimento di competenze e responsabilità*”.

2.4. Il confine giuridico tra accordo e contratto

Da quanto sin qui esposto, guardando unicamente alla legge n. 241 del 1990, si può pervenire alla conclusione, proposta da parte della dottrina, di un ridimensionamento della centralità della dicotomia tra accordi orizzontali e accordi verticali. In particolare, pur riconoscendosi l'esistenza di alcuni profili di diversità tra le due forme di accordo, su tutte la possibilità o meno prevista dalla legge di recedere unilateralmente, si è cercato di dimostrare la sovrapponibilità tra i due modelli, attraverso la disamina dei relativi profili funzionali, strutturali e normativi (¹⁶⁸).

Tale lettura, proposta dalla dottrina oramai da un decennio, risulta certamente utile ai fini del superamento della distinzione ontologica tra soggetti pubblici e privati in veste di soggetti coinvolti nell'azione amministrativa – ottica che la diversa collocazione dei due articoli mirava certamente a rafforzare – e tuttavia non sembra risolvere il problema, qui oggetto di analisi, del rapporto tra tali forme negoziali e i contratti.

In ultima analisi, aver spostato in un secondo piano la diversa natura dei soggetti partecipanti dell'accordo sembra preannunciare la frizione tra accordo e contratto. Si prende spunto dalla c.d. “*ibridazione dei modelli degli accordi*” proposta da parte della dottrina in ragione, sostanzialmente, del nuovo ruolo assunto dai privati “*nello svolgimento diretto (omissis) di mansioni di oggettivo rilievo pubblicistico*” (¹⁶⁹). In

¹⁶⁸ N. Bassi, *op. cit.*

¹⁶⁹ N. Bassi, *op. cit.*, cita tra le altre perfino funzioni di produzione normativa (disciplinari di produzione necessari per il conseguimento della denominazione d'origine protetta) e funzioni provvedimentali (attestazione delle Soa, certificazioni ambientali), p. 472. Per altro profilo, come si è già avuto modo di accennare nel corso del primo capitolo, anche l'introduzione del comma 1 bis all'interno dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990 pone una serie di interrogativi con riferimento al rapporto tra azione

questo studio si vorrebbe tentare di compiere un ulteriore passo in avanti, cercando di approfondire il rapporto tra accordo e strumento contrattuale, cercando di pervenire a conclusioni analoghe ma da un opposto versante di osservazione: l'ibridazione e la confusione di utilizzo dei due istituti potrebbe essere frutto dell'ascrivibilità anche delle pubbliche amministrazioni nell'ambito della nozione giuridica di operatore economico. Se dunque, in altre parole, l'aver occupato i privati spazi tradizionalmente occupati dal potere pubblico ha contribuito ad attenuare la differenza tra accordi verticali e orizzontali, ancor di più la natura di operatore economico della pubblica amministrazione contribuisce a rendere sempre più difficoltoso distinguere l'accordo amministrativo dal contratto, e quindi discernere in modo corretto l'utilizzo dell'uno e dell'altro strumento.

A tale impostazione si contrappone la lettura fornita da parte della giurisprudenza che non ritiene applicabili, alle ipotesi dell'articolo 15 della legge n. 241 del 1990, le disposizioni di cui agli articoli 121 e 122 del codice del processo amministrativo, concernenti la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato in presenza di gravi violazioni delle disposizioni concernenti il codice dei contratti pubblici. Ciò in ragione della diversa *ratio* giuridica delle due discipline, ricavabile, tra gli altri, da un lato, dall'assenza di una antecedente procedura comparativa finalizzata alla scelta delle controparti pubbliche con le quali stipulare l'accordo, dall'altro, dall'assenza di "deroghe e temperamenti" con riferimento alla posizione di equiordinazione dei soggetti pubblici coinvolti (¹⁷⁰).

Con riferimento al tema del confine tra accordo e contratto, l'Autorità nazionale anticorruzione ha esplicitato come la necessaria "sinergica convergenza" su attività di interesse comune, ai fini della ascrivibilità dell'atto all'interno della categoria giuridica dell'accordo sarebbe assente nel caso in cui le prestazioni oggetto dello stesso siano *"annoverabili tra le attività di cui all'allegato II-A alla direttiva 2004/18 e (siano) destinate ad essere fatte proprie dall'Amministrazione affidante, in quanto strumentali rispetto ai compiti demandati dall'ordinamento a tali amministrazioni, con acquisizione*

amministrativa e attività di diritto privato. Molti autori hanno rintracciato in tali disposizioni una chiara volontà del legislatore di accedere alla tesi della capacità giuridica generale in capo ai soggetti pubblici. Cfr. in tal senso S. VALAGUZZA in *Società miste a partecipazione comunale*, Milano, 2012.

¹⁷⁰ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, sentenza 27 luglio 2015, n. 10295.

di una utilitas in via diretta delle stesse”⁽¹⁷¹⁾. In tale ottica tale *utilitas* sarebbe indice di una patrimonialità della prestazione e dunque sarebbe da ritenersi pienamente configurato un contratto, essendo il negozio inquadrabile nel paradigma generale desumibile dall’art. 1321 del codice civile ed essendo previsto del resto un corrispettivo, seppur calcolato unicamente prendendo a riferimento i costi vivi sopportati dall’amministrazione controparte.

Ciò che quindi rileva è la presenza di un’effettiva suddivisione di compiti tra le parti che si trovino tra loro in una posizione di equiordinazione e che semplicemente decidano di coordinare i rispettivi ambiti di intervento.

Tutto ciò premesso e considerato, è tuttavia doveroso sottolineare come la disciplina europea dei contratti pubblici avrebbe dovuto comportare un decisivo ridimensionamento dello strumento dell’accordo ai fini della realizzazione della cooperazione tra pubbliche amministrazioni. Probabilmente la precomprensione dell’istituto dell’accordo ha indotto il legislatore nazionale a non comprendere il vero elemento di novità proposto dalla direttiva: la possibilità di concludere contratti tra pubbliche amministrazioni esenti dall’applicazione delle disposizioni in materia di appalti pubblici anche ai fini della cooperazione, generando invece una modifica indiretta dei principi e delle caratteristiche peculiari dell’accordo ex art. 15 della legge n. 241 del 1990. Quest’ultimo ne risulta in particolare fortemente ridimensionato in quanto, oltre a non poter prevedere alcuna forma di remuneratività, risulta non più applicabile qualora una delle due parti fornisca più del 20% della propria attività sul mercato, costringendo la pubblica amministrazione a rinunciare a tale forma di cooperazione e a rivolgersi al mercato.

Ferme restando le peculiarità dovute alla trasposizione in ambito nazionale delle direttive europee, ciò che può comunque desumersi dalla lettura delle stesse è l’astratta applicabilità ad alcune forme di accordo della disciplina europea degli appalti. Ciò che rileva in ultima analisi è, lo si è visto, la capacità dell’atto negoziale *lato sensu* inteso a falsare la concorrenza, ad incidere sul mercato, a creare una posizione di privilegio di un operatore, in questo caso di natura pubblica, rispetto agli altri.

¹⁷¹ Parere ANAC n. 567/2017.

CAPITOLO III

LE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI CHE PARTECIPANO A PROCEDURE DI EVIDENZA PUBBLICA

1. La diversa prospettiva delle pubbliche amministrazioni partecipanti

Dopo aver affrontato la questione preliminare concernente la qualità di operatore economico in capo alle Pubbliche Amministrazioni e a seguito dell'analisi del delicato rapporto tra accordo amministrativo e contratto, in questa parte del lavoro si intende approfondire alcuni profili connessi con la partecipazione da parte delle Pubbliche Amministrazioni a procedure di evidenza pubblica.

Taluni profili, come si avrà modo di sottolineare, sono caratterizzati, al contempo, da notevole innovatività e problematicità all'interno dell'ordito dell'intricata tela del diritto amministrativo: il legislatore infatti, pur ammettendo ormai *expressis verbis* la possibilità per una Pubblica Amministrazione di partecipare a procedure di evidenza pubblica, non si occupa di disciplinare in modo espresso, neppure per sommi capi, il procedimento di formazione della *voluntas participationis*, né di elaborazione delle offerte, né tantomeno sembra avvedersi delle possibili interferenze con altri segmenti normativi, primo fra tutti la complessa ed articolata disciplina in materia di pubblicità, trasparenza e diritto di accesso.

Le ragioni di tale carenza normativa sono da individuarsi, non parrebbe potersi argomentare diversamente, nella percezione del legislatore di un'esigua esistenza in concreto del fenomeno, che, purtuttavia, come si avrà modo di evidenziare, sembra essere destinato ad assumere, *pro futuro*, una sempre maggiore rilevanza: in primo luogo, in ragione dei più recenti orientamenti forniti sia dalla giurisprudenza amministrativo-contabile, sia dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, che, come si è avuto modo di evidenziare nell'ambito del secondo capitolo, tendono a restringere e irrigidire sempre di più i margini di applicabilità dell'accordo amministrativo e, in secondo luogo, nella stessa volontà delle Pubbliche Amministrazioni.

Nell'attuale contesto di sistema, infatti, in cui il cittadino-utente sta dimostrando di maturare sempre maggiori aspettative rispetto all'efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, sembra non di poco momento proporre una riflessione sul perché una Pubblica Amministrazione potrebbe/dovrebbe avvertire l'esigenza di partecipare a procedure di evidenza pubblica in ruolo diverso da quello tradizionale di stazione appaltante.

La questione può essere osservata attraverso almeno due distinti punti di vista. Il primo e più immediato approccio spinge a valutare il miglioramento di efficienza che ciascuna amministrazione può raggiungere attraverso il migliore impiego dei fattori produttivi, che, si deve presumere, siano stati già organizzati per lo sviluppo di specifiche linee di azione attivate per il raggiungimento degli scopi istituzionali.

Si ipotizzi al riguardo il caso di un Ateneo che abbia programmato un corso di formazione ad elevato contenuto specialistico, assegnando, in relazione alle diverse materie e tematiche presenti nel programma da svolgere, le specifiche risorse umane e strumentali, che possono non risultare tuttavia impiegate per il loro massimo potenziale, ad esempio per la carenza di iscrizioni.

La differenza tra la capacità effettivamente utilizzata e quella potenzialmente utilizzabile potrebbe allora essere destinata a soddisfare, ad esempio, le esigenze formative di altra pubblica amministrazione mediante la partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica dalla quale ritrarre non solo la piena remunerazione dei fattori produttivi impiegati, e dunque una maggiore efficienza, ma, a margine, una quota di "utile" (la cui quantificazione è tutta da approfondire v. *infra*, par. 2.2.3.), da reimpiegare per la copertura di ulteriori bisogni istituzionali dell'Ateneo partecipante.

Sotto altro profilo e non troppo dissimilmente dalle finalità che potrebbero essere alla base di un accordo amministrativo, l'Ateneo potrebbe avere interesse a partecipare ad una procedura di evidenza pubblica anche al fine di un migliore perseguimento dei propri scopi istituzionali, in ragione dell'opportunità di poter ottenere conoscenze ed informazioni utili alla ricerca e all'approfondimento di determinate tematiche, anche attraverso la sinergia con altri soggetti provenienti dal settore privato che potrebbero essere individuati ai fini della costituzione di un raggruppamento temporaneo.

Altre possibili ipotesi potrebbero anche essere formulate con riferimento all'ambito sanitario: già da qualche anno la Consip ha attivato, ad esempio, tra le proprie convenzioni, la fornitura di servizi relativi alla gestione integrata della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro presso le pubbliche amministrazioni. Nell'ambito di tale fornitura sono presenti alcune prestazioni sicuramente erogabili da parte di enti pubblici, quali ad esempio, le visite mediche prescritte dall'art. 41, comma 2, del d.lgs. 81/2008 e dagli artt. 84 e 85 del d.lgs. 230/1995 o ancora lo svolgimento di accertamenti specialistici, esami strumentali e di laboratorio.

Prova del possibile interesse allo svolgimento da parte di enti pubblici di tale servizio risiede nella circostanza che spesso quest'ultimo è affidato in via diretta dalle Pubbliche Amministrazioni all'Istituto Nazionale per Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro o a enti del servizio sanitario nazionale. Nell'ottica che qui si propone è evidente che lo svolgimento di una simile attività possa essere utile allo sviluppo di certi canali di ricerca o ancora di un migliore impiego delle risorse umane e strumentali disponibili.

Come si è avuto modo di sottolineare *supra*, nel perdurante silenzio del legislatore, gli unici strumenti a disposizione di operatori e studiosi per delineare procedimenti e comportamenti non potranno che essere quelli rinvenibili nelle disposizioni generali vigenti in materia, per la lettura delle quali sarà tuttavia indispensabile, di volta in volta, una verifica del corretto bilanciamento tra i diversi principi coinvolti: come poter rendere tra loro compatibili, ad esempio, la tutela della concorrenza e della *par condicio* tra gli operatori con i principi di trasparenza e la disciplina in materia di accesso?

Se, ad esempio, le disposizioni vigenti in materia di trasparenza impongono la pubblicazione di determinati atti o impongono il dovere per la Pubblica Amministrazione di garantire l'accesso ai propri documenti, come sarà possibile conciliare queste esigenze con il necessario rispetto della segretezza dei partecipanti e delle relative offerte nelle fasi antecedenti l'aggiudicazione della procedura?

È indubbio che ci si sta per addentrare in un terreno davvero poco esplorato ma decisamente sfidante, che consente di avvicinarsi a nuove frontiere.

2. Analisi di scenario, *governance* ed ingegnerizzazione dei processi e dei procedimenti

2.1. La formazione della *voluntas participationis*

Come si è avuto modo di accennare in premessa, si ritiene che, in assenza di puntuali disposizioni normative, l'approfondimento delle modalità di partecipazione di un ente pubblico ad una procedura di evidenza pubblica non possa che essere ricostruito attraverso la riconduzione di tale attività nell'ambito delle categorie e degli strumenti individuati a livello generale, e, in primo luogo, nella legge sul procedimento amministrativo.

Un quesito preliminare sembra tuttavia doveroso: in quale casella dobbiamo collocare l'attività prodromica alla partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica? Tale attività è da considerarsi di natura amministrativa o squisitamente *iure privatorum*? O possiede elementi riconducibili ad entrambi i profili?

In via preliminare, è appena il caso di accennarlo, è certamente possibile escluderne la natura autoritativa, da qualsiasi prospettiva l'agire sia considerato: l'esito dello stesso, infatti, si sostanzia nella formulazione di un'offerta, atto - termine in questo momento utilizzato *lato sensu* - certamente di natura discrezionale.

Questa constatazione sembra dover spingere l'interprete a considerare applicabile in tale contesto quanto previsto dall'art. 1, comma 1-bis, della legge n. 241 del 1990, che in tali ipotesi prevede espressamente che la pubblica amministrazione agisca “*secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*”.

Sulla portata applicativa di tale disposizione della legge sul procedimento amministrativo, lo si è già in parte accennato nel par. 1.3. del primo capitolo, la dottrina non ha mai trovato un punto d'incontro univoco.

Secondo parte della dottrina, rappresentata da Cerulli Irelli, il principio introdotto dal comma 1-bis non sarebbe da leggere come riferito unicamente alla forma dell'atto finale, in quanto la dizione utilizzata dal legislatore (“*agisce*”) sarebbe da

intendersi come relativa alla modalità, al procedimento, con il quale l'amministrazione perviene a quell'atto ⁽¹⁷²⁾.

Gli Autori più attenti non mancano di sottolineare come in tale ambito, dovendosi considerare l'attività negoziale in ambito privatistico non soggetta a particolari formalità procedurali, essendo infatti unicamente improntata al rispetto dei canoni classici costituiti dai principi di correttezza e buona fede, la Pubblica Amministrazione che agisce seguendo il modulo dell'art. 1, comma 1-bis, non sarebbe soggetta alle regole del "giusto procedimento" ⁽¹⁷³⁾.

Da tale assunto deriverebbe anche la circostanza per la quale l'atto negoziale non dovrebbe rendere nemmeno evidente il percorso motivazionale e, dunque, il rispetto dei criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza enunciati dal comma 1 dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990. Tali principi, infatti, sono tipici dell'attività amministrativa e non possono essere considerati applicabili ad un'attività regolata dall'ordinamento civilistico.

Tale tesi non sembra condivisibile in quanto, portando sino alle estreme conseguenze tale impostazione interpretativa, il risultato finale consisterebbe nel sottrarre al rispetto dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento l'esercizio del potere amministrativo discrezionale, *lato sensu* considerato, in interi settori di attività della Pubblica Amministrazione. Ciò risulterebbe insostenibile laddove si consideri che quest'ultima, qualunque sia il modulo gestionale o lo strumento, amministrativo o privatistico, prescelto, sempre agisce al fine di perseguire un interesse pubblico attribuito dall'ordinamento giuridico in sede di definizione dei singoli fini istituzionali ⁽¹⁷⁴⁾.

¹⁷² B. E. G. FUOCO, *L'art. 1, comma 1 bis, della legge n. 241/1990. Alla ricerca delle proprietà alchemiche del diritto privato*, Lexitalia, n. 6/2005. Sul punto l'A., nel richiamare l'intervento di CERULLI IRELLI in sede di adozione delle modifiche alla legge n. 241 del 1990, parla infatti di privatizzazione sostanziale. Si veda altresì V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa (primo commento alla legge n. 15/05 recante modifiche e integrazione alla legge n. 241/90)*, in www.astridonline.it. In senso critico sulle posizioni espresse da CERULLI IRELLI cfr. A. TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo*, Supplemento n. 6/05 della rivista il Foro amministrativo T.A.R., p. 17-26.

¹⁷³ B. E. G. FUOCO, *cit.*.

¹⁷⁴ In tal senso anche N. LONGOBARDI, *La legge n. 15/2005 di riforma della legge n. 241 del 1990. una prima valutazione*, in www.giustamm.it, Speciale sulla riforma della L.241/1990.

Sulla base di tali considerazioni, si ritiene di dover condividere l'impostazione dottrinarie secondo la quale la corretta chiave di lettura delle disposizioni di cui all'art. 1, comma 1-bis, della legge n. 241 del 1990 sia quella per la quale il legislatore abbia introdotto nell'ordinamento una privatizzazione formale e non sostanziale. Tale impostazione interpretativa avrebbe infatti il pregio di *“coniugare i vantaggi derivanti dall'impiego del procedimento (verificabilità della tutela dei terzi, imparzialità, emersione trasparente degli interessi, ecc.) e quelli del contratto (flessibilità dello strumento, effetti deflattivi del contenzioso, maggiore certezza e stabilità giuridica grazie alla regolamentazione consensuale della fattispecie)”* ⁽¹⁷⁵⁾.

Di avviso coerente con tale ricostruzione sembra essere anche la giurisprudenza amministrativa che, prima dell'introduzione delle disposizioni di cui al comma 1-bis dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990, nella pronuncia Sez. VI, 25 marzo 2004, n. 1617, chiarisce come le garanzie connesse con la partecipazione nel procedimento amministrativo devono, comunque, ritenersi sussistenti anche quando l'attività *“sia stata posta in essere, come nel caso in esame, con una deliberazione di una società per azioni, e cioè con un atto di diritto privato”* ⁽¹⁷⁶⁾.

