

## Trasferimenti di competenze tra autorità amministrative e appalto pubblico: le condizioni della CGUE

di Francesco Campodonico

**Title:** Transfers of powers between administrative authorities and public procurement: the ECJ's conditions

**Keywords:** Public procurement; Administrative authorities; Financial autonomy.

1. – La Corte di Giustizia dell'Unione europea, intervenendo per la prima volta sulla questione, ha affermato che il mero trasferimento di competenze tra autorità amministrative non rientra nella nozione comunitaria di appalto pubblico a condizione che l'autorità ricevente disponga anche di autonomia decisionale e finanziaria oltre che delle responsabilità connesse alle competenze trasferite.

Come affermato dall'Avvocato generale, Paolo Mengozzi, nell'*incipit* delle sue Conclusioni (presentate il 30 giugno 2016), con la sentenza in commento la Corte ha avuto l'opportunità di esaminare una «delicata questione», «di notevole importanza pratica» e che «ha suscitato l'interesse della dottrina» (quella tedesca in particolare). Tuttavia, benché tratti un tema complesso e importante come quello dell'interazione tra il potere di riorganizzazione interna agli Stati membri e la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici, questa sentenza ha ricevuto, almeno in Italia, scarsa attenzione da parte della dottrina (per un'eccezione v. il breve commento di A. Santuari, *Collaborazione pubblico-pubblico: i paletti della Corte UE*, in *Persona e danno*, 2016).

La domanda di pronuncia pregiudiziale, rivolta alla Corte da un giudice tedesco del Tribunale regionale superiore di Celle («*Oberlandesgericht Celle*»), nasceva da una controversia tra un'impresa di smaltimento di rifiuti, la *RemondisGmbH & Co. KG Region Nord* (d'ora in avanti "la *Remondis*"), e la *Region Hannover* (la "Regione di Hannover") in merito alla legittimità del trasferimento, da parte di quest'ultima, della competenza sul trattamento dei rifiuti a un altro organismo pubblico, lo *Zweckverband Abfallwirtschaft Region Hannover* (ossia "il Consorzio intercomunale per la gestione dei rifiuti della Regione di Hannover", nel seguito indicato più semplicemente come "il Consorzio").

Il Consorzio era stato istituito a seguito dell'approvazione congiunta, da parte della Regione di Hannover e della città di Hannover, del suo «regolamento» (v. punto 13 della sentenza *de qua*). Con l'approvazione dell'atto regolamentare, i due enti "fondatori" avevano disposto a favore del nuovo ente, dotato di personalità giuridica pubblica, non solo il conferimento delle loro rispettive competenze in materia di gestione dei rifiuti ma anche – e a titolo gratuito – i propri «enti incaricati dei compiti di smaltimento dei rifiuti, di pulizia delle strade e di servizio invernale» (v. punto 14).

In virtù delle disposizioni contenute nel regolamento istitutivo, il Consorzio ha la facoltà di adottare tutte le disposizioni statutarie e regolamentari relative all'imposizione di canoni, benché per il tramite di un'assemblea composta dai responsabili delle due amministrazioni "fondatrici", che danno istruzioni vincolanti ai propri rappresentanti. Tali

rappresentanti, peraltro, possono votare solo sulle materie che ricadono nelle competenze trasferite dall'ente rappresentato. Si noti ancora che, in caso di perdite, le istituzioni fondatrici si fanno carico di ripianare il bilancio del Consorzio.

Quanto, poi, alla competenza in materia di modifica del regolamento istitutivo e di nomina del responsabile della gestione del Consorzio, l'art. 8 del regolamento prevede – almeno secondo quanto riportato dall'Avvocato generale (v. punto 18 delle Conclusioni) – che esse spettino all'assemblea sopra indicata unitamente alla possibilità di disporre il ricorso a terzi allo scopo di espletare i propri compiti regolamentari. Sempre a tal fine, il Consorzio può anche «acquisire partecipazioni in imprese ed enti» (v. punto 15 della sentenza).

Nel proprio ricorso per verifica (*Nachprüfungsantrag*) al giudice di Celle, la *Remondis* faceva osservare che il 6% del fatturato del Consorzio, a nove anni dalla sua fondazione (nel 2011), proveniva da «transazioni commerciali effettuate con soggetti terzi» (v. punto 22). Anche per questo l'impresa privata chiedeva al giudice – e poi alla Corte europea – la qualificazione come appalto pubblico dell'intera «operazione di cessione di competenze» al Consorzio, l'applicazione della normativa comunitaria e, conseguentemente, che la stessa operazione venisse dichiarata nulla per mancata applicazione delle procedure ad evidenza pubblica.

