

## Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)

(Testo rilevante ai fini del SEE)

(2008/C 91/02)

### 1. INTRODUZIONE

Negli ultimi anni si è assistito allo sviluppo, in numerosi settori, del fenomeno dei partenariati pubblico-privati (PPP). La caratteristica di questa forma di cooperazione, generalmente a lungo termine, consiste nel ruolo affidato al partner privato, che partecipa alle varie fasi del progetto (ideazione, esecuzione e gestione), sopporta rischi tradizionalmente sostenuti dal settore pubblico e spesso contribuisce al finanziamento del progetto stesso.

Nel diritto comunitario, le autorità pubbliche sono infatti libere di esercitare in proprio un'attività economica o di affidarla a terzi, ad esempio ad entità a capitale misto costituite nell'ambito di un partenariato pubblico-privato. Tuttavia, se un soggetto pubblico decide di far partecipare un soggetto terzo all'esercizio di un'attività economica a condizioni che configurano un appalto pubblico o una concessione, è tenuto a rispettare le disposizioni del diritto comunitario applicabili in materia. L'obiettivo di tali disposizioni è permettere a tutti gli operatori economici interessati di concorrere all'aggiudicazione di appalti pubblici e concessioni a condizioni eque e trasparenti nello spirito del mercato interno europeo, elevando in tal modo la qualità di questo tipo di progetti e riducendone i costi grazie ad una maggiore concorrenza <sup>(1)</sup>.

Dalla consultazione pubblica sul Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni <sup>(2)</sup> è emersa <sup>(3)</sup> la necessità concreta di chiarire l'applicazione di tali regole nel caso dei partenariati pubblico-privati cosiddetti «istituzionalizzati» (PPPI). Per partenariato pubblico-privato istituzionalizzato la Commissione intende la cooperazione tra partner pubblici e privati che costituiscono un'entità a capitale misto per l'esecuzione di appalti pubblici o di concessioni <sup>(4)</sup>. L'apporto privato alle attività del PPPI consiste, a parte il conferimento di capitali o altri beni, nella partecipazione attiva all'esecuzione dei compiti assegnati all'entità a capitale misto e/o nella gestione di tale entità. Al contrario, il semplice conferimento di fondi da parte di un investitore privato ad un'impresa pubblica non costituisce un PPPI. Di conseguenza, la presente comunicazione non contempla quest'ultima situazione.

L'incertezza giuridica che regna attorno alla partecipazione di partner privati ai PPPI può nuocere al successo della formula. Il rischio di dar vita a strutture basate su contratti che successivamente possono rivelarsi non conformi al diritto comunitario può anche dissuadere le autorità pubbliche e i soggetti privati dal costituire partenariati pubblico-privati istituzionalizzati.

Nella risoluzione del 26 ottobre 2006 <sup>(5)</sup> sui partenariati pubblico-privati, il Parlamento europeo ha preso atto della richiesta degli operatori di fare chiarezza sull'applicazione della legislazione in materia di appalti pubblici alla costituzione di imprese miste nel contesto dell'aggiudicazione di un appalto o di una concessione, e ha invitato la Commissione a fornire quanto prima i chiarimenti richiesti.

La presente comunicazione illustra quelle che, secondo la Commissione, devono essere le modalità di applicazione delle disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni <sup>(6)</sup> in caso di costituzione e gestione di partenariati pubblico-privati istituzionalizzati <sup>(7)</sup>. Obiettivo della comunicazione è accrescere la

<sup>(1)</sup> A questo proposito, il Parlamento europeo ha affermato che il rispetto di tali regole «può rappresentare uno strumento efficace per evitare restrizioni inopportune della concorrenza e per consentire nel contempo alle autorità pubbliche di definire esse stesse e di controllare le condizioni riguardanti qualità, disponibilità, norme sociali e rispetto dei requisiti ambientali» (Risoluzione del Parlamento europeo sul Libro verde sui servizi di interesse generale [P5\_TA(2004)0018], punto 32).

<sup>(2)</sup> COM(2004) 327 del 30 aprile 2004.

<sup>(3)</sup> Comunicazione sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni, COM(2005) 569 definitivo del 15 novembre 2005, pag. 9.