Del resto il Consiglio di Stato nella decisione adottata con l'Adunanza plenaria 22 marzo 1999, n. 4 affermava espressamente, con riferimento al diritto di accesso ma da ritenersi del tutto coerenti con l'ambito qui in discussione, *“Le esigenze del buon andamento e della imparzialità «dell'amministrazione» (come disciplinate dall'art. 97 della Costituzione) riguardano allo stesso modo l'attività volta all'emanazione dei provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato. Ogni attività dell'amministrazione, anche quando le leggi amministrative consentono l'utilizzazione di istituti del diritto privato, è vincolata all'interesse collettivo, in quanto deve tendere alla sua cura concreta, mediante atti e comportamenti comunque finalizzati al perseguimento dell'interesse generale. L'attività amministrativa è quindi configurabile non solo quando l'amministrazione eserciti pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando essa (nei limiti consentiti dall'ordinamento) persegua le proprie finalità istituzionali mediante una attività sottoposta, in tutto o in parte, alla disciplina prevista per i rapporti tra i soggetti privati*

¹⁷⁵ B. E. G. FUOCO, *cit.*.

¹⁷⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 25 marzo 2004, n. 1617.

(anche quando gestisca un servizio pubblico o amministri il proprio patrimonio o il proprio personale)”.

La conseguenza dell’agire della Pubblica Amministrazione secondo il modulo privatistico si sostanzierebbe dunque non nella mancanza del dovere motivazionale ma nel doversi comportare in un’ottica paritaria con la controparte negoziale ⁽¹⁷⁷⁾.

Una volta acclarato che l’attività della Pubblica Amministrazione posta in essere ai sensi del comma 1-bis dell’art. 1 della legge n. 241 del 1990 debba comunque rispettare i principi dettati dal comma 1 del medesimo articolo, occorre quindi approfondire come e quando l’elemento motivazionale si manifesti verso l’esterno.

Parte della dottrina pone l’accento sulla presenza, nella sfera del rapporto contrattuale, di due momenti tra loro da considerarsi distinti. L’amministrazione, secondo tale ricostruzione, nel percorso di formazione della propria volontà eserciterebbe un potere di natura autoritativa (*rectius* amministrativa). Solo in seguito, quando *“l’atto amministrativo si materializza all’esterno, può essere giuridicamente riconosciuto a tale atto un significato sociale e giuridico tipizzato dal diritto privato”* ⁽¹⁷⁸⁾. La sussistenza di tali momenti, temporalmente necessariamente distinti, non deve tuttavia far sorgere il dubbio che si sia di fronte a due atti aventi natura giuridica diversa: *“un atto con cui l’amministrazione delibera di concludere un contratto potrà avere, nel medesimo tempo, tanto la natura di atto amministrativo, quanto la natura di «accettazione» ex art. 1326 c.c., laddove naturalmente l’atto amministrativo abbia il contenuto richiesto dal codice civile”* ⁽¹⁷⁹⁾.

L’elemento che, nel nostro caso, si ritiene debba guidare ogni riflessione sembra essere allora quello della compatibilità con le finalità assegnate precipuamente al singolo ente: come si è avuto modo di evidenziare nel corso del lavoro, la giurisprudenza pone particolare attenzione sulla necessità che la Pubblica Amministrazione possa e debba orientare la propria azione amministrativa unicamente nel rispetto e al fine di perseguire l’interesse pubblico ad essa affidato attraverso l’assegnazione di precisi compiti istituzionali.

¹⁷⁷ In tal senso B. E. G. FUOCO, *cit.*.

¹⁷⁸ P. ADAMI, *La doppia tutela dell’interesse legittimo e del diritto soggettivo*, Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana, 2008, 583.

¹⁷⁹ P. ADAMI, *cit.*

Ogni decisione, quindi, circa l'opportunità di partecipare o meno ad una procedura di evidenza pubblica dovrà obbligatoriamente fondarsi, e dunque essere preceduta, da un'attività preventiva di valutazione della compatibilità delle prestazioni oggetto del futuro contratto con gli specifici fini che l'ente è chiamato a perseguire.

Tale attività, si ritiene, debba essere inquadrata nell'ambito della disciplina del diritto amministrativo, dovendosi ritenere che tale valutazione costituisca esercizio del potere amministrativo, implicando una ponderazione relativa alla sussistenza o meno di un interesse pubblico, qui costituito dal perseguimento – o dal migliore perseguimento – delle proprie finalità istituzionali.

Le considerazioni qui proposte sembrano essere confermate da quanto previsto, a livello generale, dalle disposizioni normative vigenti in materia con riferimento tanto ai contratti passivi quanto ai contratti attivi. Per i primi, disciplinati come noto dal codice dei contratti pubblici, l'art. 30, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, prevede espressamente infatti che, con riferimento alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici, debbano trovare applicazione le disposizioni di cui alla legge n. 241 del 1990, mentre, la stipula del contratto e la fase di esecuzione, siano disciplinate dal codice civile.

Anche le disposizioni vigenti in materia di contratti attivi, per i quali, in virtù di quanto disposto dall'art. 4, comma 1, del decreto legislativo n. 50 del 2016, risultano ancora applicabili le disposizioni di cui all'art. 3 del regio decreto n. 2440 del 1923, non lasciano dubbio sulla necessità che la pubblica amministrazione faccia precedere alla conclusione del contratto la fase preliminare o preparatoria, in cui l'amministrazione manifesta la volontà di negoziare.

Come ben chiarito dalla Suprema Corte *“la deliberazione di concludere un contratto corrisponde a quello che nei rapporti privati è il processo interiore di formazione del volere”* ⁽¹⁸⁰⁾ e, si riteneva, costituisse un atto meramente interno e preparatorio, presupposto necessario per la formazione del contratto ⁽¹⁸¹⁾.

Sul punto, tuttavia, mentre in precedenza la giurisprudenza ordinaria non ricollegava alla mancata conclusione del contratto alcuna forma risarcitoria, ritenendo la

¹⁸⁰ Cass., Sez. I, 23 ottobre 1971, n. 2992.

¹⁸¹ Cass., Sez. I, 7 settembre 1970, n. 1236 e 10 marzo 1971, n. 686, confermate Cass. 20 dicembre 1973, n. 3445 e 22 giugno 2004, n. 11601.

sua iniziale manifestazione sempre revocabile *ad nutum* ⁽¹⁸²⁾, l'evoluzione giurisprudenziale prima e normativa poi, cristallizzata nel comma 1-bis dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990, ha comportato la configurabilità anche in capo alla pubblica amministrazione della *“responsabilità precontrattuale, in relazione a comportamenti idonei ad ingenerare un ragionevole affidamento nel privato interessato”* ⁽¹⁸³⁾.

Tale impostazione risulta confermata più di recente dalla Cassazione nella sentenza Sez. I, Sent., 12 maggio 2015, n. 9636, nella quale la responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione, si afferma, non deve essere considerata *“responsabilità da provvedimento, ma da comportamento, e presuppone la violazione dei doveri di correttezza e buona fede nella fase delle trattative e della formazione del contratto* (v. Cons. di Stato, sez. IV, n. 790 del 2014, in caso di revoca legittima degli atti della procedura di gara), *sicché non rileva la legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo di aggiudicazione o in altri provvedimenti successivi, ma la correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione durante il corso delle trattative e della formazione del contratto”*.

Tale evoluzione giurisprudenziale che pone su un piano di perfetta parità Amministrazione e contraente privato si fonda sul presupposto *“che tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica si pongono quale strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale”* ⁽¹⁸⁴⁾. In tale ottica anche le fasi relative alle trattative in quanto *“idonee a determinare la costituzione di rapporti giuridici specifici e differenziati”* possono dar luogo, secondo la Suprema Corte, a responsabilità precontrattuale, in virtù dell'obbligo in capo alla pubblica amministrazione di assicurare il rispetto dei principi generali di comportamento di cui agli artt. 1337 e 1338 del codice civile posti a tutela degli interessi delle parti ⁽¹⁸⁵⁾.

¹⁸² In tal senso Cass. n. 686 del 1971, *cit.* Confermata dalle sentenze 2 maggio 1987, n. 4130, in tema dei contratti conclusi da Comuni; 30 ottobre 1987, n. 8018, in tema di contratto stipulato a trattativa privata; 24 gennaio 2000, n. 741; 21 maggio 2001, n. 6918; 27 febbraio 2002, n. 2885.

¹⁸³ Cass. 2 novembre 1998, n. 10956, in C. RUPERTO, *La giurisprudenza del codice civile coordinata con la dottrina, Libro IV*, Milano, 2011.

¹⁸⁴ Cass. *cit.*

¹⁸⁵ Cass. n. 15260/2014, che ha superato il precedente orientamento espresso, ad esempio, da Cass. n. 477/2013, n. 12313/2005, Sezioni Unite n. 4673/1997.

L'impostazione proposta dalla Cassazione è ormai condivisa anche dal Consiglio di Stato che ritiene come il rispetto di tali principi non possa essere circoscritto al solo momento successivo alla scelta del contraente ⁽¹⁸⁶⁾.

La verifica del rispetto dei principi di buona fede e correttezza, in particolare, non può essere limitata all'accertamento della mera legittimità formale degli atti della procedura ma deve estendersi pertanto necessariamente alla puntuale verifica della *“correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione durante il corso delle trattative e della formazione del contratto”*, in quanto *“tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica si pongono quale strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale”* ⁽¹⁸⁷⁾.

Tali principi, enunciati dalla Cassazione e dal Consiglio di Stato nell'ottica della pubblica amministrazione che si pone alla ricerca del contraente, si ritiene possano e debbano trovare necessariamente applicazione anche con riferimento all'opposta prospettiva della pubblica amministrazione che decida di porsi attivamente sul mercato in qualità di operatore economico.

In tal senso sembrano deporre anche le specifiche disposizioni vigenti in materia previste dal codice dei contratti pubblici. L'intenzione espressa da un ente pubblico di partecipare ad una procedura di evidenza pubblica manifestata attraverso la presentazione in concreto dell'offerta comporta certamente un limite all'esercizio del potere di revoca degli atti presupposti alla presentazione stessa, in virtù di quanto previsto dal comma 4 dell'art. 32 del decreto legislativo n. 50 del 2016, secondo il quale *“L'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine”*.

Per altro verso, qualora una diversa valutazione dell'interesse pubblico fosse successiva ad un'eventuale aggiudicazione della procedura di evidenza pubblica, la conseguenziale mancata stipula del contratto da parte dell'ente pubblico costituirebbe una sicura perdita economica per quest'ultimo, integrando un'ipotesi espressa di escussione *ex lege* della garanzia fideiussoria provvisoria prestata in sede di

¹⁸⁶ In questo senso cfr. CdS, sez. IV, n. 1142/2015.

¹⁸⁷ Cass. 12 maggio 2015, n. 9636, cit..

presentazione dell'offerta, secondo quanto previsto dal comma 6 dell'art. 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016.

Per quanto sottolineato sinora, la dottrina e la giurisprudenza ancorano la tematica della formazione della *voluntas participationis* da parte dell'operatore economico pubblico unicamente alla valutazione circa lo svolgimento di un'attività coerente con le finalità istituzionali e con la qualificazione della natura giuridica di tale attività discrezionale.

In tal senso risultano di estremo interesse i profili collegati alla modalità con la quale l'ente partecipante, superata in senso positivo la valutazione circa la coerenza con le proprie finalità istituzionali, possa validamente formare, secondo la precipua configurazione, la propria volontà e, più specificamente, quali siano gli organi deputati a definirla prima ancora che a manifestarla e con quali strumenti e metodologie possa correttamente essere conformato l'*iter* motivazionale.

2.1.1. Il procedimento amministrativo per la formazione della *voluntas*

In primo luogo, il processo di formazione della volontà dell'ente pubblico, prodromico alla successiva formulazione in concreto dell'offerta, deve trovare collocazione nel momento genetico dei documenti di pianificazione e di programmazione, diversamente denominati in ragione del precipuo ordinamento applicabile, che annualmente informano l'intera azione del soggetto procedente.

È nell'ambito di tali documenti, infatti, che ciascun ente definisce, in relazione ad un preciso arco temporale di riferimento, il perimetro della propria azione, in rapporto alla *vision* che gli organi cui è affidata la *governance* intendono dettare, tenuto conto delle risorse finanziarie disponibili e della *mission* istituzionale attribuita.

Tale perimetro troverà poi puntuale declinazione mediante l'attribuzione alla dirigenza e, per essa, alle strutture amministrative in cui si articola l'ente, degli obiettivi gestionali correlati a ciascun ambito di intervento, cui saranno assegnate determinate risorse umane e finanziarie.

Nel caso di specie, attesa anche la peculiarità della scelta di operare sul mercato al pari di altri operatori economici privati o pubblici, qualunque valutazione di natura

strategica, prima ancora che operativa, dovrà quindi trovare esplicita menzione nei citati documenti previsionali che costituiranno quindi la scaturigine delle successive attività di attuazione.

Volendo proiettare tale impianto procedimentale nell'organizzazione dell'ente locale, non vi è dubbio, ad esempio, che la scelta di operare sul mercato dovrà trovare primo ed esplicito accoglimento in sede di approvazione del documento unico di programmazione (DUP) ⁽¹⁸⁸⁾, che, a seguito dell'adozione della riforma finalizzata all'armonizzazione dei sistemi contabili di cui al decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, costituisce oggi il fulcro della programmazione economico finanziaria annuale e triennale dell'ente locale.

Al riguardo il legislatore ha inequivocabilmente assegnato al DUP la funzione, con carattere di generalità, di *“guida strategica ed operativa dell'ente”*, quale *“atto presupposto indispensabile per l'adozione del bilancio di previsione”*, stabilendo che le

¹⁸⁸ L'art. 170 del decreto legislativo n. 267 del 2000 dedicato al Documento unico di programmazione prevede che: “1. Entro il 31 luglio di ciascun anno la Giunta presenta al Consiglio il Documento unico di programmazione per le conseguenti deliberazioni. Entro il 15 novembre di ciascun anno, con lo schema di delibera del bilancio di previsione finanziario, la Giunta presenta al Consiglio la nota di aggiornamento del Documento unico di programmazione. Con riferimento al periodo di programmazione decorrente dall'esercizio 2015, gli enti locali non sono tenuti alla predisposizione del documento unico di programmazione e allegano al bilancio annuale di previsione una relazione previsionale e programmatica che copra un periodo pari a quello del bilancio pluriennale, secondo le modalità previste dall'ordinamento contabile vigente nell'esercizio 2014. Il primo documento unico di programmazione è adottato con riferimento agli esercizi 2016 e successivi. Gli enti che hanno partecipato alla sperimentazione adottano la disciplina prevista dal presente articolo a decorrere dal 1° gennaio 2015. (595)

2. Il Documento unico di programmazione ha carattere generale e costituisce la guida strategica ed operativa dell'ente.

3. Il Documento unico di programmazione si compone di due sezioni: la Sezione strategica e la Sezione operativa. La prima ha un orizzonte temporale di riferimento pari a quello del mandato amministrativo, la seconda pari a quello del bilancio di previsione.

4. Il documento unico di programmazione è predisposto nel rispetto di quanto previsto dal principio applicato della programmazione di cui all'allegato n. 4/1 del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, e successive modificazioni.

5. Il Documento unico di programmazione costituisce atto presupposto indispensabile per l'approvazione del bilancio di previsione.

6. Gli enti locali con popolazione fino a 5.000 abitanti predispongono il Documento unico di programmazione semplificato previsto dall'allegato n. 4/1 del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, e successive modificazioni.

7. Nel regolamento di contabilità sono previsti i casi di inammissibilità e di improcedibilità per le deliberazioni del Consiglio e della Giunta che non sono coerenti con le previsioni del Documento unico di programmazione.”.

deliberazioni del Consiglio e della Giunta che dovessero risultare non coerenti con le previsioni del DUP stesso siano ritenute inammissibili o improcedibili con le modalità definite dal singolo regolamento di contabilità.

Tale previsione assume particolare rilievo avendo riguardo alle successive fasi procedurali di una ipotetica partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica da parte dell'ente.

Ciò in quanto, dovendosi ritenere a tal fine indispensabile la predisposizione dapprima di un atto deliberativo e successivamente di un atto attuativo a cura del dirigente, sotto forma di determinazione, tali ultimi provvedimenti non potrebbero legittimamente essere adottati (*rectius* motivati) qualora i relativi contenuti non fossero pienamente riconducibili alle prodromiche linee di azione preventivamente individuate in sede programmatica (DUP).

Un esempio concreto può rinvenirsi nel DUP del Comune di Roma Capitale per l'anno 2019 e il triennio 2019-2021, con riferimento agli ambiti di attività delle società partecipate appartenenti al Gruppo Roma Capitale.

Nella sezione dedicata sono infatti disciplinate le modalità di offerta al mercato dei servizi delle società *in house*, con la finalità di erogare prestazioni anche a favore di altri operatori economici pubblici e privati diversi dal socio unico controllante.

Tali previsioni sono giustificate dalla disciplina dettata dal codice dei contratti pubblici che prevede espressamente la possibilità per gli organismi partecipati di svolgere la propria attività “(anche) sul mercato aperto in misura non superiore al 20% delle proprie complessive attività” (art. 4, comma 1, lett. b), del citato decreto), principio confermato dall'art. 16, comma 3, del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (decreto legislativo n. 175 del 2016).

Questa nuova opportunità, nel sancire il superamento del “principio di esclusività”, consente di integrare “*un'innovativa strategia operativa che contribuirà al perseguimento degli obiettivi generali di razionalizzazione dei servizi ed efficientamento del Gruppo. L'apertura al mercato dovrà essere funzionale alla realizzazione di maggiori margini di operatività e di redditualità, da individuarsi*

mediante la previa predisposizione di adeguati programmi di pianificazione, basati su specifiche analisi dei settori di riferimento” ⁽¹⁸⁹⁾.

Tali linee di azione, peraltro, dovranno poi risultare opportunamente finanziate in termini di copertura economico-finanziaria (Bilancio previsionale annuale e triennale) ed adeguatamente declinate in termini di operatività gestionale (Piano esecutivo di gestione – PEG), nell’ambito degli obiettivi attribuiti alle singole strutture dell’ente.

La presenza di risorse umane e finanziarie destinate (o destinabili) puntualmente a tali iniziative è indispensabile ai fini della partecipazione a procedure di evidenza pubblica che, per loro natura, richiedono già nella fase propedeutica di elaborazione dei documenti da presentare in sede di gara, l’impiego di “fattori della produzione”, in termini di ore lavoro, oneri economici connessi alla partecipazione e consistenti nel pagamento del contributo di gara, costi di produzione, prestazione della cauzione o polizza fideiussoria.

