

La Corte di Giustizia chiude senza novità l'era *Teckal*

di Giuseppe Franco Ferrari

Title: The CJEU has closed the *Teckal era* with no changes

Keywords: In house providing; Public utilities, Public services.

1. – La decisione in commento si muove nell'alveo di un filone giurisprudenziale ben noto, iniziato dalla celebre *Teckal* (sent. 18-11-1999, causa C-107/98, *Teckal Srl c. Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*) e rappresentato da una dozzina di pronunce, in maggioranza concernenti casi originati nell'ordinamento italiano, concernenti il fenomeno dell'*in house providing*. Si tratta di una decisione di non altissimo profilo, che esplicita e dà attuazione a criteri già noti, forse neppure meritevoli di domanda di questione pregiudiziale. Al punto che la Corte indirizza alla V Sezione del Consiglio di Stato una sorta di garbato rimprovero (par. 22- 26) per non avere chiarito se la gara in questione avesse rilevanza sopra soglia e se riguardasse appalto di servizi o concessione. Il collegio comunque, in nome dello «spirito di cooperazione che informa i rapporti tra i giudici nazionali e la Corte» stessa (par.25), invece di statuire nel senso della irricevibilità, decide sulla base di presupposti ipotetici e da verificare in sede nazionale. L'importanza della decisione deriva dunque, piuttosto, dal suo essere di necessità l'ultima della serie, e quindi dal configurarsi come chiusura dell'indirizzo giurisprudenziale, superato ormai dall'entrata in vigore del nuovo pacchetto di direttive del 2014 e dalla conseguente modificazione normativa di due dei tre requisiti *Teckal*, formulati nel 1999 ma ribaditi, consolidati e specificati progressivamente in costanza di vigenza della Dir. 2004/18. È appena il caso di ricordare, infatti, che, con le Dir. 2014/24/UE e 2014/23/UE, è stato ammesso, ai fini dell'affidamento di servizi in deroga all'ordinario regime concorrenziale, che la società destinataria dell'assegnazione includa nel proprio capitale soci privati, purché non in posizione di controllo, pur pretendendo che la percentuale di fatturato realizzato a favore degli enti pubblici controllanti sia dell'80% anziché superiore alla metà (art. 12, Dir. 2014/24/UE; art. 17, Dir. 2014/23/UE). La Corte di giustizia, quindi, inaugurerà presto nuove linee giurisprudenziali adeguate alla mutata disciplina normativa. Ma la decisione *Cogesa*, adottata in vigenza della precedente generazione di direttive, abrogate a far data dal 18 aprile 2016, verrà ricordata quale suggello dell'indirizzo *Teckal*.

2. – *Cogesa*, società a capitale interamente pubblico partecipata da Comuni abruzzesi tra cui quello di Sulmona con una quota del 16,6%, diveniva affidataria del servizio di gestione del ciclo integrato dei rifiuti dei Comuni soci con delibera di fine settembre 2014, e un mese dopo, ad esecuzione dell'appalto non ancora iniziata, i Comuni definivano la convenzione per l'esercizio congiunto del controllo analogo. Sin dal 2011, peraltro, la Regione aveva imposto a *Cogesa* di trattare e smaltire rifiuti provenienti da Comuni non soci. Il Tar Abruzzo, adito da un operatore privato che lamentava la posteriorità della convenzione all'affidamento e

l'assenza del requisito del 50% del fatturato a favore dei Comuni soci, respingeva il ricorso, ritenendo adeguata la convenzione e sufficiente il fatturato reso agli enti soci, considerando a parte quello derivante da servizi resi ad altre amministrazioni locali, anche dietro ordine regionale.

Il Consiglio di Stato invece sollevava questione pregiudiziale con riferimento a due punti: se cioè per computare l'attività prevalente del soggetto *in house* si debba tenere conto dell'attività imposta da ente pubblico terzo a favore di amministrazioni non socie e degli affidamenti da parte di enti soci prima del perfezionamento del controllo analogo.