<sup>(4)</sup> A questo proposito, negli Stati membri sono in uso terminologie e regimi differenti (ad esempio, *Kooperationsmodell*, *joint ventures*, *sociétés d'économie mixte*).

<sup>(5)</sup> P6\_TA(2006)0462, punto 35.

<sup>(6)</sup> La «concessione di lavori pubblici» è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo; la «concessione di servizi» è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo (cfr. l'articolo 1, paragrafi 3 e 4, della direttiva 2004/18/CE, GU L 134 del 30.4.2004, pag. 114).

<sup>(7)</sup> La presente comunicazione non riguarda gli appalti pubblici e le concessioni di servizi disciplinati dall'articolo 5, paragrafi da 2 a 7, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70 (GU L 315 del 3.12.2007, pag. 1).

certezza del diritto e, soprattutto, dare una risposta alle preoccupazioni espresse da più parti circa l'applicazione del diritto comunitario alla partecipazione di partner privati nei PPPI, vista da alcuni come un elemento che rischia di rendere tale formula poco attraente se non addirittura impraticabile. L'adozione della presente comunicazione rientra nell'impegno a fornire elementi di orientamento nel campo dei servizi di interesse generale, assunto dalla Commissione nella comunicazione sui servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale <sup>(8)</sup>, del 20 novembre 2007.

La presente comunicazione non introduce alcuna nuova normativa, ma riflette l'interpretazione data dalla Commissione al trattato CE, alle direttive in materia di appalti pubblici e alla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee (CGCE). È opportuno rilevare che, in ogni caso, l'interpretazione del diritto comunitario spetta in ultima istanza alla CGCE.

## 2. LA COSTITUZIONE DI UN PPPI

### 2.1. I principi

A livello comunitario non esiste una normativa specifica sulla costituzione dei PPPI. Tuttavia, nel settore degli appalti pubblici e delle concessioni, nel caso in cui un'autorità pubblica affidi la prestazione di attività economiche a terzi <sup>(9)</sup> trovano applicazione il principio di parità di trattamento e le sue specifiche manifestazioni, ossia il divieto di discriminazione in base alla nazionalità e gli articoli 43 e 49 del trattato CE, che riguardano rispettivamente la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi. Più precisamente, i principi derivanti dagli articoli 43 e 49 del trattato CE comprendono non soltanto la non discriminazione e la parità di trattamento, ma anche la trasparenza, il mutuo riconoscimento e la proporzionalità <sup>(10)</sup>. Per i casi rientranti nel campo di applicazione delle direttive sul coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici <sup>(11)</sup> (anche note come direttive «appalti pubblici») si applicano disposizioni specifiche.

Il fatto che un soggetto privato e un'amministrazione aggiudicatrice <sup>(12)</sup> cooperino nell'ambito di un'entità a capitale misto non può giustificare il mancato rispetto, in sede di aggiudicazione di appalti pubblici o concessioni a tale soggetto privato o all'entità a capitale misto, delle disposizioni in materia di appalti pubblici e concessioni. In effetti la Corte di giustizia ha rilevato <sup>(13)</sup> che la partecipazione, ancorché minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice esclude in ogni caso la possibilità di una relazione «interna» (*in-house*), sottratta in linea di principio alla normativa in materia di appalti pubblici, tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società in questione <sup>(14)</sup>.

### 2.2. Il processo di costituzione

Concretamente l'instaurazione di un partenariato pubblico-privato istituzionalizzato si traduce in genere:

- nella costituzione di una nuova impresa il cui capitale è detenuto congiuntamente dall'amministrazione aggiudicatrice e dal partner privato (in alcuni casi, da più amministrazioni aggiudicatrici e/o più partner privati), e nell'aggiudicazione di un appalto pubblico o di una concessione a tale entità a capitale misto di nuova costituzione, oppure
- nella partecipazione di un partner privato a un'impresa pubblica già esistente che esegue appalti pubblici o concessioni ottenuti in passato nell'ambito di una relazione «interna».

<sup>(8)</sup> COM(2007) 725 del 20 novembre 2007. Si veda inoltre il documento di lavoro dei servizi della Commissione «*Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest*» (Domande e risposte sull'applicazione delle regole in materia di appalti pubblici ai servizi sociali di interesse generale), SEC(2007) 1514, che accompagna la comunicazione del 20 novembre 2007.