Accertata la presenza della linea di indirizzo nei documenti di programmazione, il dirigente preposto al singolo settore, una volta individuata la corrispondenza tra obiettivo ricevuto e procedura/e di gara concretamente bandita/e da altra pubblica amministrazione, può dare avvio alla fase istruttoria di predisposizione dell’offerta, da svilupparsi con ampia discrezionalità tecnica tenuto conto dell’esigenza di predisporre la migliore offerta possibile, fermo restando il rispetto del perimetro generale fissato dagli organi di governo.

Altro interessante caso di studio è rappresentato dall’attività svolta sul mercato dagli atenei universitari anche in considerazione della numerosità dei casi concretamente rilevati (cfr. *infra* par. 4). Anche in tale ambito i documenti generali di programmazione e di *budgeting* esplicitano chiaramente la possibilità di concludere contratti e convenzioni con soggetti pubblici e privati, assegnando la piena *ownership* di tali processi ai Dipartimenti nell’ambito della propria autonomia gestionale e amministrativa ⁽¹⁹⁰⁾.

¹⁸⁹ DUP del Comune di Roma Capitale 2019-2021, deliberazione Assemblea capitolina 12 dicembre 2018, n. 138.

¹⁹⁰ Cfr. sul punto il Piano Integrato 2017-2019 della Sapienza Università di Roma.

2.2. L'elaborazione dell'offerta

Così come avviene per un qualsiasi soggetto privato anche l'operatore economico pubblico si troverà ad affrontare il complesso compito di elaborazione dell'offerta da presentare in sede di gara.

L'*iter* logico dovrà necessariamente prendere le mosse dalla configurazione della finalità che ci si propone di raggiungere, distinguendo quindi come richiamato *supra* l'ipotesi della partecipazione finalizzata all'efficientamento e massimizzazione dei fattori produttivi impiegati nelle attività di istituto da quella correlata al raggiungimento di esternalità positive correlate alla migliore esplicazione del fine teleologico dell'ente.

Il seguire l'una o l'altra impostazione condiziona, infatti, la conseguente formulazione tanto dell'offerta tecnica quanto dell'offerta economica.

Il primo passo dovrà essere senz'altro quello di una approfondita disamina del capitolato tecnico-prestazionale posto a base di gara della stazione appaltante. In proposito l'operatore dovrà verificare se il proprio ente possieda o meno le tecniche necessarie ad integrare sia i requisiti per la partecipazione sia consentire l'autonoma erogazione delle prestazioni attese. Da questa verifica – qualora la stessa abbia esito negativo o qualora, strategicamente, si decida comunque in tal senso – nascerà l'esigenza di individuare *partners* idonei o in veste di ausiliari attraverso l'avvalimento⁽¹⁹¹⁾, al fine di integrare il possesso dei necessari requisiti, oppure, al fine di proporre un

¹⁹¹ L'art. 89 del decreto legislativo n. 50 del 2016, concernente l'avvalimento, prevede che: "1. L'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento. L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso

il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e esclude la garanzia. Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

2. Nei settori speciali, se le norme e i criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione degli operatori economici che richiedono di essere qualificati in un sistema di qualificazione comportano requisiti relativi alle capacità economiche e finanziarie dell'operatore economico o alle sue capacità tecniche e professionali, questi può avvalersi, se necessario, della capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con essi. Resta fermo quanto previsto dal comma 1, periodi secondo e terzo, da intendersi quest'ultimo riferito all'ambito temporale di validità del sistema di qualificazione.

3. La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici.

4. Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento.

5. Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.

6. È ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie. L'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto.

7. In relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti.

8. Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati.

9. In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante esegue in corso d'esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, pena la risoluzione del contratto di appalto. Ha inoltre l'obbligo di inviare ad entrambe le parti del contratto di avvalimento le comunicazioni di cui all'articolo 52 e quelle inerenti all'esecuzione dei lavori. La stazione

subappalto o la costituzione di un raggruppamento temporaneo, di tipo verticale od orizzontale ⁽¹⁹²⁾, a composizione interamente pubblica ovvero mista pubblico-privato.

2.2.1. Le possibili forme di collaborazione con altri operatori

Le forme di partnership accennate *supra* meritano un attento approfondimento con riguardo alla genesi della *partnership* stessa qualora si tratti di raggruppamenti misti pubblico-privato.

Se infatti non vi è dubbio che più operatori pubblici possano, semplicemente attraverso la formalizzazione di intese preliminari, decidere di “co-progettare” la partecipazione ad una procedura di gara, molto meno pacifica appare la fattispecie che veda unirsi soggetti pubblici e soggetti privati, questi ultimi posti evidentemente in condizione di ritrarre dal consolidamento della *partnership* quantomeno evidenti benefici direttamente proporzionali al rilievo e all’importanza del soggetto pubblico *partner*.

In tal senso sembrerebbe indispensabile prevedere forme di preventiva pubblicità e trasparenza in ordine alla volontà di reperire sul libero mercato soggetti disponibili a

appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità.

10. L'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

11. Non è ammesso l'avvalimento qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali. E' considerato rilevante, ai fini della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo, che il valore dell'opera superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, è definito l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la qualificazione ai fini dell'ottenimento dell'attestazione di qualificazione degli esecutori di cui all'articolo 84, che possono essere periodicamente revisionati. Fino alla data di entrata in vigore di detto decreto, si applica l'articolo 216, comma 15.”.

¹⁹² Ai sensi dell’articolo 48, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016, “per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di operatori economici in cui il mandatario esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione; le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie”.

“co-progettare” e allo stesso tempo in possesso dei necessari requisiti morali e di onorabilità ordinariamente necessari per contrattare con la Pubblica Amministrazione, anche al fine di scongiurare il rischio che, in caso di aggiudicazione della procedura, il *partner* privato, per una sua condizione pregiudizievole, comprometta la stipula del contratto.

A tal fine, si ritiene indispensabile che il soggetto *partner* sia assoggettato, prima della decisione di costituire il raggruppamento, a tutti i controlli previsti in materia dal codice dei contratti pubblici. Tali adempimenti non si ritengono peraltro sufficienti ad integrare tutti i profili soprarichiamati: risulta così integrata infatti solo la misura precauzionale minima di controllo del *partner* finalizzata ad evitare possibili sorprese successivamente alla fase di aggiudicazione, rimanendo impregiudicata la problematica connessa al vantaggio attribuito al partner conseguente alla sua individuazione nel raggruppamento.

In tal senso si riterrebbe utile che ciascuna amministrazione, qualora contempra, nei propri atti di programmazione, l’obiettivo di partecipare a procedure di evidenza pubblica, costituisca in via preventiva un albo dei soggetti potenzialmente idonei ad entrare in *partnership*, suddiviso per macroaree di intervento in modo da consentire, nel rispetto dei canoni generali di pubblicità, trasparenza e tutela della concorrenza, la più ampia partecipazione di operatori economici provenienti dal settore privato.

L’analisi di casi concretamente individuati restituisce un obiettivo bilanciamento dei ruoli ricoperti dai raggruppamenti temporanei, laddove si assiste alla circostanza per cui l’operatore economico pubblico talora svolge il ruolo di mandatario e talora quello di mandante, dovendosi così desumere che la distribuzione dei ruoli avvenga del tutto correttamente sulla base dell’effettivo apporto e competenze che ciascun partecipante è chiamato ad esercitare.

A tal proposito si veda l’interessante caso della procedura di evidenza pubblica indetta dal Ministero dell’Ambiente, del Territorio e del Mare per l’erogazione di servizi di alta formazione nei settori dello sviluppo sostenibile e della gestione dell’ambiente nel quadro della cooperazione bilaterale Italia – Cina. Nell’ambito di tale gara, aggiudicata ad un RTI composto dal Politecnico di Milano in qualità di mandataria e da fondazioni e altri istituti universitari, figuravano tra i partecipanti diversi raggruppamenti pubblico-privati, con una varietà di attribuzione di ruoli.

Sul punto il giudice amministrativo, con riferimento alla possibilità per una Università di partecipare ad una procedura di evidenza pubblica quale mandataria a capo di un raggruppamento composto da società di capitali possedute da soggetti privati è intervenuto evidenziando come in tal modo, anche queste ultime venissero, *“indirettamente, ad avvantaggiarsi della situazione di privilegio in cui versa l’Università (per essere destinataria di finanziamenti pubblici)”*, con la conseguenza che *“la partecipazione di quest’ultima non (fosse) più strettamente funzionale ai soli fini pubblici cui essa è istituzionalmente preposta, ma avvantaggia(sse) anche un soggetto economico privato (i cui fini, essendo una s.r.l., non coincidono ontologicamente con quelli dell’ente pubblico), che si trova in una situazione di privilegio, rispetto agli altri concorrenti, per il sol fatto di partecipare alla gara, avvalendosi anche della collaborazione di un soggetto pubblico (destinatario, in quanto tale, di finanziamenti pubblici)”* ⁽¹⁹³⁾.

Tale impostazione era stata infatti considerata del tutto compatibile anche con l’impostazione interpretativa fornita dal giudice europeo in quanto se è assolutamente compatibile la partecipazione delle Università a procedure di evidenza pubblica deve essere tuttavia impedito che soggetti privati *“(tanto più se agenti per scopo di lucro) possano beneficiare di tale partecipazione (così come avviene nelle società miste ad oggetto sociale non perfettamente coincidente con gli scopi istituzionali dell’ente pubblico), falsando in tal modo la concorrenza tra le imprese operanti nel mercato comune”* ⁽¹⁹⁴⁾.

La pronuncia sopra illustrata non è stata tuttavia confermata sul punto dal Consiglio di Stato in sede di appello che ha ritenuto pienamente compatibile con l’ordinamento la possibilità per le Università di partecipare insieme a società che perseguono uno scopo di lucro, *“atteso che il limite funzionale previsto per l’università è connesso alla funzione principale della ricerca e dell’insegnamento e non alla circostanza che benefici di sovvenzioni pubbliche che falserebbero la concorrenza”* ⁽¹⁹⁵⁾.

¹⁹³ TAR Molise, Sez. I, 9 marzo 2012, n. 92.

¹⁹⁴ TAR Molise, *cit.*

¹⁹⁵ Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2014, n. 5767.

Altre interessanti riflessioni possono proporsi con riferimento alla possibilità per l'operatore economico pubblico di decidere di avvalersi, in fase di esecuzione, del subappalto. Con riferimento a tale ipotesi non vi sono elementi per consentire, in capo all'aggiudicatario pubblico, l'esclusione dall'obbligo di procedere all'individuazione del subcontraente attraverso una procedura di evidenza pubblica.

La cronologia delle fasi e la tempistica indicano che la scelta del soggetto cui subappaltare parte delle prestazioni deve avvenire, secondo quanto previsto dal codice dei contratti pubblici, in fase antecedente la presentazione dell'offerta, in quanto in essa l'operatore economico pubblico dovrà obbligatoriamente manifestare l'intenzione di avvalersi di tale facoltà e al contempo indicare il nominativo del soggetto.

2.2.2. La definizione dell'offerta tecnica

Una volta definita, in ragione dei contenuti prestazionali, la compagine prescelta per la partecipazione alla gara, l'operatore pubblico dovrà procedere, in autonomia ovvero con i *partner* eventualmente individuati, alla strutturazione della propria offerta tecnica, declinandone i contenuti in modo da assicurare l'esatto adempimento di quanto richiesto dal disciplinare di gara e, qualora l'aggiudicazione avvenga secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla costruzione della c.d. "offerta migliorativa".

Questa attività risulta di particolare complessità, implicando – soprattutto nella fattispecie da ultimo ipotizzata – valutazioni quali quantitative che producono immediati riflessi sulla conseguente quantificazione dell'offerta economica.

Parimenti impegnativa risulterà la distribuzione dei compiti che ciascun soggetto dell'eventuale raggruppamento sarà chiamato a svolgere, tenuto conto della circostanza per la quale i disciplinari di gara, nello stabilire i criteri per l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice, annettono un certo rilievo alla valutazione dei *curricula* delle figure professionali che dovranno svolgere funzioni considerate di particolare rilievo in relazione alla tipologia del servizio affidato.

Riguardo alla fase di concreta esecuzione del contratto dovrà essere altresì attentamente considerata l'eventualità, astrattamente ipotizzabile, che gli atti di gara

prevedano l'obbligo di rispettare la c.d. "*clausola sociale*". Quest'ultima è oggi disciplinata, all'esito della lunga e sofferta evoluzione giurisprudenziale in materia, dall'art. 50 del decreto legislativo n. 50 del 2016, a mente del quale "*Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto*".

Come noto il consolidato orientamento giurisprudenziale, europeo ⁽¹⁹⁶⁾ e italiano ⁽¹⁹⁷⁾, prevede che "*la c.d. clausola sociale debba essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti essa lesiva della concorrenza, (omissis) nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost., che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto*" ⁽¹⁹⁸⁾.

Tale clausola pertanto non potrà rendere obbligatorio il riassorbimento di tutte le risorse umane precedentemente impiegate dall'operatore uscente, dovendo contemperarsi con la tutela della libertà del nuovo aggiudicatario di determinare liberamente la propria organizzazione interna.

¹⁹⁶ *Ex multis*, Corte di Giustizia dell'Unione Europea 9 dicembre 2004 in C-460/2002 e 14 luglio 2005 in C-386/2003.

¹⁹⁷ *Ex multis*, si vedano le più recenti: T.A.R. Toscana, Sez. III, 13 febbraio 2017, n. 231; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 15 marzo 2017, n. 209; Cons. Stato, Sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078.

¹⁹⁸ Cons. Stato, Sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078. Tale impostazione risulta confermata anche di recente dalla sentenza Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2018, n. 272, nella quale, si legge: "*la libertà di iniziativa economica implica, di necessità, che a ciascun imprenditore sia consentito, nei limiti segnati dall'ordinamento, di organizzare la propria impresa come meglio ritiene e ciò si oppone ad un'interpretazione tale da compromettere la detta prerogativa e che privilegi una scelta fatta a monte, inevitabilmente generalizzata ed avulsa dal contesto specifico della singola organizzazione aziendale. In definitiva la c.d. «clausola sociale», qualunque sia la fonte da cui derivi, dev'essere armonizzata con l'organizzazione aziendale dell'imprenditore subentrante*".

2.2.3. La definizione dell'offerta economica: “utile d'impresa” o mera copertura dei costi sostenuti

Non meno complessa appare l'attività finalizzata alla redazione dell'offerta economica, atteso che la valutazione tecnico-finanziaria di un determinato intervento in rapporto al mantenimento dell'equilibrio economico finanziario ovvero al conseguimento di un “utile” risulta normalmente estraneo al perimetro di azione dell'operatore pubblico, che, piuttosto, è uso ragionare in termini di raggiungimento teleologico dei fini dell'amministrazione.

In tal senso i principi dell'efficienza e dell'economicità trovano, infatti, pur sempre il dovuto contemperamento nel principio di efficacia. Ciò chiarito sembra doversi *prima facie* valutare se, come già ipotizzato *supra*, ci si trovi nella fattispecie di una mera copertura degli oneri sostenuti, ivi incluso il computo degli oneri di ammortamento dei fattori durevoli della produzione ⁽¹⁹⁹⁾, ovvero sussista la necessità/possibilità di ricercare un margine di utile, che dovrà pur sempre essere finalizzato al reinvestimento nelle attività istituzionali dell'ente.

Sotto il profilo tecnico economico è quindi evidente che l'offerta economica dovrà dare applicazione ai principi generali che regolano il comportamento dell'operatore sul libero mercato. È così che nella determinazione del prezzo dovrà essere attentamente valutata la piena remunerazione dei singoli fattori produttivi, applicando puntualmente i principi generali di contabilità analitica sul modello industriale e valutando, a margine, quale sia il costo dell'ultima unità “prodotta” che nella disciplina economica costituisce il discrimine per il posizionamento dell'imprenditore.

Tenuto conto di questa “tecnicità” che di norma non rientra nella *mission* dell'ente, gli ordinamenti dei soggetti pubblici che hanno maturato una significativa

¹⁹⁹ In tal senso la Corte dei conti ha evidenziato come fosse da considerarsi illegittimo il regolamento di Ateneo che illegittima la mancata detrazione, prima della ripartizione dei proventi, del “costo ammortizzato per l'acquisto di apparecchiature tecnico-scientifiche e didattiche necessarie per l'esecuzione delle prestazioni, il quale in alcuni casi può incidere notevolmente sul costo globale delle prestazioni stesse”, Sez. Contr., det. n. 4 del 10 gennaio 1991, Università degli studi di Siena.

esperienza nell'erogazione a terzi di propri servizi, segnatamente le Università e gli altri enti di ricerca, introducono criteri generali di standardizzazione utili ad accompagnare il processo valutativo, di calcolo e di destinazione dei proventi derivanti dalle attività, definendone i principali parametri di riferimento.

Con riferimento agli Atenei, già l'art. 133 del regio decreto 6 aprile 1924, n. 674 (Approvazione del regolamento generale universitario) prevedeva che le somme riscosse per prestazioni a pagamento o per degenze fossero *“destinate per acquisto di materiale scientifico e didattico di ciascun istituto, per spese relative al suo funzionamento e per compensi al personale”*, demandando al consiglio di amministrazione la decisione di quale parte dei ricavi dovesse essere spesa a vantaggio dei rispettivi istituti e quale destinata per compensi al personale.

L'art. 66 del D.P.R. n. 382 del 1980, nel confermare la possibilità per le università di svolgere attività di ricerca e consulenza per soggetti pubblici e privati, espressamente qualifica i proventi derivanti da contratti e convenzioni quali entrate del bilancio universitario, le cui modalità di ripartizione venivano lasciate alla competenza regolamentare del singolo Ateneo.

Le citate disposizioni di cui all'art. 66 ponevano alcuni vincoli alle finalità di riutilizzo di tali proventi, prevedendo in via generale che, detratte le spese sostenute dall'Università per l'espletamento delle prestazioni, le somme rimanenti siano destinate *“ad acquisto di materiale didattico e scientifico e a spese di funzionamento dei dipartimenti, istituti o cliniche che hanno eseguito i contratti e le convenzioni”*.

La materia *de qua* è stata successivamente attribuita alla libera regolamentazione da parte dei singoli Atenei, che, secondo quanto previsto dall'art. 4, comma 5, della legge 19 ottobre 1999, n. 370 (Disposizioni in materia di università e di ricerca scientifica e tecnologica) possono disapplicare l'art. 66 del D.P.R. 382 del 1980 dalla data di entrata in vigore di specifiche disposizioni da essi emanate.

Nei regolamenti universitari, ad esempio, sono puntualmente definite le modalità di calcolo dei corrispettivi per attività svolte per conto terzi. In tali provvedimenti si esplicita chiaramente che *“il corrispettivo per le prestazioni deve essere determinato in misura tale da coprire tutti i costi e gli oneri economici di diretta imputazione”* e *“deve, altresì, essere commisurato al grado di complessità e al livello di specializzazione*

richiesto, nonché al grado di proprietà e disponibilità dei risultati forniti al committente” ⁽²⁰⁰⁾.