2. – Il giudice del rinvio, ritenendo che la corretta qualificazione dell'operazione (appalto pubblico o mera vicenda di riorganizzazione interna all'amministrazione?) fosse pregiudiziale per la decisione finale sul ricorso della *Remondis*, sollevava la questione innanzi alla Corte di Giustizia, evidenziando alcuni elementi di complessità della fattispecie. Anzitutto, il giudice tedesco rilevava come l'avvenuto trasferimento di competenze avrebbe comunque riguardato «prestazioni di servizi ai sensi della direttiva 2004/18». In secondo luogo, il trasferimento sarebbe avvenuto dietro il pagamento di un corrispettivo, benché quest'ultimo fosse rappresentato dal solo «rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto». Il consorzio, inoltre, avendo esercitato (ed esercitando ancora) competenze ulteriori rispetto a quelle «trasferite» dai due enti fondatori, si sarebbe distinto dai «classici» fenomeni meramente riorganizzativi interni agli Stati membri. Infine, il trasferimento di compiti non sembrerebbe riconducibile a nessuno dei due «tipi di appalto» che, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, sono sottratti all'applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici, cioè l'affidamento «*in house*», di cui al *leading case Teckal* (v. sentenza CGUE del 18 novembre 1999, C-107/98), e la «cooperazione tra enti pubblici», di cui al caso della sentenza *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* (v. sentenza CGUE del 19 dicembre 2012, C-159/11).

3. – Prima di trattare, nell'ordine sopra indicato, le varie questioni sollevate dal giudice del rinvio, l'Avvocato generale prendeva le mosse dalla definizione di appalto pubblico («un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra un operatore economico e un'amministrazione aggiudicatrice, avente per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della direttiva stessa»), stabilita dalla direttiva 2004/18 (v. punto 33 delle Conclusioni).

Mediante un procedimento espositivo che sarà condiviso anche dalla Corte, dopo aver escluso la rilevanza di eventuali altre definizioni «interne» di appalto pubblico, l'Avvocato generale sosteneva la necessità di considerare, ai fini della sua qualificazione giuridica, l'operazione nel suo complesso e non per parti separate (punto 35 delle Conclusioni). Egli, pur concordando con il giudice del rinvio sul carattere oneroso dell'operazione, faceva tuttavia osservare come «detti trasferimenti di competenze non riguardano «acquisizioni a titolo oneroso di beni o di servizi», ma vanno ben aldilà di esse, dando luogo a una trasmissione degli obblighi e dei diritti di svolgere i compiti in questione, ivi compreso il potere ufficiale di stabilire il quadro normativo per lo svolgimento di tali compiti» (v. punto 43 delle Conclusioni). A sostegno di questa interpretazione – peraltro – era invocata la disposizione contenuta nell'art. 1, par. 6, della direttiva 2014/24, secondo cui sono sottratti

all'applicazione della direttiva gli «strumenti giuridici che disciplinano, senza prevedere una remunerazione in cambio di una prestazione contrattuale, i trasferimenti di competenze e responsabilità per la realizzazione di compiti pubblici tra amministrazioni aggiudicatrici» (v. punto 44 delle Conclusioni).

La parte più interessante delle Conclusioni, tuttavia, consiste nell'analisi dei «tratti essenziali» di questi trasferimenti. L'Avvocato generale, infatti, oltre a presentare alcuni «elementi» «caratterizzanti» di questi trasferimenti – desunti dalla sentenza 20 ottobre 2005, *Commissione contro Francia* (C-264/03) – ne proponeva alcune integrazioni.

In prima battuta, l'autorità «trasferente deve spogliarsi della propria competenza» sia in termini «reali» (cioè si deve verificare una cessione effettiva – e non solo temporanea o unilateralmente revocabile, almeno secondo il ragionamento dell'Avvocatura – della specifica competenza) sia «globali» (ossia l'ente ricevente deve disporre della «totalità dei poteri e delle responsabilità necessari per svolgere pienamente e in maniera autonoma la funzione pubblica», v. punti 53 e 54 delle Conclusioni).

Da ciò dovrebbe conseguire, come “secondo elemento”, la totale spogliazione di tale competenza in capo all'ente trasferente, il quale, teoricamente, non dovrebbe avere alcuna possibilità di interferire nella gestione successiva. Tuttavia, a questo proposito, si aggiungeva, da parte ancora dell'Avvocato generale, che l'assenza di successive interferenze nella gestione non può significare l'assenza totale di «relazioni» tra l'ente trasferente e quello ricevente (v. punto 56 delle Conclusioni); al contrario, tra questi continuerebbe a sussistere un evidente rapporto di «responsabilità politica» da cui discenderebbe un «controllo politico» da parte del primo sul secondo ente.

In terza e ultima battuta, l'Avvocatura rilevava come la Corte avesse già evidenziato la necessità che l'ente ricevente goda di «autonomia finanziaria nello svolgimento del compito pubblico per il quale le competenze gli vengono trasferite». Tale condizione è intesa dall'Avvocato generale nei termini di assenza di una dipendenza finanziaria del secondo ente dal primo, per cui assieme ai “nuovi” compiti, il secondo ente, deve ricevere anche i mezzi finanziari necessari al loro espletamento (v. punto 57 delle Conclusioni).