<sup>(9)</sup> Causa C-458/03, Parking Brixen, Racc. 2005, pag. I-8612, punto 61.

<sup>(10)</sup> Si veda in proposito la comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, GU C 121 del 29.4.2000, pag. 6.

<sup>(11)</sup> Direttiva 2004/18/CE (su cui v. supra, nota 6) e direttiva 2004/17/CE, GU L 134 del 30.4.2004, pag. 1.

<sup>(12)</sup> Nella presente comunicazione, l'espressione «amministrazione aggiudicatrice» comprende sia le amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18/CE sia le amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'articolo 2 della direttiva 2004/17/CE.

<sup>(13)</sup> Causa C-26/03, Stadt Halle, Racc. 2005, pag. I-1, punto 49.

<sup>(14)</sup> Tuttavia, secondo la Corte di giustizia (causa C-410/04, ANAV, Racc. 2006, pag. I-3303, punto 30 e segg.), al fine di escludere l'esistenza di una relazione «interna» è rilevante non soltanto la partecipazione effettiva di un terzo al capitale di un'impresa pubblica, ma anche la volontà di un'amministrazione aggiudicatrice di aprire in futuro il capitale di una propria società controllata al settore privato. In altri termini, l'aggiudicazione «interna» di un appalto pubblico o di una concessione a un'impresa pubblica è esclusa se l'intenzione è di aprirne il capitale a soggetti privati nel corso dell'esecuzione dell'appalto o della concessione di cui trattasi. Al contrario, la semplice possibilità teorica della partecipazione di un soggetto privato al capitale di una società controllata da un'amministrazione aggiudicatrice non mette in discussione, secondo la Commissione, la relazione «interna» tra l'amministrazione aggiudicatrice e la sua controllata.

Indipendentemente dalle modalità di costituzione del PPPI, le disposizioni di diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni impongono all'amministrazione aggiudicatrice di seguire una procedura equa e trasparente quando procede alla selezione del partner privato che, nell'ambito della sua partecipazione all'entità a capitale misto <sup>(15)</sup>, fornisce beni, lavori o servizi, o quando procede all'aggiudicazione di un appalto pubblico o di una concessione a un'entità a capitale misto <sup>(16)</sup>. In ogni caso, le amministrazioni aggiudicatrici non possono «ricorrere a manovre dirette a celare l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi a società ad economia mista» <sup>(17)</sup>.

A questo riguardo, la Commissione ritiene che una doppia procedura (la prima per la selezione del partner privato del PPPI, e la seconda per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto) sia difficilmente praticabile.

Per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura si può procedere nel modo seguente: il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione <sup>(18)</sup> da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto.

### 2.3. La selezione dei partner privati per i PPPI

#### 2.3.1. Base giuridica

Se l'incarico affidato a un'entità a capitale misto è l'esecuzione di un appalto pubblico interamente soggetto all'applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici, la procedura di selezione del partner privato è stabilita da tali direttive. Se si tratta di una concessione di lavori o di un appalto pubblico parzialmente disciplinato dalle direttive in materia, si applicano le regole e i principi fondamentali derivanti dal trattato CE insieme alle pertinenti disposizioni delle direttive. Nel caso dei servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE, si applicano i principi fondamentali di cui agli articoli 43 e 49 del trattato CE qualora si ritenga che gli appalti presentano un interesse certo per imprese con sede in uno Stato membro diverso da quello cui in cui ha sede l'amministrazione aggiudicatrice <sup>(19)</sup>. Infine, nel caso di una concessione di servizi o di un appalto pubblico non rientrante nel campo di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici, la selezione del partner privato deve essere effettuata nel rispetto dei principi del trattato CE.

La giurisprudenza citata in questo documento si riferisce, almeno in parte, ad appalti pubblici integralmente soggetti alle disposizioni dettagliate delle direttive. Tuttavia, essendo spesso basata sui principi del trattato CE, tale giurisprudenza può risultare pertinente per l'applicazione del diritto comunitario anche in altre situazioni, come le concessioni o gli appalti non soggetti o soggetti solo parzialmente alle disposizioni dettagliate delle direttive in materia di appalti pubblici <sup>(20)</sup>.