Nell’ambito dei costi ed oneri economici di diretta imputazione sono considerati, generalmente, i seguenti elementi:

- a) costo per l’impiego di materiali di consumo;
- b) costo per l’eventuale acquisto di beni, servizi e attrezzature funzionali alla prestazione ovvero per l’ammortamento di quelle esistenti;
- c) costo dei compensi spettanti al personale docente ed al personale tecnico-amministrativo coinvolto, determinati sulla base del relativo impegno temporale, che deve essere commisurato alla tipologia ed entità della prestazione richiesta e della categoria di appartenenza;
- d) costo omnicomprensivo del personale non strutturato che eventualmente collabori allo svolgimento della prestazione;
- e) costi derivanti da spese di viaggio e di missione del personale per l’esecuzione della prestazione, ivi compresi eventuali oneri assicurativi, ove necessari;
- f) costi sostenuti dalla Struttura.

Sul punto il Consiglio di Stato nella sentenza 21 novembre 2014, n. 5767, ha sottolineato come le attività per conto terzi fossero *“qualificabili più propriamente «attività commerciali» anziché «lucrative» generano utili che sono imputati ai capitoli di gestione inerenti le finalità istituzionali di didattica e ricerca e, successivamente destinati al finanziamento di borse di studio o di ricerca, di assegni di ricerca, di borse di dottorato”*.

Nell’attuale contesto normativo organizzativo delle università, come si è avuto modo di accennare *supra*, i dipartimenti godono della più ampia autonomia gestionale ed amministrativa e pertanto è da intendersi che è al Direttore di Dipartimento o al Consiglio di Dipartimento, secondo l’ordinamento proprio di ciascuna Università, che debba attribuito ogni potere decisionale riferito alla decisione di partecipare o meno a procedure di evidenza pubblica.

²⁰⁰ Art. 57, comma 1, del Manuale di amministrazione dell’Università degli Studi della Toscana.

In proposito è stato possibile riscontrare la presenza di regolamenti o di linee guida che individuano il percorso decisionale prodromico alla presentazione dell'offerta.

L'Università di Catania, ad esempio, ha previsto, in via ordinaria, che l'impulso alla partecipazione debba provenire da un docente attraverso la presentazione di una richiesta formale al Direttore di Dipartimento di riferimento. Qualora la proposta sia ritenuta di interesse, il docente proponente provvede alla valutazione di fattibilità, anche dal punto di vista economico, della partecipazione, attraverso la stima dei relativi costi fissi. In caso positivo, il docente provvede, attraverso la segreteria di direzione del Dipartimento, alla formulazione di apposita richiesta, contenente l'indicazione dell'importo presunto dei costi fissi e del capitolo di bilancio sul quale imputare la relativa spesa. La richiesta è quindi sottoposta, previa autorizzazione di Ragioneria e previa assunzione dell'impegno da parte del servizio finanziario, al Consiglio del Dipartimento ai fini dell'approvazione con delibera.

Da quanto brevemente sintetizzato, si evince come la *voluntas participationis* sia il frutto di un *iter* procedimentale non poco complesso, nell'ambito del quale, al di là della collazione della documentazione necessaria, assume particolare rilievo il provvedimento finale con il quale il Consiglio di Dipartimento approva la richiesta di partecipazione formulata dal singolo docente.

Con riferimento a tale deliberazione meritano particolare attenzione due passaggi che confermano quanto *supra* già ampiamente evidenziato: il primo concernente la verifica di compatibilità tra l'oggetto dell'appalto e l'ambito di ricerca del proprio Dipartimento; il secondo relativo al conferimento del mandato al responsabile scientifico di determinare la fattibilità e congruità dell'offerta economica e, dunque, il conseguente eventuale ribasso che sarà proposto.

2.2.4. Pubblicità e trasparenza nel procedimento

Il quadro normativo di riferimento impone oggi all'operatore pubblica amministrazione precisi ed articolati obblighi di pubblicità e trasparenza che accompagnano tutte le fasi del procedimento amministrativo.

La giurisprudenza consolidata è andata evidenziando il continuo innalzamento degli standard di trasparenza nella logica di consentire un crescente e sempre più affinato controllo sociale e diffuso delle procedure di evidenza pubblica.

Se questa tendenza non può che essere riguardata con assoluto favore qualora la pubblica amministrazione si trovi a ricoprire il “classico” ruolo di stazione appaltante, occorre valutare invece quali siano i risvolti da approfondire nel caso in cui l’operatore pubblico si trovi a fianco di quello privato nella partecipazione a procedure di gara. I più rilevanti profili emergono in rapporto agli obblighi di pubblicazione connessi alla delicatissima fase della formazione della *voluntas participationis*, che, come già descritto *supra*, interviene per l’operatore pubblico, attraverso strumenti deliberativi e gestionali per loro natura soggetti agli obblighi di pubblicazione e/o ostensione previsti dalla normativa vigente in materia di trasparenza e diritto di accesso, nelle sue diverse declinazioni: dall’accesso agli atti disciplinato dalla legge n. 241 del 1990, all’accesso civico generalizzato (FOIA).

Emblematica, in tal senso, la seguente domanda: come può il generale obbligo di trasparenza coniugarsi con l’obbligo di riservatezza e la segretezza tipiche delle fasi propedeutiche alla partecipazione alla gara, connaturate con l’esigenza di evitarne ad ogni costo l’eventuale turbativa? O ancora, come bilanciare il diritto di accesso civico generalizzato con l’esigenza per l’operatore pubblico di non divulgare la strategia di gara, alterando così la par condicio tra i partecipanti o ancora i propri interessi commerciali? Talune risposte a queste domande dovrebbero comportare necessariamente l’intervento del legislatore, al fine di inserire ulteriori ipotesi di diniego o di differimento dell’accesso o degli oneri di pubblicazione degli atti, che sembrano indispensabili a garantire la legittimità della stessa procedura di evidenza pubblica.

Tali disposizioni, in coerenza con le impostazioni interpretative fornite dalla giurisprudenza e dell’Autorità Nazionale Anticorruzione, sarebbero da considerarsi coerenti con la *ratio* delle limitazioni temporali già previste dall’ordinamento rinvenibile sia “*nell’esigenza di tutelare la riservatezza dei partecipanti alle procedure concorsuali, sia nella necessità di salvaguardare la libera concorrenza e la trasparenza delle offerte*” ⁽²⁰¹⁾.

²⁰¹ Cons. Stato, sez. VI, 12 aprile 2005, n. 1678, citata nel Parere n. 183 del 20/10/2010 (PREC 62/10/L) dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, oggi ANAC.

In tal senso si potrebbe peraltro argomentare che perfino l'informazione concernente la partecipazione ad una determinata procedura dovrebbe ricevere adeguata tutela attraverso il differimento del diritto di accesso *“nella necessità di salvaguardare l'effettività della libera concorrenza nel senso che la genuinità della concorrenza stessa potrebbe essere pregiudicata dalla conoscenza, prima della definizione della gara, dei nominativi dei partecipanti alla gara, che potrebbe suggerire accordi tra candidati intesi ad alterarne i risultati, ovvero consentire pressioni o minacce tra gli stessi al fine di limitare la libertà di determinazione in ordine al contenuto delle offerte”* ⁽²⁰²⁾.

Del resto, lo stesso codice dei contratti pubblici non sembra del tutto impermeabile a tale logica, laddove all'art. 76, comma 4, concernente le informazioni relative all'aggiudicazione della gara, prevede espressamente che le amministrazioni aggiudicatrici non divulgino *“le informazioni relative all'aggiudicazione degli appalti, alla conclusione di accordi quadro o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione (omissis), se la loro diffusione ostacola l'applicazione della legge o è contraria all'interesse pubblico, o pregiudica i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati o dell'operatore economico selezionato, oppure possa recare pregiudizio alla leale concorrenza tra questi”*.

2.3. Gli operatori economici pubblici e privati: *an unfair competition*

Già in precedenza si è avuto modo di accennare al delicato aspetto concernente la presenza di possibili effetti distorsivi della concorrenza che le pubbliche amministrazioni *lato sensu* intese, in quanto destinatarie di risorse pubbliche e dunque per ciò stesso trovandosi in una posizione di vantaggio, possono originare in conseguenza della loro partecipazione a procedure di evidenza pubblica (cfr. *supra* Cap. 2).

Nel 2010, l'allora Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), in un documento di consultazione concernente le problematiche relative alla partecipazione alle gare di cui all'epoca vigente d.lgs. n. 163

²⁰² Determinazione 22 maggio 2000, n. 25 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, oggi ANAC.

del 2006 da parte delle Università e degli istituti simili, aveva posto l'attenzione circa i possibili profili di criticità derivanti dall'eventuale alterazione della *par condicio* tra gli operatori.

Il Consiglio di Stato, proprio in sede di esame della questione concernente la possibilità per le università di partecipare a procedure di evidenza pubblica, ha affermato il principio della necessità di apertura alla concorrenza *“anche in casi in cui acquisiscano la veste di «operatori economici» taluni enti pubblici astrattamente beneficiari di finanziamenti statali, allorché, come nel caso di specie, non vi sia alcuna prova di connessione tra il sostegno pubblico e la partecipazione e l'aggiudicazione di una gara d'appalto”* ⁽²⁰³⁾.

La questione del rapporto tra erogazione di risorse pubbliche, anche sotto forma di aiuti di Stato, e la necessità di garantire parità di condizioni tra i concorrenti è un tema particolarmente delicato sul quale la stessa Corte di Giustizia dell'Unione europea si è espressa in più occasioni, anche con specifico riferimento all'ipotesi di enti pubblici finanziati con risorse pubbliche.

Più in generale, analizzare la normativa e la giurisprudenza europee riguardanti la materia degli aiuti di Stato risulta allora di particolare importanza per valutare la reale sussistenza di una posizione di vantaggio di operatori economici pubblici rispetto ad operatori economici privati, atteso che questi ultimi, ove beneficiari di erogazioni pubbliche, potrebbero certamente collocarsi in una possibile condizione di favore rispetto ad altri partecipanti ad una procedura di evidenza pubblica.

Come noto, gli articoli 107 e seguenti del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea costituiscono le disposizioni fondamentali in tema di aiuti di Stato.

Il citato art. 107 cristallizza in via generale il sostanziale disfavore verso tali misure prevedendo che *“salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza”*.

Le ragioni di una simile diffidenza sono evidenziate dalla dottrina che giustamente ricorda come tali strumenti siano da sempre stati valutati come i principali

²⁰³ Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2014, n. 5767.

fattori di compromissione di uno dei principi cardine dell'ordinamento europeo, in ragione della concreta possibilità che essi siano massimamente in grado di impedire “*la competizione ad armi pari tra le imprese all'interno del mercato comune*” ⁽²⁰⁴⁾.

Se la formulazione prescelta dal Trattato suggerisce tale impostazione è altrettanto doveroso sottolineare che nel corso degli anni questo tipo di interventi è stato oggetto di progressive e diverse valutazioni, dapprima in funzione della necessità di agevolare il processo di integrazione europea e da ultimo anche in considerazione della grave crisi economica mondiale che ha visto gli Stati membri in prima linea nel sostegno alle imprese in difficoltà, principalmente attraverso l'erogazione di rilevanti finanziamenti pubblici ⁽²⁰⁵⁾.

Sulla base di tale evoluzione, le disposizioni dei Trattati sono state pertanto integrate negli anni e oggi contengono, al citato art. 107, alcune ipotesi di deroga al principio generale sopraillustrato, tra le quali risultano particolarmente significative quelle previste al terzo paragrafo, concernenti la possibilità di concedere aiuti finalizzati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro, ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, o, infine, le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio.

Ciò che preme sottolineare è che la normativa europea, con riferimento ad alcune delle ipotesi sopracitate, consente l'erogazione di forme di sostegno pubblico, sempre che queste non alterino le condizioni degli scambi o la concorrenza in misura contraria al comune interesse. Ciò sta a significare che, in tali casi, occorre una valutazione attenta degli effetti sul mercato unico, atteso che l'automatica ammissibilità di detti strumenti non può essere considerata come sussistente *a priori*.

²⁰⁴ TESAURO, *op. cit.*, p. 807, *cit.* in C. CELLERINO E F. MUNARI, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 1143.

²⁰⁵ La sostanziale apertura verso l'ammissibilità di deroghe al generale principio del divieto per gli Stati membri di concedere aiuti alle imprese è già rinvenibile in alcune pronunce della Corte di Giustizia fin dalla fine degli anni '70 del Novecento (cfr. *ex multis*, 22 marzo 1977, causa C-78/76, *Steinike & Weinlig c. Repubblica federale tedesca*; 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline GmbH e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH c. Finanzlandesdirektion für Kärnten*).

Se tuttavia il legislatore europeo si preoccupa di stabilire in via generale il disfavore verso gli “*aiuti concessi dagli Stati*”, fornendone anche alcune ipotesi di deroga, i Trattati non prevedono una definizione puntuale di tale strumento.

È come sempre, pertanto, alla luce dell'applicazione concreta del dettato normativo che occorre considerare la reale delimitazione del fenomeno.

Certamente l'estrema genericità delle disposizioni contenute nei Trattati è sintomo della volontà del legislatore di non cristallizzare una precisa e statica nozione di “aiuto”, ma di consentire all'interprete di accedere ad una lettura dinamica e sostanziale del fenomeno che permetta di ricondurre in tale concetto qualsiasi forma di erogazione, contribuzione, sostegno o utilità economica che sia in grado di porre in una situazione di vantaggio l'operatore economico o un determinato settore produttivo rispetto agli altri *competitors* presenti sul mercato.

Come giustamente ricostruito dalla dottrina, l'aiuto può e deve essere considerato non soltanto in senso “positivo”, cioè consistere nella concessione di una sovvenzione, ma può consistere anche, in senso “negativo”, nell'eliminazione o attenuazione di un onere, come ad esempio nella previsione di un particolare regime tributario di favore che attenui notevolmente la pressione fiscale ⁽²⁰⁶⁾.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha pertanto individuato puntualmente, nel corso dei decenni, alcuni elementi per così dire “sintomatici” al ricorrere dei quali una determinata misura può considerarsi o meno riconducibile all'interno della categoria degli aiuti di Stato.

In primo luogo, la misura deve essere finanziata tramite risorse pubbliche – a nulla rilevando la natura pubblica o privata del soggetto che concede il contributo o l'utilità – e anche qualora questa non consista nell'immediato in una dazione di denaro, dovendo essa ritenersi sussistente anche laddove si possa “*creare un rischio sufficientemente concreto che si realizzi, in futuro, un onere supplementare per lo Stato*” ⁽²⁰⁷⁾.

In secondo luogo, si deve determinare un vantaggio nei confronti del beneficiario. Tale condizione risulta essere particolarmente significativa e affine al

²⁰⁶ Sul punto cfr. C. CELLERINO E F. MUNARI, in TIZZANO, *op. cit.*, p. 1145.

²⁰⁷ Sentenza CGUE 19 marzo 2013, C-399/10 P e C-401/10 P, *Bouygues SA e Bouygues Télécom SA c. Commissione europea e altri*, punto 106.

campo di indagine proposto in questa parte del lavoro, atteso che è proprio tale elemento ad essere al cuore delle pronunce giurisdizionali, anche europee, in materia di partecipazione a procedure di evidenza pubblica.

In particolare, come ricostruito dalla dottrina, si concretizza tale elemento allorquando l'operatore consegua un'utilità che non avrebbe potuto ottenere nella normale dinamica di mercato.

Un'ulteriore condizione affinché si possa configurare l'aiuto è la capacità che la misura oggetto di analisi sia rivolta ad un determinato settore o prodotto, sia in grado cioè di essere selettiva. Parte della dottrina ritiene che gli enti pubblici, in quanto non esercenti attività economiche, rimangano al di fuori del campo di applicazione della disciplina degli aiuti di Stato ⁽²⁰⁸⁾.

Come giustamente sottolineato dalla migliore dottrina *“L'inosservanza del principio di economicità comporta che le risorse pubbliche di cui naturalmente godono gli enti pubblici siano considerati aiuti di Stato”* e, come si è avuto modo già di evidenziare e approfondire *supra* al capitolo secondo, *“Il rispetto del «metodo economico» è dunque essenziale. I fini perseguiti dall'ente pubblico (come da qualsiasi altro operatore economico) sono irrilevanti, purché esso agisca seguendo criteri di economicità, su un piano di parità rispetto ai soggetti privati”* ⁽²⁰⁹⁾.

Tale impianto risulta pienamente coerente con l'impostazione interpretativa fornita dalla Corte di Giustizia, *in primis*, nella sentenza intervenuta nella causa C-94/99 di cui si avrà modo di accennare *infra*, che esamina apertamente il tema della possibile condizione di favore di un ente pubblico che partecipa a procedura di evidenza pubblica in ragione della percezione di sovvenzioni alla luce della disciplina degli aiuti di Stato.

In quarto luogo, l'intervento deve condizionare o deve essere potenzialmente in grado di alterare la concorrenza intesa in senso lato, cioè qualora esso *“provochi una modifica artificiale di determinati elementi dei costi di produzione dell'impresa beneficiaria e rinforzi la sua posizione nei confronti delle altre imprese”* ⁽²¹⁰⁾.

²⁰⁸ In tal senso cfr. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, p. 827.

²⁰⁹ D. PALAZZO, *La partecipazione degli enti pubblici alle gare d'appalto*, in *Foro Amministrativo (II)*, fasc.11, 2015, pag. 2707.

²¹⁰ TIZZANO, *op. cit.*, p. 1151.

Da ultimo, si richiede che lo strumento influisca negativamente sugli scambi tra gli Stati membri, essendo sufficiente a tal fine che l'aiuto sia in grado di avvantaggiare un'impresa rispetto ad altre presenti all'interno del mercato comune.

Il successivo articolo 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea attribuisce alla Commissione il compito di valutare la compatibilità degli aiuti concessi dagli Stati membri rispetto alla disciplina europea, prevedendo altresì al comma 3 del paragrafo 2 che *“A richiesta di uno Stato membro, il Consiglio, deliberando all'unanimità, può decidere che un aiuto, istituito o da istituirsi da parte di questo Stato, deve considerarsi compatibile con il mercato interno, in deroga alle disposizioni dell'articolo 107 o ai regolamenti di cui all'articolo 109, quando circostanze eccezionali giustifichino tale decisione”*.

Tale disposizione ha il chiaro obiettivo di consentire un'ulteriore possibilità di derogare al principio generale fissato all'articolo 108, attraverso la previsione di un'ipotesi residuale ⁽²¹¹⁾.

Fermi restando gli elementi sintomatici al ricorrere dei quali si può considerare integrabile la fattispecie dell'aiuto di Stato, la misura dovrà essere oggetto di valutazione, verificando che questa superi il c.d. *test* dell'imprenditore privato secondo il quale, come sintetizzato dalla dottrina, l'intervento è compatibile con l'ordinamento europeo solo laddove questo rappresenti *“la scelta che un soggetto privato avrebbe considerato oggettivamente conveniente”* ⁽²¹²⁾.