A conclusione dell'analisi, l'Avvocato generale, pur consapevole del fatto che l'accertamento materiale dell'avvenuto «trasferimento reale» (e «globale») di competenze sia compito riservato al giudice nazionale, suggeriva comunque alla Corte di fornire a quest'ultimo «indicazioni tali da consentirgli di decidere», sulla base del *dictum* della sentenza 1° ottobre 2015, *Trijber e Harmsen* (C-340/14 e C-341/14, punti 54 e 55).

4. – Facendo seguito all'invito espresso dall'Avvocato generale, la Corte ha precisato che, per aversi un trasferimento di competenze, occorra, in primo luogo, un trasferimento non limitato alle sole responsabilità connesse alla competenza trasferita ma che si estenda anche ai «poteri che sono il corollario di quest'ultima» (v. punti 49 e seguenti della sentenza). E, nello specifico, la Corte ha richiesto che l'autorità ricevente sia investita: a) del «potere di organizzare la realizzazione dei compiti» rientranti nell'ambito della competenza trasferita; b) del potere di stabilire «il quadro normativo» relativo a tali compiti e c) dell'«autonomia finanziaria che consenta di garantire il finanziamento dei suddetti compiti».

Posti tali requisiti, è divenuto più agevole – per i giudici europei – tracciare una netta separazione tra il caso in analisi e il precedente, oggetto della sentenza *Piepenbrock* (C-386/11), in cui un ente territoriale si limitava ad affidare ad un altro ente, dietro pagamento di un corrispettivo, lo svolgimento solo di alcune «mansioni materiali», inerenti, però, ad un ambito che continuava a rimanere di competenza del primo ente e sullo svolgimento delle quali lo stesso ente si riservava di esercitare tutti i controlli relativi.

D'altro canto, seguendo una soluzione già prospettata dall'Avvocato generale, la Corte ha precisato ancora che l'esercizio del “primo” potere, quello di “organizzazione autonoma”, non può essere inteso, «in linea di principio», come sottrazione *tout court* da qualsiasi controllo (anche «politico») da parte di altri enti pubblici. Tale controllo, però, non può consistere in un'«ingerenza nelle modalità concrete di realizzazione dei compiti» rientranti nell'ambito della competenza trasferita. Nel caso di specie, la Corte ha rilevato come sussista

il pericolo di un'ingerenza siffatta nella gestione concreta della competenza trasferita (e, segnatamente, nella raccolta e nel trattamento dei rifiuti) da parte dell'assemblea del Consorzio, in cui siedono i rappresentanti degli enti fondatori. Dunque, sarà compito del giudice nazionale stabilire se (e in quale modo) tale assemblea eserciti un'ingerenza nella «realizzazione materiale dei compiti trasferiti».

Richiamandosi ancora a quanto suggerito dall'Avvocato generale, la Corte ha affermato poi che un trasferimento reversibile della competenza non esclude la sussistenza di un'effettiva «autonomia di azione» e spiega come il verificarsi di rimodulazioni successive attenga alla ripartizione delle competenze interne ad uno Stato membro, potestà che «non può essere ritenuta rigida» (v. punto 53).

Per quanto riguarda, infine, la possibilità per il Consorzio di svolgere attività anche sul mercato (il 6% del fatturato derivante da transazioni con i terzi), secondo la Corte essa rientra nella sfera dell'organizzazione interna degli Stati membri e non ha rilievo su un trasferimento che, comunque, rispetti le tre condizioni di autonomia viste sopra.

5. – La presente sentenza, pur offrendo un significativo contributo alla migliore definizione della nozione europea di appalto pubblico, pone condizioni piuttosto generali e poco definite, così lasciando importanti margini di autonomia decisionale ai giudici nazionali. Si pensi, infatti, alla difficoltà di enumerare i casi in cui si verifica un'«ingerenza nelle modalità concrete di realizzazione dei compiti» oppure di stabilire se il raggio della normativa nazionale o di quella locale consenta la sussistenza, in capo all'ente ricevente, di un effettivo potere di determinare il proprio «quadro normativo». Poche indicazioni, poi, sono riservate dalla Corte alla nozione di «autonomia finanziaria», limitandosi a specificare in sentenza che l'autonomia finanziaria deve consentire all'ente di svolgere i compiti che gli sono stati trasferiti. A questo proposito, l'eventuale intervento a copertura di perdite dell'ente ricevente da parte degli enti fondatori – come pure era previsto nel caso presentato alla Corte – è da ritenersi compatibile o meno con tale autonomia?

In conclusione, se l'opera ricostruttiva della Corte (con il decisivo apporto dell'Avvocatura generale) ha permesso di precisare meglio il tema – solo abbozzato in alcuni precedenti – delle condizioni per aversi un «trasferimento di competenze tra autorità amministrative», quindi sottratto all'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici, dall'altro occorre riconoscere che si è fatto ricorso ad una trama “a maglie larghe”, all'interno delle quali sarà possibile, per i giudici nazionali, procedere ad “inserire” (o, almeno, a tentare di farlo) fattispecie anche molto diverse tra loro.