#### 2.3.2. Procedura di aggiudicazione

Quando la costituzione di un PPPI implica l'aggiudicazione di un appalto pubblico interamente disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE a una entità a capitale misto, è possibile che, tenuto conto della complessità finanziaria o giuridica di tali appalti, le procedure aperte e ristrette definite nella direttiva non offrano una

<sup>(15)</sup> Una selezione equa e trasparente del partner privato di un PPPI assicura il conseguimento dell'obiettivo di una concorrenza libera e senza distorsioni e il rispetto del principio della parità di trattamento, evitando in particolare che l'impresa privata che partecipa al capitale del PPPI sia indebitamente avvantaggiata rispetto ai concorrenti. La costituzione di un PPPI mediante una procedura equa e trasparente di selezione del partner privato dell'entità a capitale misto risponde quindi a entrambe le esigenze formulate dalla Corte di giustizia nella causa Stadt Halle, (su cui v. supra la nota 13), punto 51.

<sup>(16)</sup> Le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare mediante trattativa privata appalti pubblici rientranti nel campo di applicazione della direttiva 2004/17/CE a «imprese collegate» ai sensi dell'articolo 23 della suddetta direttiva.

<sup>(17)</sup> Causa C-29/04, Commissione/Austria, Racc. 2005, pag. I-9705, punto 42.

<sup>(18)</sup> Se il PPPI in questione è costituito mediante la partecipazione di un partner privato a un'impresa pubblica esistente, l'oggetto della procedura di selezione del partner privato può consistere nell'affidamento dell'esecuzione di appalti pubblici o di concessioni che fino ad allora sono stati eseguiti internamente dall'impresa pubblica.

<sup>(19)</sup> Causa C-507/03, Commissione/Irlanda, [2007], punto 32, non ancora pubblicata nella Raccolta.

<sup>(20)</sup> Per alcune linee guida sull'aggiudicazione di tali appalti, si veda la comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici», GU C 179 dell'1.8.2006, pag. 2. Alcuni Stati membri e il Parlamento europeo hanno presentato al Tribunale di primo grado un ricorso per l'annullamento della suddetta comunicazione. Al momento dell'adozione della presente comunicazione, la causa è ancora pendente dinanzi al Tribunale di primo grado.

sufficiente flessibilità. Per situazioni del genere, la direttiva 2004/18/CE ha introdotto una procedura innovativa, il dialogo competitivo <sup>(21)</sup>, che ha il duplice scopo di salvaguardare la concorrenza tra operatori economici e di tener conto della necessità delle amministrazioni aggiudicatrici di discutere con ciascun candidato tutti gli aspetti dell'appalto <sup>(22)</sup>.

Per l'aggiudicazione di appalti pubblici interamente disciplinati dalla direttiva 2004/18/CE, la procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara può essere utilizzata solo in casi eccezionali <sup>(23)</sup>. Viceversa, le amministrazioni aggiudicatrici possono sempre ricorrere alla procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara per l'aggiudicazione di concessioni o di appalti pubblici diversi da quelli interamente disciplinati dalla direttiva 2004/18/CE.

### 2.3.3. Informazioni sul progetto

Se l'incarico per il quale viene costituito un PPPI rientra nell'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici o di normative comunitarie settoriali che prevedono disposizioni in materia di appalti pubblici <sup>(24)</sup>, è necessario rispettare le disposizioni specifiche in materia di pubblicità ivi previste <sup>(25)</sup>. Per quanto riguarda gli altri appalti e le altre concessioni di servizi, in base ai principi di trasparenza e di parità di trattamento derivanti dal trattato CE <sup>(26)</sup> i potenziali offerenti devono avere accesso a informazioni adeguate sul proposito dell'amministrazione aggiudicatrice di costituire un'entità a capitale misto e di affidare un appalto pubblico o una concessione. L'accesso a informazioni adeguate può essere assicurato solo mediante la pubblicazione di un bando accessibile alle parti potenzialmente interessate, prima della selezione del partner privato.