Quanto brevemente premesso con riferimento agli aiuti di Stato risulta importante ai fini dell'esame delle disposizioni del codice dei contratti pubblici dedicate all'anomalia delle offerte.

²¹¹ Con riferimento alle ipotesi di deroga poste nell'ambito della stessa normativa di divieto di aiuti di Stato, come giustamente sottolineato da V. CERULLI IRELLI, occorre porre in rilievo come queste non si riferiscano all'impresa pubblica come tale *“ma ad ogni tipo di intervento pubblico nell'economia, in favore di determinati soggetti, che sia tale da falsare la concorrenza; e perciò anche attraverso erogazioni finanziarie o altre facilitazioni in favore di imprese private. Interventi che sono ammessi appunto, negli stretti limiti stabiliti da quelle deroghe, interpretate e applicate attraverso i criteri notevolmente rigidi stabiliti dall'autorità comunitaria. Limiti che valgono anche per l'impresa pubblica laddove essa sia chiamata ad operare mediante criteri e modalità di azione, che integrino “aiuto di Stato” nelle varie forme previste”*, così in *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2006.

²¹² P. LAZZARA, *La pubblica amministrazione come imprenditore privato*, in *L'atto autoritativo: convergenze e divergenze tra ordinamenti. Atti del convegno annuale Bari 30 settembre-1 ottobre 2011*, Napoli, 2012.

Sul punto, come noto, il comma 7 dell'art. 97 del decreto legislativo n. 50 del 2016, il cui contenuto ricalca quanto già in precedenza previsto dal comma 5 dell'art. 87 del decreto legislativo n. 163 del 2006, dispone che *“La stazione appaltante qualora accerti che un’offerta è anormalmente bassa in quanto l’offerente ha ottenuto un aiuto di Stato può escludere tale offerta unicamente per questo motivo, soltanto dopo aver consultato l’offerente e se quest’ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dalla stazione appaltante, che l’aiuto era compatibile con il mercato interno ai sensi dell’articolo 107 TFUE. La stazione appaltante esclude un’offerta in tali circostanze e informa la Commissione europea”*.

Tali disposizioni costituiscono la trasposizione nell’ordinamento italiano di quanto previsto dapprima dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, rispettivamente all’articolo 57, paragrafo 3, e all’articolo 55, paragrafo 3, lettera e), e poi, da ultimo, nella direttiva 2014/24/UE, all’articolo 69, paragrafo 4.

Ciò che preme sottolineare è la circostanza che le disposizioni prevedono l’esclusione dell’offerta in quanto anormalmente bassa a motivo della percezione da parte dell’operatore economico di un aiuto di Stato solo a seguito di un necessario contraddittorio con l’offerente, nel quale sia quest’ultimo, in una curiosa quanto anomala ipotesi di inversione dell’onere della prova (soprattutto se osservata seguendo l’ottica di un operatore privato), a dover dimostrare che la decisione – assolutamente di *policy* pubblica – di erogare un determinato beneficio o utilità sia compatibile con le disposizioni recate dall’art. 107 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea.

Nella causa C-94/99, la CGUE nel richiamare quanto previsto dall’articolo 1, lettera c), della direttiva 92/50/CEE ⁽²¹³⁾ che autorizzava esplicitamente la partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico di enti finanziati eventualmente mediante fondi pubblici, ribadiva che tra questi dovessero essere ricompresi gli enti pubblici.

Ciò premesso, la citata pronuncia confermava come non costituisse né una discriminazione dissimulata, né una restrizione incompatibile con le disposizioni contenute nei trattati, né una violazione del principio di parità di trattamento degli offerenti, *“il solo fatto che l’amministrazione aggiudicatrice ammette(sse) a partecipare*

²¹³ Direttiva 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi organismi che ricevono, da essa stessa o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni, indipendentemente dalla loro natura, che consentono a questi organismi di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti che non beneficiano di tali sovvenzioni”.

Ciò che invece veniva considerato dirimente era la circostanza che le amministrazioni aggiudicatrici fossero chiamate a dover tenere in debita considerazione, *“l’esistenza di sovvenzioni, ed in particolare di aiuti non compatibili con il Trattato, al fine eventualmente di escludere gli offerenti che ne beneficiano”* ⁽²¹⁴⁾.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato tale profilo, richiamando sul punto quanto già chiarito dalla giurisprudenza europea, affermando come *“la partecipazione di enti pubblici, affidatari diretti di contratti di servizio pubblico e beneficiari di finanziamenti pubblici, a procedure selettive in competizione con operatori privati non costituisce di per sé un fattore distorsivo della concorrenza e non giustifica l’esclusione a priori di quell’operatore pubblico, salvo verificare caso per caso se il finanziamento pubblico non si sia tradotto in un aiuto di Stato che abbia consentito la formulazione di un’offerta anormalmente bassa”* ⁽²¹⁵⁾.

Con riferimento alla necessità di verificare in concreto la compatibilità dell’aiuto rispetto all’ordinamento europeo, il Consiglio di Stato ha peraltro escluso, del tutto condivisibilmente, la possibilità che l’obbligo in capo all’offerente di dimostrare la compatibilità dell’erogazione possa ritenersi applicabile nell’ipotesi in cui questi si giovi di una norma di legge nazionale valida ed efficace, in quanto questa *“non integra «aiuto di Stato» fino a prova contraria della dimostrazione della sua elusione, ed il controllo sulla detta eventuale elusione non è ontologicamente «eseguibile» ex ante”* ⁽²¹⁶⁾.

Ben più complessa è l’ipotesi in cui l’aiuto si sostanzi in una misura non prevista normativamente, perché, ad esempio, si traduca in un beneficio che indirettamente sia in grado di alterare la *par condicio competitorum* in sede di formulazione dell’offerta. Emblematico è il caso di una controgaranzia prestata in favore di un istituto di credito

²¹⁴ Così nella sentenza della CGUE 7 dicembre 2000, causa C-94/99, ARGE.

²¹⁵ Così TAR Toscana, Sez. I, 28 ottobre 2016, n. 1548, e successivamente confermata anche in TAR Campania, Sez. III, 6 giugno 2017, n. 3030.

²¹⁶ Cons. Stato, Sez. IV, 18 gennaio 2016, n. 143.

fornita dall'ente controllante nei confronti di un soggetto controllato che debba fornire una cauzione in caso di aggiudicazione.

In tale ipotesi il Consiglio di Stato ha escluso la propria competenza nella valutazione della compatibilità di un simile strumento, in quanto attribuita, come ricordato *supra*, alla competenza esclusiva della Commissione europea ai sensi dell'art. 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ⁽²¹⁷⁾. Ciò che rileva tuttavia, e che viene sottolineato, è “*accertare se quella misura abbia o meno alterato il libero atteggiarsi del confronto concorrenziale delle offerte prodotte dai soggetti invitati*”, cioè “*l'osservanza o la violazione delle regole di non discriminazione e di trasparenza imposte*” ⁽²¹⁸⁾.

La casistica della tipologia degli aiuti di Stato in grado di alterare la concorrenza tra operatori economici è stata peraltro nel tempo raccolta dalla giurisprudenza amministrativa che ne ha affermato l'esistenza non solo con riferimento a contributi o sussidi diretti o ad agevolazioni fiscali o contributive, a provvidenze economiche pubbliche finalizzate a diminuire o coprire i costi, ma anche con riguardo a ulteriori e più sofisticate misure che fossero in grado di garantire una posizione di vantaggio nei confronti degli altri operatori presenti sul mercato. In tal senso è stato considerato che integrassero una situazione di favore la dilazione o la rateizzazione di un pagamento, l'introduzione di limiti e condizioni alla partecipazione di altri operatori, o ancora la certezza di una partecipazione sicura al mercato di riferimento, mediante la certa conclusione di accordi negoziali i cui corrispettivi fossero sufficienti a finanziare i costi generali. In questa ultima ipotesi giustamente è stato sottolineato come “*non è necessario che ciò determini profitto, purché l'impresa derivi da tali contratti quanto è sufficiente a garantire e mantenere l'apparato aziendale*” ⁽²¹⁹⁾. In tali fattispecie è dunque del tutto ovvio che “*ogni ulteriore acquisizione contrattuale potrà avvenire offrendo sul mercato condizioni concorrenziali, poiché l'impresa non deve imputare al nuovo contratto anche la parte di costi generali già coperta, ma solo il costo diretto di*

²¹⁷ Sul punto peraltro l'ammissibilità di una simile misura è del tutto opinabile alla luce della normativa europea. Seguendo la logica del c.d. “garante privato”, come ricorda la dottrina, infatti, in queste ipotesi l'ente che concede una garanzia senza operare come fosse un operatore privato sul mercato, non può certamente costituire un intervento consentito ai sensi delle disposizioni europee, così P. LAZZARA, *op cit.*

²¹⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 7 febbraio 2014, n. 592.

²¹⁹ TAR Lazio, Sez. II-quater, 27 ottobre 2010, n. 33046.

produzione. Gli ulteriori contratti, sostanzialmente, diventano più che marginali e permettono o la realizzazione di un profitto maggiore rispetto all'ordinaria economia aziendale del settore, ovvero di offrire sul mercato prezzi innaturalmente più bassi, perché non gravati dall'ammortamento delle spese generali. Nell'uno o nell'altro caso, il meccanismo del minimo garantito altera la par condicio delle imprese in maniera ancora più grave perché con riflessi anche sul mercato dei contratti privati” ⁽²²⁰⁾.

Al contrario, non è stato ritenuto che l'affidamento diretto di un contratto potesse integrare automaticamente un aiuto di Stato, essendo stato ritenuto necessario il ricorso di volta in volta ad un'analisi puntuale in sede di verifica dell'offerta ricorrendo le condizioni previste dalla normativa, consistenti, come sopra illustrato, nella presenza di un'anomalia dovuta alla percezione di un aiuto di Stato e, in secondo luogo, nella impossibilità per l'offerente di aver percepito legittimamente il contributo, ovvero in modo compatibile con l'ordinamento europeo ⁽²²¹⁾.

Se tuttavia è pacifico che la presenza di un aiuto di Stato illegittimo possa essere utilizzata dalla stazione appaltante quale base motivazionale ai fini dell'adozione di un provvedimento di esclusione, in ragione della circostanza per la quale una sopravvenuta revoca dello stesso possa compromettere l'affidabilità dell'operatore stesso, decisamente più problematica risulta essere invece la valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice con riferimento ad un concorrente che riceva sovvenzioni pubbliche la cui legittimità non sia oggetto di contestazione.

In tal caso può considerarsi davvero esclusa ogni valutazione circa la presenza di una posizione di vantaggio in grado di alterare la concorrenza all'interno del mercato?

Non v'è dubbio che un simile apprezzamento dovrebbe essere lasciato alla successiva ed eventuale fase di verifica dell'anomalia dell'offerta, in ragione della circostanza per la quale, come è da ritenersi facilmente ipotizzabile, quel vantaggio dell'operatore pubblico si riverberi nella presentazione di un'offerta la cui particolare convenienza sia dovuta al peculiare regime giuridico proprio dello stesso o all'assenza di determinati vincoli fiscali.

Sul punto si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa che non ha mancato di sottolineare come *“quand'anche l'impiego del contributo (omissis) potesse*

²²⁰ TAR Lazio, *cit.*.

²²¹ TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 22 aprile 2014, n. 415.

essere considerato ammissibile e determinante per escludere l'anomalia dell'offerta, la stazione appaltante sarebbe in ogni caso tenuta ad attivare il contraddittorio di cui alla disposizione da ultimo richiamata, ed in tale sede procedimentale dovrebbe essere affrontato anche il tema dell'utilizzabilità o meno delle risorse in questione".

Ciò in quanto è *"evidente che un ipotetico impiego illegittimo di benefici percepiti in applicazione di disposizioni ritenute comunitariamente compatibili, ove accertato, sarebbe circostanza non solo rilevante ai fini della verifica di anomalia dell'offerta nella procedura di che trattasi, ma anche meritevole di segnalazione alle Istituzioni europee (quanto meno ai fini dell'eventuale esercizio del potere di controllo permanente sugli aiuti già esistenti, oggi disciplinato dall'art. 108, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea)"* ⁽²²²⁾.

Con riferimento al puntuale controllo e verifica dell'utilizzabilità di tale contributo si era peraltro già soffermata la giurisprudenza relativa all'ammissibilità di offerte presentate da soggetti che non debbano considerare rilevante la sussistenza o meno di un utile. In tale contesto, posto che non potrebbe imporsi ad un soggetto che agisca per finalità mutualistiche o comunque non soggetto al principio del c.d. "utile necessario", la previsione di un margine di profitto all'interno della propria offerta, le misure correttive finalizzate ad *"evitare distorsioni della concorrenza qualora agli appalti partecipino organismi non profit o enti pubblici (destinatari di benefici tributari, previdenziali o di veri e propri aiuti di Stato), gravano infatti sugli Stati membri e non sulle singole stazioni appaltanti; queste ultime possono, e in taluni casi devono, prendere in considerazione tali benefici esercitando un rigoroso controllo in sede di verifica dei requisiti generali e di anomalia dell'offerta, ma non possono considerare ex se invalida un'offerta che sia priva di utile, purché non sia sottocosto o non disveli, unitamente ad altri elementi, un fine predatorio o anticoncorrenziale"* ⁽²²³⁾.

La possibilità che la percezione di erogazioni pubbliche, seppur legittime, da parte di operatori privati possa essere strumento della distorsione della concorrenza sul mercato certamente offre una prospettiva di confronto "ad armi pari" tra operatori economici privati e pubblici, atteso che, questione di fondo del presente studio è

²²² Così il Cons. Stato, Sez. III, 22 febbraio 2017, n. 842.

²²³ Così il Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2015, n. 84 e TAR Campania, Sez. IV, 6 ottobre 2016, n. 4619.

costituita proprio dalla necessità di esaminare ed approfondire quali misure sono rinvenibili nell'ordinamento per temperare la possibile situazione di vantaggio degli enti pubblici *lato sensu* che partecipano a procedure di evidenza pubblica.

Alla luce di quanto sopra illustrato, sicuramente la fase di verifica dell'anomalia costituisce un possibile temperamento e momento di controllo, atteso che essa necessariamente interviene solo qualora l'offerta si sia concretamente rivelata maggiormente competitiva rispetto a quella presentata dagli altri concorrenti. Tale prospettiva risulta sicuramente vincente in quanto pienamente coerente con l'impostazione fornita dal legislatore e dalla giurisprudenza europei: cioè la piena parità sostanziale tra operatori economici, qualsiasi sia la natura pubblica o privata o ancora la forma giuridica prescelta.

Se ciò risulta pienamente logico in termini astratti, l'applicazione in concreto di questo momento di valutazione dell'anomalia non risulta probabilmente altrettanto efficace, laddove la lettura data in concreto delle disposizioni che prevedono il contraddittorio tra l'offerente e la stazione appaltante sembra ridursi il più delle volte ad un controllo meramente formale della compatibilità dell'aiuto rispetto al quadro normativo europeo, peraltro con l'onere per l'offerente di dimostrarne la compatibilità con l'ordinamento, condizione questa particolarmente difficile ove la misura di favore sia concessa in virtù dell'applicazione di provvedimenti normativi non di rango primario.

In tal senso la decisione della stazione appaltante di non considerare compatibile con l'ordinamento europeo un aiuto di Stato e pertanto la conseguente esclusione dell'offerta non sembrano ipotesi avverso le quali l'interessato possa ottenere nell'immediato piena tutela laddove, come si è avuto modo di evidenziare, il giudice amministrativo correttamente ritiene tale valutazione di compatibilità di competenza della Commissione ai sensi dell'art. 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Seguendo tale impostazione, pertanto, un ente pubblico, che con ogni evidenza riceva trasferimenti da parte dell'erario, potrebbe trovarsi a dover difendere la propria posizione attraverso il c.d. *test* dell'operatore privato, difficilmente superabile, laddove il legislatore non sempre, come noto, segue una stretta logica imprenditoriale di mercato

o comunque dovrebbe essere chiamato a dimostrare la bontà della propria offerta in ragione della necessità del rispetto del criterio di economicità ⁽²²⁴⁾.

In base a tale principio, in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta l'ente pubblico dovrebbe dimostrare, come per qualsiasi altro operatore economico di natura privata, che l'intervento pubblico risponda a criteri di efficienza economica. Argomentando diversamente, si sostiene, *“l'ente pubblico si troverebbe in una condizione avvantaggiata rispetto ai privati, poiché usuirebbe di finanziamenti che, non corrispondendo ad una logica imprenditoriale, costituirebbero aiuti di Stato illegittimi”* ⁽²²⁵⁾.

Sul punto la dottrina non ha mancato di rilevare che il giudizio di anomalia riguarda necessariamente la sostenibilità in termini quali-quantitativi ed economici di una singola offerta e non del complesso dell'attività svolta dall'operatore economico ⁽²²⁶⁾. Seguendo tale ottica pertanto di volta in volta la stazione appaltante dovrebbe valutare se il trasferimento in favore dell'ente pubblico partecipante costituisca o meno un aiuto di Stato, apprezzando la sussistenza o meno del criterio di economicità.

Strumento di possibile e reale verifica dunque di tale aspetto potrebbe essere fornito attraverso l'implementazione di un sistema di contabilità analitica, peraltro suggerito dalla Commissione europea, idoneo a consentire una più trasparente disamina delle singole componenti del costo di funzionamento dell'ente offerente, nonché dei costi direttamente connessi allo svolgimento della prestazione oggetto di offerta.

Secondo la dottrina tale soluzione avrebbe con ogni evidenza il pregio di consentire di *“distinguere i proventi che derivano dall'esercizio di un'attività economica condotta con metodo imprenditoriale da quelli che invece costituiscono pure e semplici erogazioni di denaro pubblico, del tutto slegate dal rispetto del criterio di economicità e tali da violare il principio di concorrenza, in quanto costituenti aiuti di Stato illegittimi”* ⁽²²⁷⁾.

La valutazione dell'anomalia dell'offerta non costituisce tuttavia l'unico strumento astrattamente idoneo alla puntuale verifica di una condotta distorsiva sul mercato da parte di un operatore pubblico. A ben valutare infatti non meno rilevante

²²⁴ In tal senso, cfr. D. PALAZZO, *op. cit.*

²²⁵ D. PALAZZO, *op. cit.*, par. 4.

²²⁶ In tal senso, D. PALAZZO, *op. cit.*.

²²⁷ D. PALAZZO, *op. cit.*, par. 5.

potrebbe risultare essere il profilo concernente il momento della verifica dei requisiti dichiarati in sede di gara da parte dell'ente pubblico che risulti aggiudicatario della procedura di evidenza pubblica.