3. – La risposta della Corte di giustizia, schematica come al solito, muove dall'*acquis* sedimentato, su questa materia, lungo l'arco di oltre quindici anni, richiamando a più riprese decisioni precedenti, come *Stadt Halle e RPL Lochau* (sent. 11-1-2005, causa C-26/03, con nota di G.F. Ferrari, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, 834 ss.), *Carbotermo e Consorzio Alisei* (sent. 11-5-2006, causa C-340/04, con nota di G. F. Ferrari, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, 1637 ss.), *Datenlotsen Informationssysteme* (sent. 8-5-2014, causa C-15/13, con nota del medesimo, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, 1370 ss.) ed altre ancora.

Il dato di partenza è che ogni deroga alle regole concorrenziali deve essere interpretata restrittivamente (par.29), in quanto l'eccezione si riferisce al legame interno tra amministrazione aggiudicatrice ed ente affidatario, strutturato in modo da generare identità sostanziale ed annullare o ridurre al minimo qualsiasi tipo di esternalità (par.30). Altro inderogabile vincolo, più volte enfatizzato in passato, è che le circostanze della fattispecie, abbiano esse natura qualitativa o quantitativa, devono essere tenute in piena considerazione nell'applicazione della massima in diritto (par.32). Ne deriva in via immediatamente consequenziale che l'attività del soggetto operante *in house*, cui deve aversi riguardo per valutarne la prevalenza nei rapporti con l'amministrazione aggiudicatrice, va valutata in termini di specifica riconducibilità ai soci ovvero ai terzi, a prescindere dalla natura pubblica o privata di questi ultimi e dal titolo più o meno pubblicistico a cui si imputano il servizio reso ad essi ed il correlato fatturato (par. 33-36). Le valutazioni quantitative a valle competono ovviamente al solo giudice del rinvio, ma l'imposizione di prestazioni da parte di ente pubblico terzo in via autoritativa pare alla Corte del tutto irrilevante (par.37-38).

Sempre in nome del medesimo principio, per cui il giudice nazionale deve tenere conto di tutte le circostanze fattuali del caso, il secondo punto viene risolto alquanto banalmente statuendo che le attività in corso di svolgimento all'atto della definizione del rapporto convenzionale destinato a governare i rapporti con il gestore *in house* devono essere valutate, ai fini dell'indice di prevalenza, se si protraggono dopo tale momento (par.40-41).

4. – Nulla dunque di particolarmente nuovo, né di originale, nel dispositivo e nella come sempre succinta motivazione della decisione annotata. Per certi aspetti la ripetitività insinua il dubbio della necessità stessa del rinvio pregiudiziale. La Corte stessa parte dal presupposto che il diritto italiano non presenta particolari specificità, che rendano inevitabile un chiarimento intorno alla sua compatibilità con disposizioni europee, in quanto «rinvia al riguardo al diritto dell'Unione» (par. 8). Non vi sono interposizioni di categorie concettuali nazionali che fungano da filtro all'applicazione diretta delle norme europee. Ciò premesso, il filone giurisprudenziale esistente in materia non abbisognava probabilmente di risposte scontate. Comunque, era ben difficile che la Corte, una volta adita, si esimesse, sullo scorcio di un ciclo ormai definito sia nei contenuti che nella scadenza temporale, dal fare ricorso ad un certo numero di ovvietà. Il tempo per l'interpretazione della nuova disciplina, più lasca dal punto di vista della proprietà e più esigente da quello dell'attività, non è ancora venuto.

L'era *Teckal* è ormai conclusa. Peccato, in certo modo, che la sua chiusura sia affidata ad una pronuncia, per così dire, di basso profilo. Ma forse non poteva essere diversamente. In tempi di transizione tra regimi normativi diversi non c'è spazio per elaborazioni creative che riguardino la disciplina in corso di superamento.