Come noto le procedure possono prevedere, ai fini della partecipazione, la sussistenza di requisiti economico-finanziari, la cui finalità, come giustamente sottolineato dalla giurisprudenza, consiste nella misura della solidità patrimoniale e soprattutto economico-finanziaria dell'offerente, comprovabile, ai sensi di quanto disposto dall'Allegato XVII, parte I, del decreto legislativo n. 50 del 2016, attraverso la valutazione di idonee dichiarazioni bancarie o coperture assicurative, bilanci o conti economici presentati, di un dato fatturato minimo dichiarato e maturato al massimo entro un certo lasso di tempo individuato dalla Stazione appaltante ⁽²²⁸⁾.

Sul punto parte della giurisprudenza ha sottolineato come tale requisito non possa ritenersi maturabile attraverso contratti o fatture relativi a prestazioni svolte nei confronti del proprio ente controllante, dovendosi ritenere doveroso, in un'ottica di reale *par condicio competitorum*, che la dimostrazione della propria capacità economico-finanziaria sia da ritenersi acquisibile solo attraverso una reale presenza all'interno del mercato di riferimento, e dunque mediante lo svolgimento di prestazioni a favore di terzi committenti ⁽²²⁹⁾.

Pertanto, un possibile reale limite o comunque concreto argine a possibili effetti distorsivi della concorrenza originati dalla partecipazione di enti pubblici a procedure di evidenza pubblica, come anche un possibile ostacolo all'accesso al mercato da parte degli operatori economici pubblici, può essere costituito dalla necessità che la capacità economico-finanziaria, posta quale requisito di partecipazione dalla stazione appaltante, debba essere dimostrata attraverso la dimostrazione dell'avvenuto svolgimento di prestazioni per soggetti terzi che non siano pertanto riconducibili ad ente controllante o vigilante. È evidente in tal caso che il soggetto pubblico che intenda integrare il requisito dovrebbe, in via subordinata, avvalersi di altro soggetto ovvero decidere di partecipare alla procedura in raggruppamento con altri soggetti.

²²⁸ Per una differenza tra questi requisiti e quelli di tipo tecnico-professionale, cfr. TAR Puglia, Sez. II, 9 luglio 2018, n. 1036.

²²⁹ In tale logica cfr. TAR Roma, Sez. III, 14 gennaio 2015, n. 539.

Questo perché, come giustamente ha sottolineato la dottrina, non soltanto la forma giuridica prescelta dal partecipante merita attenzione, dovendosi attribuire altresì pari rilevanza alle “*cause di esclusione di operatori economici che si trovino in situazioni che incidono sulla loro affidabilità, economica o di altro tipo*”, nonché “*al possesso da parte del soggetto contraente dell’amministrazione aggiudicatrice di requisiti di qualificazione che assicurino positivamente, almeno in teoria, un tempestivo ed esatto adempimento delle obbligazioni dedotte in contratto*” ⁽²³⁰⁾.

È infatti dopo aver attribuito in via preliminare una condizione di uguaglianza in termini di affidabilità e idoneità dei concorrenti che è possibile operare la scelta dell’operatore con il quale concludere il contratto ⁽²³¹⁾.

Per una parte significativa della giurisprudenza amministrativa, pertanto, l’unico o quantomeno il più evidente limite all’ammissibilità delle offerte di soggetti pubblici che non siano imprenditori *stricto sensu* risiede nell’attenta valutazione degli scopi istituzionali dell’ente e nella presenza, del tutto eventuale, di “*clausole statutarie auto-limitative ovvero (dello) statuto giuridico proprio di quel tipo di ente sulla base della normativa nazionale di riferimento*” ⁽²³²⁾.

Il legame con le finalità istituzionali è stato ribadito dalla Corte costituzionale successivamente in altre pronunce, essenzialmente allo scopo precipuo di “*evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*” (sentenza n. 148 del 2009).

In tal senso e seppure in un contesto normativo del tutto diverso qui non oggetto di analisi puntuale, l’art. 1, comma 2, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, prevede espressamente che le disposizioni in esso contenute si pongono come obiettivo il perseguimento dell’efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, della tutela e promozione della concorrenza e del mercato, della razionalizzazione della spesa

²³⁰ R. CARANTA, *I contratti pubblici*, 2012, p. 302.

²³¹ In tal senso R. CARANTA, *op. cit.* afferma come “*le fasi di qualificazione del contratto e di aggiudicazione sono concettualmente separate, e gli elementi valutati ai fini della verifica dei requisiti di partecipazione allo stato del diritto europeo non possono in linea di principio essere utilizzati nella scelta del contraente*”.

²³² Cfr. *ex multis*, TAR Roma, Sez. III, 14 gennaio 2015, n. 539.

pubblica, disponendo, al successivo comma 1 dell'art. 4, che le *“amministrazioni pubbliche non possono direttamente o indirettamente costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”*.

Sulla base di tale normativa, la Corte costituzionale ha censurato la legittimità di alcune disposizioni regionali che consentivano la partecipazione o costituzione di società aventi per oggetto attività di produzione di servizi non strettamente necessari «al perseguimento delle proprie finalità istituzionali», violando, per ciò solo, la normativa statale a tutela della concorrenza posta dalle disposizioni del decreto legislativo n. 175 del 2016 ⁽²³³⁾.

Tali pronunce, lo si ribadisce, pur legate alla possibilità per gli enti pubblici di costituire o detenere partecipazioni in società, sono qui citate ed esaminate, come anche dalla giurisprudenza amministrativa ⁽²³⁴⁾, in chiave analogica, al fine di porre in luce come il nocciolo del problema della possibile interferenza dell'operatore economico pubblico che si ponga quale *competitor* sul mercato consista, alla luce dell'estrema libertà di scelta della pubblica amministrazione di utilizzare anche il modulo pubblicistico *stricto sensu* considerato, nella selezione da parte del legislatore delle finalità istituzionali degli enti stessi.

Il Consiglio di Stato nella già citata pronuncia n. 5767 del 2014 ha avuto modo di sottolineare come la piena compatibilità della possibilità per le Università di offrire i propri servizi sul mercato sia pienamente coerente con il quadro ordinamentale che il legislatore ha delineato, laddove *“in base all'articolo 7 della legge n. 168 del 1989, le entrate delle università sono costituite in parte prevalente da forme autonome di autofinanziamento quali contributi volontari, proventi di attività, rendite, frutti e alienazioni del patrimonio, atti di liberalità e corrispettivi di contratti e convenzioni e non già da finanziamenti pubblici del tutto residuali, sicché non è configurabile una posizione di privilegio rispetto agli altri partecipanti e non viene ad essere falsata la concorrenza”*.

²³³ Corte costituzionale, sentenza 11 aprile 2017, n. 98.

²³⁴ Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2014, n. 5767.

Anche l'Adunanza Plenaria n. 10 del 2011 aveva sul punto affermato come *“L'attività di ricerca e consulenza, anche se in favore di enti pubblici, non può essere indiscriminata, sol perché compatibile, ma deve essere strettamente strumentale alle finalità istituzionali dell'Ente, che sono la ricerca e l'insegnamento, nel senso che giova al progresso della ricerca e dell'insegnamento, o procaccia risorse economiche da destinare a ricerca e insegnamento; non si può pertanto trattare di un'attività lucrativa fine a sé stessa, perché l'Università è e rimane un ente senza fine di lucro; entro i limiti sopra disegnati, deve ammettersi che l'Università possa agire quale operatore economico nei confronti di committenti pubblici (o ad essi equiparati ai sensi del d.lgs. n. 163/2006), non solo in via diretta, ma anche mediante apposita società”*.

A ben vedere dunque, dovendosi considerare l'ente pubblico un operatore economico al pari degli altri soggetti presenti sul mercato *lato sensu* considerato e non potendosi prevedere delle limitazioni alla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica in ragione della natura pubblica, l'unico pericolo reale per la concorrenza del mercato è rappresentato dal legislatore stesso, in quanto possiede la più ampia libertà di determinare gli scopi istituzionali e le finalità da attribuire agli enti pubblici che costituisce di volta in volta.

L'unico vero limite, lo si è già sottolineato nell'ambito delle riflessioni proposte nel primo capitolo, risiederebbe nel corretto bilanciamento tra il principio costituzionale di libertà dell'iniziativa economica privata, di cui al primo comma dell'art. 41 della Costituzione, e l' *“utilità generale”* prevista dal primo comma del successivo art. 43, con riferimento alla possibilità per il legislatore di riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale.

È appena il caso di sottolineare che la scelta degli scopi istituzionali di un ente pubblico è per lo più effettuata in sede di costituzione dello stesso ed in genere attraverso provvedimenti normativi di carattere primario, e non in provvedimenti di rango secondario dunque.

Da tale circostanza discende pertanto che sia unicamente il giudice costituzionale a poter valutare la compatibilità di tali opzioni rispetto al dettato

costituzionale e dunque l'estrema difficoltà che in concreto possa essere sanzionata la previsione di scopi istituzionali che siano in grado di alterare la libera concorrenza nel mercato.

Infine, il tema del rapporto tra le nuove maggiori iniziative che l'operatore pubblico assume in conseguenza della decisione di operare sul mercato attraverso la partecipazione a procedure di evidenza pubblica ed i pregressi equilibri quantitativi espressi dal mercato stesso è stato oggetto, nel tempo, di approfondite valutazioni scientifiche da parte della dottrina economica.

L'estrema conseguenza di tale scenario, date determinate condizioni dell'economia reale e di quella monetaria e supponendo che le iniziative pubbliche sul mercato possano rappresentare nel tempo una quantità significativa, potrebbe essere quella di determinare uno spiazzamento (*crowding out*) dell'offerta privata rispetto a quella pubblica, situazione viepiù rilevante qualora dovesse emergere che la prevalenza del settore pubblico su quello privato in un determinato segmento di mercato, seppur ridotto, derivi da situazioni di privilegio, in grado di condizionare favorevolmente i fattori della produzione.

Vengono in proposito in rilievo valutazioni concernenti il diverso regime fiscale o ancora la possibilità di rinunciare, come si è visto, al margine di utile, che costituisce condizione di sopravvivenza per la maggior parte degli operatori economici privati.

Ciò evidentemente potrebbe introdurre, a livello concreto, elementi di contraddizione, se non addirittura di negazione, dei generali principi di *par condicio* dei concorrenti e di tutela della concorrenza. Segnale ultimo di tale disparità di trattamento potrebbe essere costituito dalla ricorrente eventuale anomalia delle offerte presentate dall'operatore pubblico, anomalia che, come noto, dovrebbe poi essere oggetto di definitiva analisi da parte di altra pubblica amministrazione nella veste di stazione appaltante.

3. Profili quali-quantitativi del fenomeno

In via conclusiva si propone una breve analisi del fenomeno della partecipazione da parte delle amministrazioni pubbliche a procedure di evidenza pubblica.

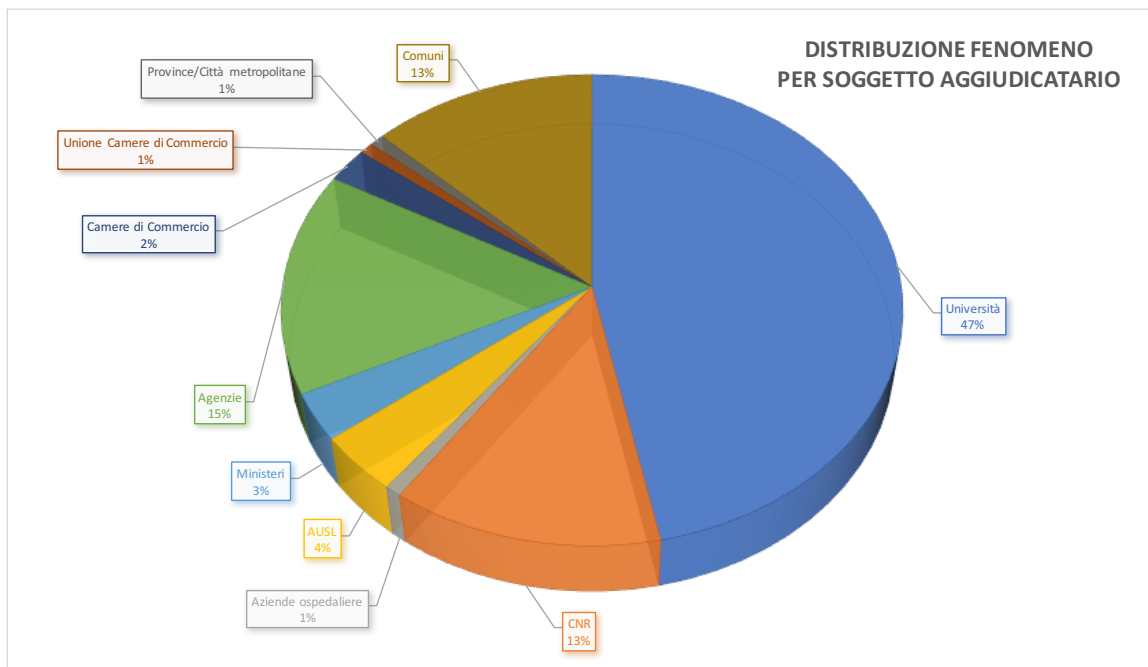
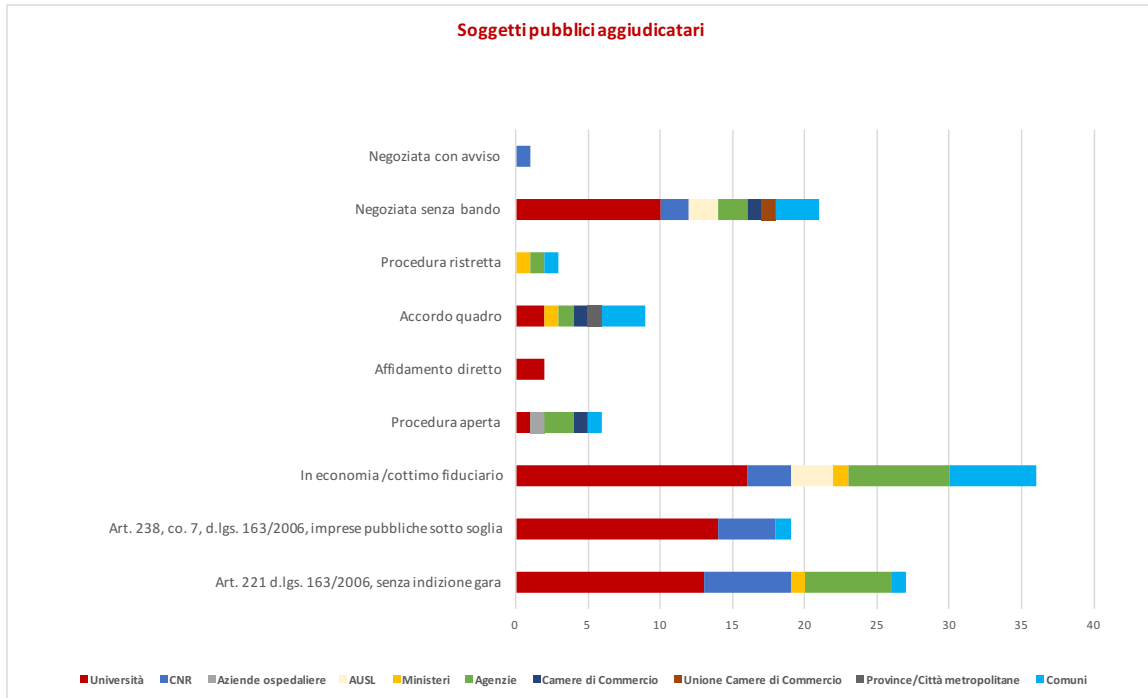
Per assicurare la piena veridicità dell'indagine si è proceduto alla verifica sistematica dei dati riportati sul sito dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, procedendo alla disamina di tutti i CIG (Codici Identificativi Gara) riportati, allo scopo di rintracciare eventuali fattispecie integranti gli estremi oggetto di ricerca. In dettaglio, ho ritenuto di prendere in esame, quali soggetti aggiudicatari: le Università (81 evidenze), il Consiglio Nazionale delle Ricerche (19 evidenze), le Aziende Ospedaliere (1 evidenza), le Aziende Unità Sanitarie Locali (5 evidenze), i Ministeri (7 evidenze), le Agenzie (30 evidenze), le Camere di Commercio (5 evidenze), le Province/Città metropolitane (1 evidenza) ed i Comuni (25 evidenze).

Nella tabella e nei grafici sottoriportati è illustrata la struttura delle distribuzioni per soggetto aggiudicatario e per tipologia di aggiudicazione, con sintesi di 124 evidenze, tenuto conto, che in 50 casi il valore riportato della procedura è risultato pari a zero, di talché l'A.N.AC. ha avviato approfondimenti per la verifica.

SOGGETTI AGGIUDICATARI	Art. 221 d.lgs. 163/2006 235	Art. 221 d.lgs. 163/2006 236	in economia /cofinno fiduciario	Procedura aperta	Affidamento diretto	Accordo quadro	Procedura ristretta	Negoziata senza bando	Negoziata con avviso	TOTALE PER STAZIONE APPALTANT E
Università	13	14	16	1	2	2		10		58
CNR	6	4	3					2	1	16
Aziende ospedaliere				1						1
AUSL			3					2		5
Ministeri	1		1			1	1			4
Agenzie	6		7	2		1	1	2		19
Camere di Commercio				1		1		1		3
Unione Camere di Commercio								1		1
Province/Città metropolitane						1				1
Comuni	1	1	6	1		3	1	3		16
TOTALE PER PROCEDURA	27	19	36	6	2	9	3	21	1	124

²³⁵ Procedura senza indizione gara.

²³⁶ Procedure sotto soglia imprese pubbliche.



I dati evidenziano una dimensione ancora molto ridotta del fenomeno oggetto di esame.

In dettaglio emerge, peraltro, il prevalente ricorso a procedure in economia, segnatamente attraverso l'applicazione dell'istituto del cottimo fiduciario, con evidente possibile pregiudizio dei principi generali di massima concorrenza, accessibilità e trasparenza.

Parimenti espressione di una perdurante tendenza al restringimento della platea degli operatori raggiunti è il consistente ricorso alle procedure negoziate senza indizione di gara e senza previa pubblicazione del bando.

Del tutto residuale appare il ricorso alla procedura aperta.

In disparte le valutazioni correlate ai contenuti delle procedure di selezione poste in essere che, talvolta, per la precipua connotazione dei profili coinvolti, possono determinare l'esigenza di rivolgersi ad una platea di esecutori obiettivamente ridotta.

Passando all'esame della distribuzione della platea dei concorrenti, è di tutta evidenza il prevalere delle Università e del CNR rispetto alle altre categorie di pubbliche amministrazioni. Dall'armonizzazione dei due profili soggettivo e oggettivo si conferma la valutazione, a tutta prima ritraibile dalle evidenze riscontrate, in ordine alla larga prevalenza di segmenti della pubblica amministrazione istituzionalmente preposti alle attività di ricerca e sviluppo in ambiti contenutistici di elevato profilo tecnico e specialistico.

L'esiguità della casistica disponibile risulta, peraltro, confermata dalla ricerca giurisprudenziale, dalla quale, nonostante la massiva ricognizione, è emersa, per lo più, della mera riaffermazione della possibilità per le amministrazioni di partecipare o meno a procedure di evidenza pubblica.

Tale problematica può dirsi peraltro oggi pressoché del tutto superata in ragione della chiara formulazione delle disposizioni del decreto legislativo n. 50 del 2016, con particolare riguardo alla definizione di operatore economico.

Il *trend* appena illustrato è il risultato dell'attività descritta di aggregazione ed analisi per macroclassi di riferimento che ha consentito di evidenziare una tendenza già caratterizzata da qualche significatività.

CONCLUSIONI

Lo sviluppo della ricerca qui proposta ha condotto ad esplorare ambiti diversi dell'azione amministrativa e molto spesso considerare fenomeni noti attraverso nuovi e contrapposti punti di vista.

Abbiamo cominciato le nostre riflessioni citando la definizione proposta da Sabino Cassese di pubblica amministrazione, paragonando quest'ultima alla nave di Teseo. Dall'ambito prettamente giuridico l'analisi ha esteso lo sguardo anche verso ambiti più propriamente vicini alla scienza economica, e alla tutela ed al presidio dei mercati.

Il terreno ipotizzato per l'evoluzione dell'azione amministrativa appare interessantissimo e sfidante, capace di determinare, per i suoi contenuti innovativi e trasversali, quell'evoluzione del ruolo della pubblica amministrazione che da più parti e da lungo tempo si auspica, soprattutto in rapporto alla possibilità che l'operatore pubblico, esaurita la sua azione strettamente legata all'attività autoritativa, possa orientarsi a supportare quel processo di sviluppo critico che appare sempre più funzionale ed indispensabile alla crescita del Paese. In questo senso il confronto con gli operatori privati e la definizione di significativi ambiti nei quali realizzare strategiche sinergie di intervento appaiono quali imperdibili occasioni per gettare le basi di uno sviluppo consapevole sempre più orientato alla massimizzazione del benessere e del bene comune.

A tal fine è emerso con chiarezza il ruolo di strategica centralità che la scienza giuridica si appresta a ricoprire in questo percorso di innovazione, dovendo essa costantemente accompagnare la progressiva costruzione di quegli *standard* operativi che rappresenteranno il presidio della legalità e della trasparenza, indispensabili al fine di garantire il vero sviluppo del mercato, attraverso la tutela della libertà di iniziativa economica.

INDICE TESI

1. LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IL MERCATO: dalla produzione di beni indivisibili alla competizione sul libero mercato

1. Il ruolo delle Pubbliche Amministrazioni
 - 1.1. Stato regolatore e stato gestore: la cura dei bisogni pubblici e la produzione dei beni
 - 1.2. La Pubblica Amministrazione e l'impresa
 - 1.3. L'utilizzo dello strumento privatistico da parte della Pubblica Amministrazione
2. La P.A. come operatore economico: un'evoluzione (in)consapevole
 - 2.1. L'impresa e l'operatore economico all'interno dell'ordinamento
 - 2.2. Il contributo della giurisprudenza europea e nazionale: il caso delle università e degli enti del servizio sanitario
 - 2.3. Lo stravolgimento delle categorie civilistiche. *Ex pluribus unum?*
 - 2.4. L'analisi di modelli economici ed econometrici applicabili all'operatore economico pubblico
3. La compressione dell'iniziativa economica della Pubblica Amministrazione

2. IL PARTENARIATO PUBBLICO-PUBBLICO

1. I fattori di sviluppo e di incremento dell'istituto
 - 1.1. Il pluralismo amministrativo: la polverizzazione dei centri decisionali e la *multilevel governance* delle funzioni amministrative
 - 1.2. La crisi e la penuria delle risorse pubbliche
 - 1.3. Efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa
2. Accordi tra pubbliche amministrazioni
 - 2.1. Gli accordi ai sensi dell'articolo 15 della l. 241/1990

- 2.2. Gli accordi tra enti nel settore pubblico nel diritto e nella giurisprudenza europei
- 2.3. Gli accordi tra amministrazioni aggiudicatrici nelle direttive del 2014 e nel d.lgs. 50/2016: una nuova prospettiva?
- 2.4. Il confine giuridico tra accordo e contratto

3. LE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI CHE PARTECIPANO A PROCEDURE DI EVIDENZA PUBBLICA

- 1. La diversa prospettiva delle pubbliche amministrazioni partecipanti
- 2. Analisi di scenario, *governance* ed ingegnerizzazione dei processi e dei procedimenti
 - 2.1. La formazione della *voluntas participationis*
 - 2.1.1. Il procedimento amministrativo per la formazione della *voluntas*
 - 2.2. L'elaborazione dell'offerta
 - 2.2.1. Le possibili forme di collaborazione con altri operatori
 - 2.2.2. La definizione dell'offerta tecnica
 - 2.2.3. La definizione dell'offerta economica: "utile d'impresa" o mera copertura dei costi sostenuti
 - 2.2.4. Pubblicità e trasparenza del procedimento
 - 2.3. Gli operatori economici pubblici e privati: *an unfair competition?*
- 3. Profili quali-quantitativi del fenomeno

Conclusioni

Indice tesi

Bibliografia

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. *Diritto amministrativo*, F.G. SCOCA (a cura di), Torino, 2008, 179 ss;
- AA.VV. *EU Procurement Directives- modernisation, growth & innovation. Discussion on the 2011 Proposals for Public Procurement Directives*, Copenhagen, 2012;
- ABRESCIA M., *Territorio e analisi economica del diritto. Amministrazione territoriale e delocalizzazione funzionale*, in *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale* di M. CAMMELLI (a cura di), Bologna, 2007;
- ADAM R. – TIZZANO A., *Lineamenti del diritto dell'unione europea*, Torino, 2010;
- ALLEGRETTI U., *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, dig. Disc. Pub., Torino, 1993;
- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965;
- ALLEGRETTI U., *La verità è nell'assunto: stato e istituzioni nel pensiero di feliciano benvenuti*, jus, 2000;
- ALLEGRI M.R., *La politica della concorrenza*, ORSELLO G.P. (a cura di), *il diritto dell'unione europea* in SANTANIELLO G., *Trattato di diritto amministrativo*, XXXII, Torino, 2002;
- ALPA G., CATRICALÀ A. (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna, 2016;
- AMATO G., *Il mercato nella costituzione*, in quad. Cost., 1992, 17;
- AMOROSINO S., *Gli accordi organizzativi tra amministrazioni*, Padova 1984;
- ANDREANI A., *Il principio di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979;
- ANTONIAZZI S., *Procedimenti amministrativi comunitari composti e principio del contraddittorio*, Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit., fasc. 3-4, 2007, p. 641;
- ARENA A., *Contributo alla sistemazione giuridica degli enti pubblici che esercitano un'attività economica*, in Riv. dir. civ., 1960, 80 ed in *Impresa e società*, 1965;
- ARENA A., *L'impresa pubblica e la sua inesistenza giuridica*, in Riv. soc., 1963;
- ARENA G., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 cost. U.c della costituzione*, in studi in onore di GIORGIO BERTI, Napoli, 2005;

- ARGIOLAS B. – MATTARELLA B.G., *Attività amministrativa e moduli convenzionali*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da) *Trattato dei contratti*, 8, Torino, 2010;
- ARROWSMITH S., *Public procurement regulation: an introduction*, 2010;
- ASTONE F., *I contratti pubblici fra ordinamento europeo e diritto interno*, www.giustamm.it;
- AUBY J.-F. – DUTHEIL DE LA ROCHERE J., *Droit administratif européen*, Paris, 2007;
- AUTERI P. et. al., *Diritto industriale: proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2016
- BACHELET V., *Profili giuridici della organizzazione amministrativa*, Milano 1965;
- BALDINATO M., *Breve nota alla sentenza coname: alcune interessanti affermazioni della corte di giustizia sull'applicazione del principio di trasparenza negli appalti pubblici* in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 5/2005;
- BANI E. (a cura di), *Il “giusto prezzo” tra Stato e mercato*, Torino,
- BARDELLI G., *Nozione di organismo di diritto pubblico, accordi tra PP.AA. E fattispecie di procedura negoziata negli appalti pubblici, in urbanistica e appalti*, 11/2005;
- BARETTONI ARLERI A., *Lezioni di contabilità di Stato*, Roma, 1984;
- BARTOLINI A., *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti, urbanistica e appalti*, 12/2013;
- BASEGGIO C., *La concorrenza negli appalti pubblici e la natura dei partecipanti nel diritto vigente*, *Foro amministrativo/TAR*, 2010, n. 3, pp. 1135 – 1151;
- BASSI N., *Accordi amministrativi verticali e orizzontali: la progressiva ibridazione dei modelli*, in *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale* di CAMMELLI M. (a cura di), Bologna, 2007;
- BASSI N., *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di esperienza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte. Seconda parte: profili generali, in il diritto dell'economia*, 1/2002;
- BASSI N., *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, 2004;

- BASSI N., *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di esperienza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte. Prima parte: profili generali, in il diritto dell'economia*, 3/2001;
- BENEDETTI A., *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune* Torino, Torino, 1999;
- BERTI G., *Dalla unilateralità alla consensualità nell'azione amministrativa* in MASUCCI A. (a cura di) *l'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, Formez, 1988;
- BERTI G., *Il principio collaborativo nell'amministrazione locale in AA.VV., Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, I, Milano, 1993;
- BERTI G., *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988;
- BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968;
- BETTI E., *Causa del negozio in n.sso dig. It, III*, Torino, 1957;
- BIBLIOGRAFIA
- BOBBIO L., *La democrazia non abita a Gordio: studio sui processi decisionali politico-amministrativi*, 2003;
- BONONI A., voce *Contratto amministrativo* in *Digesto italiano*, vol. III, Torino, 1898-1900;
- BOSCHETTI B.L., *Gli accordi organizzativi nell'equilibrio del sistema giuridico tra unità e differenziazione*, in *amministrare*, 1-2/2008;
- BOZZI C., *Riflessi dell'attuazione di criteri di coordinamento e di collaborazione sui principi giuridici dell'organizzazione amministrativa in coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali. Atti del v convegno di studi di scienza dell'amministrazione*. Varenna 17-20 settembre 1959, Milano, 1961;
- BRACONNIER S., *L'apport de l'affaire "auroux" au droit des contrats publics d'affaires*, *revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 5/2007;
- BRENET F., *Coopération public-public et droit de la commande publique*, in *droit administratif*, 2012;
- BROUSSY E., DONNANT F., LAMBERT C., *Croniques de jurisprudence de la cjce*, in *actualité juridique de droit administratif*, 2009;

- BRUTI LIBERATI E., *Accordi pubblici*, in *enc. Dir.*, agg. V, Milano, 2001;
- CAGNASSO O., VALLEBONA A., *Commentario del Codice Civile diretto da Enrico Gabrielli Dell'impresa e del lavoro - Vol. I: artt. 2060-2098*, Padova, 2012;
- Canale I., LAIOLO G., MACCHIAVELLI E., PUGLISI V., *Recepimento della direttiva CEE in materia di appalti di lavori pubblici*, in *il corriere giuridico*, 3/1992;
- CANGELLI F., *Gli strumenti consensuali dell'azione pubblica: accordi tra amministrazioni e accordi con i privati nel mutato quadro dogmatico introdotto dalla legge 15/2005 in territorialità e del localizzazione nel governo locale* CAMMELLI M. (a cura di), Bologna, 2007;
- CANGELLI F., *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004;
- CAPICOTTO L., *Commento alla sentenza della corte di giustizia UE – grande sezione- 19 dicembre 2012. Elementi identificativi degli accordi di cooperazione ex art 15 l. 241/90 e S.M.I E obbligo di rispettare le regole dell'unione europea sugli appalti pubblici*, in *unione europea e cooperazione internazionale*, 2014;
- CARANTA R. – DRAGOS D.C., *La minirivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici in urbanistica e appalti*, 2014, 5;
- CARANTA R., *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, in *urbanistica e appalti*, 4/2013;
- CARANTA R., *I contratti pubblici*, 2012;
- CARANTA R., *Transparence et concurrence*, in *Droit comparé des contrats publics*
- CARROZZA P., *Principio di collaborazione e sistema delle garanzie procedurali (la via italiana al regionalismo cooperativo)*, in *Le regioni*, 2/1989;
- CARUSO G.M., *Caratteri evolutivi del criterio dell'investitore di mercato. La contrapposizione tra Stato azionista e Stato autorità negli incerti parametri europei*, *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, fasc. 1, 2014, p. 113;
- CASALINI D., *Beyond EU law: the new "public house"*, in *EU procurement directives-modernization, growth & innovation. Discussion on the 2011 proposals for public procurement directives*, Copenhagen, 2012;
- CASANOVA M., *Svolgimento delle imprese pubbliche in Italia: impresa pubblica e impresa privata nella Costituzione*, in *Riv. Soc.*, 1967, p. 733 e ss.;

- Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010;
- Casseese S. (a cura di), *La nuova costituzione economica*, 2013;
- Casseese S., *Diritto amministrativo: storia e prospettive*, 2010;
- Casseese S., *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Riv. It. Sc., giur., 1968 ;
- Casseese S., *Le intese e gli accordi di programma in AA.VV., l'ente ferrovie dello stato. Le forniture, gli appalti, i contratti alla luce della normativa introdotta dalla l. 17 maggio 1985*, Rimini, 1986;
- Casseese S., *Teoria e pratica dell'uguaglianza*, in giorn. Dir. Amm., n. 11, 2000;
- Cassia P., *contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement*, rtd eur, 2002 ;
- Castronovo C. - Mazzamuto S., *Manuale di diritto privato europeo, III*, Milano, 2007;
- Cavallo B., *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria: rilievi procedurali e sostanziali* in F. Mastragostino (a cura di) *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007;
- Cavallo Perin R. – Casalini D., *Organisation v market in purchasing arrangements among public entities: the european perspective*, proceeding of the 4th international public procurement conference, 26-28 agosto, Seoul, 2010;
- Cerbo P., *Il potere di organizzazione della pubblica amministrazione fra legalità e autonomia*, in AA.VV., *il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008;
- Cerulli Irelli V. – Luciani F., *Diritto comunitario e diritto interno, tra stato e regioni*, Riv. It. Dir. Pub. Com., 5/2007;
- Cerulli Irelli V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011;
- Cerulli Irelli V., *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino 2008;
- Cerulli Irelli V., *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2006;
- Cerulli Irelli v., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2011;

- CHAMINADE A., *Des possibilités de coopération accrues pour les collectivités territoriales, in la semaine juridique*, 2010;
- CHELI E., *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata*, in *rass. Dir. Pubbl.*, i, 1960;
- CHIRULLI P., *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005;
- CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, 2013;
- CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011;
- CHITI M.P., *I principi*, in SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R. (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, Milano, 2008;
- CHITI M.P., *Il partenariato pubblico-privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009;
- CHITI M.P., *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, bologna, 2000;
- CHITI M.P., *Il partenariato pubblico-privato: profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna, Bononia university press, Atti convegno SPISA, 2005;
- CHITI M.P., *Mutazioni nel diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, 2003;
- CHITI M.P., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 2013;
- CIANCI E., *La nascita dello Stato imprenditore in Italia*, Mursia, Milano 1977;
- CINTIOLI F., *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività? (brevi note sull'organismo di diritto pubblico)*, www.giustamm.it;
- CIPPITANI R., *La nozione di contratto "a titolo oneroso" negli appalti pubblici*, in *contratti*, 5/2013;
- CIRILLO G.P., *La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive*, *Riv. Notariato*, fasc. 4, 2015, p. 871;
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Contratti e accordi di diritto pubblico in CERULLI IRELLI V. (a cura di), La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006;

- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in , Torino, 1997;
- CLARK J.M., *Towards a concept of workable competition*, *american economic review*, XXX, 1940;
- COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistemica*, Torino, 2011;
- COLLIN M., *Les coopération entre collectivités publiques en matière de prestation de service*, in *revue générale des collectivités territoriales*, 2010;
- COLOMBARI S., *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *urb. E app.*, 10/2003;
- COMBA M., *Cooperazione verticale ed orizzontale tra enti pubblici: verso una "teoria unificata" delle deroghe dell'applicazione della normativa europea sugli appalti?*, *dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 1/2013;
- CORSO G., *Gli appalti pubblici nel diritto europeo*, in *scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo*, Napoli, 2007;
- CORSO G., *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 4s,
- Cortese f., *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012;
- COTTINO G., *Partecipazione pubblica all'impresa privata e interesse sociale*, in *Arch. giur.*, 1965, p. 385;
- CRISAFULLI V., *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *giur. Cost.*, 1962;
- CRISMANI A., *La partecipazione alle gare di operatori economici pubblici*, in *bani e. (a cura di) il "giusto" prezzo tra stato e mercato – liber amicorum per mauro giusti*, Torino, 2009;
- D'ALBERTI M., *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2004;
- D'ANGIOLILLO P., *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, 2009;
- D'ATENA A., *Regioni e sovranazionalità* in a. D'ATENA (a cura di), *Regionalismo e sovranazionalità*, Milano, 2008;

- D'ORSOGNA D. - SCOCA F.G., *Le relazioni organizzative*, IN F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008;
- DANIELE L., *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006;
- DE LUCA P., *Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, fasc. n. 2, 2013;
- DE LUCA P., *Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *il diritto dell'Unione Europea*, 2/2013;
- DE MICHELE A., *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico* in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *la Collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011;
- DE ROBERTO A., *La tutela giurisdizionale nei procedimenti e negli accordi*, in *procedimenti e accordi nell'amministrazione locale. Atti del xlii convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Tremezzo, 19- 21 settembre 1996, Milano, 1997;
- DEAKIN S., *Two types of regulatory competition: competitive federalism versus reflexive harmonization. A law and economics perspectives on centros* IN A. DASHWOOD (a cura di), *The Cambridge yearbook of European studies*, Oxford-Portland, 1999;
- DEL GATTO S., *Natura privata e "sostanza pubblica" Il Consiglio di Stato torna a pubblicizzare un ente privatizzato ope legis*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2006, 2;
- DEL GIUDICE I., *L'Università "operatore economico" del mercato concorrenziale*, Giustamm.it, 3, 2011;
- DELLA CANANEA G., *Le alternative all'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in P. RESCIGNO E E. GABRIELLI (diretto da) *Trattato dei contratti*, VIII, Torino, 2010;
- DESANA E., *Pratiche commerciali sleali, organismi di diritto pubblico e impresa comunitaria*, Giur. It., 2014, 11, p. 2484;
- DI CAPUA V., *Accordi tra Amministrazioni e inderogabilità del diritto dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici. La tutela della concorrenza diventa un "superprincipio"*, in *GiustAmm.it* , 2014, fasc. 2, pag. 13, 2014;

- DI CARLO M., *La concorrenza nelle procedure di gara degli appalti pubblici*, Riv. Trim. Appalti, 2008, 577;
- DI COMITE V., *La nozione d'impresa nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, Giur. It., 2004, p. 11;
- DI GASPARE G., *Gli strumenti negoziali della governance esterna e della governance istituzionale* in www.amministrazioneincammino.it;
- DI GASPARE G., *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992;
- DI GASPARE G., *Organizzazione amministrativa*, dig. Disc. Pubbl., X, Torino, 1994;
- DI GIACOMO RUSSO B., *I contratti di cooperazione tra enti pubblici e la tutela della concorrenza*, appalti e contratti, 1-2/2013;
- DI GIOVANNI A., *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, 2012;
- DI MAJO A., *Contratto e negozio. Linee di una vicenda* in C. SALVI (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, Milano, 1978, 108;
- DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, A. SCIALOJA–G. BRANCA (a cura di) *Commentario al codice civile*, Bologna, 1988;
- DIEZ PICAZO L.M., *Il principio di autonomia istituzionale degli stati membri dell'unione europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 4;
- DIVARI A., *Per una lettura degli accordi di partenariato pubblico-pubblico, di cooperazione e di collaborazione inter-amministrativa*, in *Il Diritto dell'economia*, 2014, fasc. 1, pagg. 233-263;
- DIVARI A.V.A., *Per una lettura degli accordi di partenariato pubblicopubblico, di cooperazione e di collaborazione interamministrativa, il diritto dell'economia*, 1/2014;
- DREYFUS J-D. - RODRIGUES S., «*La coopération intercommunale conforté par la cjce?*», in *l'Actualité juridique droit administratif*, 2009;
- FALCON G.D., *Convenzioni ed accordi amministrativi, i*, in *Enc. Giur.*, Roma 1988;
- FALCON G.D., *Il coordinamento regionale degli enti locali. Gli strumenti consensuali, regione e governo locale*, 1990;

- FALCON G.D., *Le convenzioni pubblicistiche ammissibilità e criteri*, Milano, 1984;
- FATÔME E. - MÉNÉMÉNIS A., *concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques; éléments d'analyse*, in *actualité juridique de droit administratif*, 2/2006;
- FENUCCI T., *A proposito degli "organismi di diritto pubblico"*, in *Diritto e giurisprudenza*, 2005, 1,
- FERRARA R., art. 15. *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in SANDULLI M.A. (a cura), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011;
- FERRARA R., *Intese, convenzioni e accordi*, in *digesto pubbl.*, viii, Torino, 1993;
- FERRARA R., *L'accordo... E gli accordi di programma. Spunti sulla c.d. Amministrazione consensuale (nota a cons. Stato, sez. Iv, 1° agosto 2001, n. 4206, e corte conti, sez. Contr. Stato, 10 aprile 2000, n. 30)*, in *il foro italiano*, 3/2002;
- FERRARI G.F., *Parking brixen : teckal da totem a tabù ?*, in *diritto pubblico comparato e europeo*, 2006;
- FERRARO G., *La nozione di operatore economico nelle gare d'appalto*, in *Urb. e app.*, 2007, 8, p. 943 ss.;
- FERRARO V., *La sentenza aurox- commune de roanne: una nuova pronuncia del giudice comunitario in materia di affidamento di un appalto senza procedura ad evidenza pubblica*, in *rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1/2007;
- FERRI G.B., *La causa nella teoria del contratto* IN C. ANGELICI – G.B. FERRI (a cura di), *studi sull'autonomia dei privati*, Torino 1997;
- FIDONE G., *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, 2011;
- FIENGO G.F., *Le regole europee in materia di appalti pubblici: nulla di nuovo dalla corte con la sentenza 19 dicembre 2012 c-159/11 (...)?*, in *rassegna dell'avvocatura dello stato* 4/2012;
- FIORENTINO L. (a cura di), *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, omaggio degli allievi a Sabino Cassese, 2008;
- FIORENTINO L. – LACAVA C., *Il codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, *giorn. Dir. Amm.*, quaderni, 15/2007;

- FOÀ S., *I soggetti partecipanti alle gare* in GALLO C.E. (a cura di), *autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014;
- FOIS S., *Legalità* (principio di), enc. Dir., Milano, 1973;
- FRENI E., *La tutela della concorrenza*, in CASSESE S. (a cura di), *trattato di diritto amministrativo*, iv, Milano, 2010;
- GALGANO F., Introduzione, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1977;
- GALGANO F., *L'impresa*, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F. Galgano, Padova, III, 1979, pp. 52 e ss.;
- GALLO C.E. (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014;
- GALLO C.E., *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, in *urbanistica e appalti*, 10/2009;
- GARRI F. - GARRI F., *Il mercato dei contratti pubblici; il ruolo dell'autorità di vigilanza di settore e dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, IN SANDULLI M.A. - DE NICTOLIS R. - GAROFOLI R. (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008;
- Gaudemet y., *Droit administratif*, Paris, 2005;
- GENINATTI SATÉ L., *Forme e limiti dell'affidamento dei appalti di lavori tra amministrazioni aggiudicatrici*, in *foro amm.- cds*, 3/2007;
- GHIRIBELLI A., *Gli accordi tra pubbliche amministrazioni: disciplina normativa e pronunce giurisprudenziali*, in *nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 19/20, 2009;
- GIACALONE A., *Dalla corte di giustizia arrivano le "deroghe" all'evidenza pubblica*, in *diritto e giustizia*, 2012;
- GIANNINI M.S., *Autonomia*, enc. Dir., iv, Roma, 1959;
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, 1993;
- GIANNINI M.S., *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958;
- GIANNINI M.S., *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. Dir. Comm.*, LVIII, 1959, 313;

- GIAQUINTO, voce *Contratto amministrativo* in *Nuovo Digesto italiano*, Torino, 1938;
- GOBBO F., *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 2001;
- GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003;
- GRECO G., *Accordi di programma in il diritto dell'economia*, Milano, 1990;
- GRECO G., *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunit., 2000;
- HAURIU M., *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, 1939;
- IELO D., *commento all'art. 15 "accordi fra pubbliche amministrazioni" in AA.VV. L'azione amministrativa. Commento alla l. 7 agosto 1990 n. 257 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dal decreto legge 14 marzo 2005 n. 35*, Milano, 2005;
- IERVOLINO F., *Accordi tra pubbliche amministrazioni e tutela della concorrenza*, in www.giustamm.it, 2012;
- IMMORDINO M., *Legge sul procedimento amministrativo. Accordi e contratti di diritto pubblico*, in *diritto amministrativo*, 1997;
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, Bari, 2003;
- KOEBEL B., *Marchés publics conclus entre pouvoirs adjudicateurs: l'équilibre, enfin?*, in *La semaine juridique administrations et collectivités territoriales*, 7, 2012;
- KOTSONIS T., *Application of the "teckal" exemption to a services concession contract; coditel brabant sa v commune d'uccle, region de bruxelles-capitale in public procurement law review*, 2009;
- KOTSONIS T., *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* 6/2009;
- KOVAR R., art. 100 in v. Constantinesco - J.-P. JACQUÉ - R. KOVAR - D. SIMON (a cura di), *Traité instituant la cee*, Parigi, 1992;
- LACAVA C., *I contratti pubblici tra stato e regioni e la tutela della concorrenza*, in *giorn. Dir. Amm.*, 6/2008;

- LAINO A., *La valutazione economica degli Istituti giuridici*, 2013;
- LEDDA F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1962;
- LIBERTINI M., *L'azienda e il mercato*, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F. Galgano, Padova, III, 1979, pp. 469 ss.
- LINDITCH F., *La cour de justice accepte les prestations intercollectivités dès lors qu'elles traduisent une véritable démarche de coopération*, in *la semaine juridique administrations et collectivités territoriales*, 44/2009;
- LISERRE A., *L'impresa pubblica tra socialità e profitto*, in *Contratto e impresa*, 1988, 813;
- LLORENS F. - SOLER-COUTEAUX p., *Coopération public-public et droit communautaire: quelles perspectives?*, in *contrats et marchés publics*, 12/2011;
- LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983;
- MACCHIA M., *Le società a partecipazione statale*, in Rapporto IRPA 1/2015;
- MAINARDIS C., *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo stato-regioni, in le regioni*, 2011;
- MAMELI B., *Lo stretto collegamento tra la nozione di organismo di diritto pubblico e la ratio delle direttive sugli appalti pubblici*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, 4;
- MANFREDI G., *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001;
- MARCHIANÒ G., *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'Amministrazione*, Riv. It. Dir. Pubbl. Comun., fasc. 1, 2016;
- MARESCA D., *La cooperazione inter-amministrativa tra appalti e accordi orizzontali: i recenti orientamenti della corte di giustizia*, dir. Pubbl. Comp. Eur. 2/2013;
- MARONGIU G., *La pubblica amministrazione di fronte all'accordo. Considerazioni preliminari*, in MASUCCI A. (a cura di) *l'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, Formez, 1988;
- MASSERA A., *I contratti* in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto amministrativo applicato*, in CASSESE S. (diretto da), *Corso di diritto amministrativo 2*, Milano, 2005;

- MASSERA A., *I contratti*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale, II ed.*, Milano, 2003;
- MASSERA A., *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa University Press, 2011;
- MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici: Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove direttive europee e del d.l. 90 del 2014*, 2014;
- MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, 2011;
- MASUCCI A., *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988;
- MATTALIA M., *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario*, Foro amm., CdS, fasc. 7-8, 2008, p. 1984;
- MCGOWAN D., *Eu-clarification of permissible public cooperation and pecuniary interest: azienda sanitaria locale di Lecce, università del Salento. Ordine degli ingegneri della provincia di Lecce (c-19/11)*, in *public procurement law review*, 2013;
- MELIS G., *Introduzione: le trasformazioni del reticolo amministrativo nel Novecento: dalle Province alle "reti"*, in *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale* di CAMMELLI M. (a cura di), Bologna, 2007;
- MERUSI F., *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *dir. Amm.*, 1/1993;
- MIELE G., *Le manifestazioni di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931;
- MODERNE F., *La recente evoluzione del diritto dei contratti amministrativi: le convenzioni fra persone giuridiche pubbliche* in MASUCCI A. (a cura di) *l'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, Formez, 1988;
- MOLINA J.A.M., *Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione*, *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.* 1998, 561;

- MOREA R., *Gli accordi amministrativi tra "norme di diritto privato" e principi italo-comunitari*, Napoli, 2008;
- MULAZZANI G., *La nozione di operatore economico e la partecipazione degli enti pubblici alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici*, in *Munus*, 2015, fasc. 2;
- MUSSO A., *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca. Art. 2563-2574 e art. 2584-2601. Ditta e insegna. Marchio. Brevetti. Disegni e modelli. Concorrenza*, Bologna, 2012;
- NAPOLITANO G. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, 2007;
- NAPOLITANO G., *L'attività amministrativa e il diritto privato*, *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2005, p. 481;
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, 2003.
- NAPOLITANO S., *Le forme consensuali dell'esercizio della potestà amministrativa. Gli accordi amministrativi*, Roma, 2013;
- NICITA A. (a cura di), *L'analisi economica dei contratti*, 2005;
- NICODEMO A. - NICODEMO G.F., *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 della concorrenza*, www.giustamm.it, 2013;
- NIGRO M., *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988;
- NIGRO M., *Conclusioni* in MASUCCI A. (a cura di) *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, Forzè, 1988;
- NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966;
- NIZZO C., *Definizione di impresa pubblica, libertà nel mercato e libertà di mercato privato*, *Giorn. Dir. Amm.*, 1998, 7, p. 633;
- NIZZO C., *L'organismo di diritto pubblico nella direttiva 92/50/CEE*, *Giorn. Dir. Amm.*, 1999, 4, 316;
- OTTAVIANO V., *La regolazione del mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, II, 1979;

- OTTAVIANO V., *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, Riv. Trim. Dir. Pub., 1964;
- PACE A., *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari*, in Scritti in onore di E. Tosato, Milano, 1982;
- PACE A., *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in PD, 1993;
- PASTORI G., *Accordo e organizzazione amministrativa* in MASUCCI A. (a cura di) *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, Formez, 1988;
- PASTORI G., *Impresa pubblica*, in *Lo Statuto dell'impresa*, Milano, 1986,103;
- PASTORI G., *Impresa pubblica*, in *Lo Statuto dell'impresa*, Milano, 1986,103;
- PEDACI V., *Sostanzializzazione della funzione amministrativa e organismo di diritto pubblico*, in *L'Amministrazione italiana*, 2006, 2;
- PEDERSEN K., Olsson E., *Commission v. Germany: A new approach to in-house providing?* in *Public Procurement Law Review*, 19, 2010, pp. 33-46;
- PÉREZ TREMPES P.- VIOLINI L., *La costituzione europea e l'organizzazione territoriale degli stati membri*, riv. It. Dir. Pub. Com., 6/2004;
- PERFETTI L., *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*, Foro amm. CdS, fasc. 9, 2003, p. 2498;
- PERICU G. – GOLA M., *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in MAZZAROLLI L, PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001 e 2005;
- PICOZZA E., V. Ricciuto, *Diritto dell'economia*, 2013;
- PIERI M., *Le aziende sanitarie*, in *Le aziende sanitarie pubbliche*, C. Miriello (a cura di), Padova, 2009;
- PIPERATA G., *Il governo locale tra territorialità del diritto e spazio dell'economia*, in *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale* di M. Cammelli (a cura di), Bologna, 2007;
- PIRAINO S., *La consensualità nell'azione amministrativa in rivista del diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente* 2008;
- PLATON S. - MARTIN S., *L'exception de coopération entre autorités publique en droit européen de la commande publique*, in *actualité juridique de droit administratif*, 2012 ;

- PLATON S., *La cour précise les conditions de l'exception de coopération entre entités publiques en droit de contrats publics*, in *journal d'actualité des droits européens*, 2012;
- POCAR F., *Diritto dell'unione europea*, Milano, 2010;
- POLICE A. - GRÜNER G., *Le fonti*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2010;
- POLICE A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007;
- PORTALURI P.L., *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998;
- PROTO D., *La direttiva 93/36/ce sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è applicabile anche nei contratti fra amministrazioni aggiudicatrici*, in *Urb. E App.*, 10/2000;
- RAGANELLI B., *L'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici* in c. FRANCHINI (a cura di), *L'appalto pubblico*, in RESCIGNO P. E GABRIELLI E. (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2010;
- RANGONE C., *Affidamenti diretti e cooperazione tra enti pubblici: il mercato dell'unione si allarga o si restringe?*, in www.osservatorioappalti.it, 2012;
- RICHER L., *Droit des contrats administratifs*
- RICHER L., *L'europe des marchés publics*, Parigi, 2009;
- ROBINSON J., *The economics of imperfect competition*, London, 1934;
- RODORF R., *Le società partecipate*, in *Società*, 2013, 1327;
- ROVERSI MONACO F., *L'attività economica pubblica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, La costituzione economica, I, Padova, 1977, pp. 385 e ss.;
- SABBATINI M.S., *La direttiva 2007/66/ce sulle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici: la trasparenza è anche una questione di termini*, in *diritto del commercio internazionale*, 131/2008;
- SANDULLI A.M., *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di) *trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000;
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, 735 ss;

- SANDULLI A.M., *Proporzionalità*, in S. CASSESE (diretto da), *Diz. Dir. Pubbl.*, Milano, 2006;
- SANDULLI M.A., *L'oggetto* in SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R. (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, i, Milano, 2008;
- SANTACROCE C.P., *La stabilità degli accordi tra pubbliche amministrazioni*, Milano, 2014;
- SANTACROCE C.P., *Osservazioni sul «partenariato pubblico-pubblico», tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *www.giustamm.it*, ora anche in *riv. Giur. Urb.* 2/2014;
- SANTORO P. - SANTORO E., *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2011;
- SANVITI G., *Convenzioni e intese nel diritto pubblico*, Milano, 1978;
- SATTA F., *Imparzialità della pubblica amministrazione*, *enc. Giur.*, XV, 1989;
- SATTA F., *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, Padova, 1980;
- SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969;
- SCHEIB J.M., *Administrative Agreements: Should They Be in the Shadows of the APA?*, in *"Adm. Law. Rev."*, 2003;
- COCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008;
- COCA F.G., *Accordi e semplificazione, in nuove autonomie*, 3-4/2008;
- COCA F.G., *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *dir. Amm.* 1999;
- COCA S.S., *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *i contratti di appalto pubblico*, in P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2010;
- SEPE O., *L'efficienza dell'azione amministrativa*, Milano, 1975;
- SORDI B., *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 4, 483;
- SPAGNUOLO M., *L'affidamento di appalti tra amministrazioni aggiudicatrici: un nuovo arresto della corte di giustizia*, in *appalti e contratti*, 12/2013;
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Attività economica privata e potere amministrativo*, Pompei, 1962;

- SPERANZA N., *Il principio di buon andamento-imparzialità dell'amministrazione nell'art. 97 della costituzione foro amm.*, 1972;
- SPUNTARELLI S., *Questioni interpretative in ordine alla costituzione di società commerciali da parte delle Università*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, fasc. 12, pagg. 1461-1467;
- TESAURO G., *Diritto comunitario*, Padova, 2009;
- TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2013;
- TESSON F., *La cour de justice de l'union européenne précise l'exception à l'application du droit de la commande publique aux coopérations entre collectivités publiques*, in *la semaine juridique administration et collectivités territoriales*, 3/2013;
- TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014;
- TONINELLI P.A. (a cura di), *The Rise and Fall of State-Owned Enterprise in the Western World*, Cambridge University Press, Cambridge 2000;
- TREBASTONI D. F., *Identificazione degli enti pubblici, e relativa disciplina*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2007, 1;
- TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, *Dir. Amm.*, 2004, 4, p. 661 ss.;
- VALAGUZZA S., *L'attività di impresa degli enti pubblici*, *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, fasc. 1, 2014, p. 83;
- VALAGUZZA S., *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008;
- VALENTINI S., *Impresa pubblica, Lineamenti giuridici*, Padova, 1980;
- VINTI S., *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, Padova, 2002;
- VINTI S., *La circolarità logica del diritto amministrativo: decostruire concetti per ordinare frammenti*, 2014;
- VIVARELLI M.G., *I soggetti affidatari di contratti pubblici: opinioni a confronto*, *Appalti e contratti*, 2011, fasc. 1-2, pagg. 42-49;

- VIVARELLI M.G., *Le società pubbliche: le criticità del sistema con particolare riguardo alla necessità di contenimento della spesa pubblica*, Rivista trimestrale degli appalti, 2011, n. 1, p. 83-165;
- VOGLIOTTI M., *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo: Estratti da il tramonto della modernità giuridica, Un percorso interdisciplinare*, 2013;
- WANG P., CAVALLO PERIN R., CASALINI D., *Addressing purchasing arrangements between public sector entities: what can the WTO learn from the EU's experience?* in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge University Press, 2011, pp. 252 e ss.
- ZANARDO A., *La nozione di impresa nuovamente al vaglio dei giudici di legittimità*, Dir. e Prat. Trib. 2017, 3, p. 1179.