### 2.3.4. Criteri di selezione e di aggiudicazione consentiti e relativi obblighi di trasparenza

Secondo la Commissione, il diritto comunitario obbliga l'amministrazione aggiudicatrice a rendere noti i criteri di selezione e di aggiudicazione per l'individuazione del partner privato del PPPI. I criteri applicati devono rispettare il principio di non discriminazione. Tale obbligo si applica sia agli appalti pubblici interamente disciplinati dalle direttive in materia di appalti pubblici <sup>(27)</sup> sia, secondo la Commissione, agli altri appalti pubblici e concessioni. La scelta dei candidati che parteciperanno alla procedura e la selezione delle offerte devono basarsi su questi criteri, e l'amministrazione aggiudicatrice deve attenersi alle regole procedurali e ai requisiti fondamentali stabiliti inizialmente <sup>(28)</sup>.

Le direttive in materia di appalti pubblici prevedono alcuni criteri specifici relativi alle capacità personali del partner privato, come la situazione personale del candidato, la sua capacità economica e finanziaria, l'abilitazione all'esercizio dell'attività professionale e le capacità tecniche e/o professionali <sup>(29)</sup>. Tali criteri possono essere utilizzati anche nell'ambito delle concessioni e degli appalti pubblici che non sono interamente disciplinati dalle direttive in materia di appalti pubblici.

In materia di servizi sociali di interesse generale, il documento di lavoro dei servizi della Commissione intitolato «*Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest*» (Domande e risposte sull'applicazione delle regole in materia di appalti pubblici ai servizi sociali di interesse generale) <sup>(30)</sup> ha fornito alcuni chiarimenti sui possibili criteri di selezione e di aggiudicazione.

### 2.3.5. Elementi specifici dello statuto, del patto tra azionisti e dell'appalto pubblico o della concessione

I principi di parità di trattamento e di non discriminazione implicano un obbligo di trasparenza che consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato dei servizi alla concorrenza <sup>(31)</sup>. Nell'ambito della costituzione di un PPPI questo obbligo

<sup>(21)</sup> Si veda l'articolo 29 della direttiva 2004/18/CE.

<sup>(22)</sup> Si veda il considerando 31 della direttiva 2004/18/CE.

<sup>(23)</sup> Si vedano gli articoli 30 e 31 della direttiva 2004/18/CE.

<sup>(24)</sup> Si veda, ad esempio, l'articolo 4 del regolamento (CEE) n. 2408/92 del Consiglio, del 23 luglio 1992, sull'accesso dei vettori aerei della Comunità alle rotte intracomunitarie (GUL 15 del 23.1.1993, pag. 33).

<sup>(25)</sup> Si vedano gli articoli 41 e seguenti della direttiva 2004/17/CE e gli articoli 35, 36 e 58 della direttiva 2004/18/CE.

<sup>(26)</sup> Causa C-324/98, *Telaustria*, Racc. 2000, I-10745, punti 60 e 61.

<sup>(27)</sup> Causa C-19/00, *SIAC Construction*, Racc. 2001, pag. I-7725, punti da 41 a 45; causa C-31/87 *Bentjees*, Racc. 1988, pag. 4635, punti 29 e segg.

<sup>(28)</sup> Anche se il capitolato d'oneri prevede la possibilità per i candidati di apportare miglioramenti tecnici alle soluzioni proposte dall'amministrazione aggiudicatrice (ipotesi frequente per i PPPI), le modifiche non possono riguardare i requisiti fondamentali del progetto e devono essere delimitate.

<sup>(29)</sup> Si vedano gli articoli da 45 a 48 della direttiva 2004/18/CE e l'articolo 54 della direttiva 2004/17/CE.

<sup>(30)</sup> V. supra, nota 8.

<sup>(31)</sup> Causa C-324/98 *Telaustria* (su cui v. supra, nota 26), punto 62; causa C-458/03 *Parking Brixen* (su cui v. supra nota 9), punto 49.

implica, secondo la Commissione, che l'amministrazione aggiudicatrice includa nel bando di gara o nel capitolato d'oneri informazioni di base sull'appalto pubblico o sulla concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto che dovrà essere costituita, sullo statuto di tale entità, sul patto tra gli azionisti e su tutti gli altri elementi che regolano, da un lato, il rapporto contrattuale tra l'amministrazione aggiudicatrice e il partner privato e, dall'altro, il rapporto tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'entità a capitale misto da costituire. Se l'amministrazione aggiudicatrice applica il dialogo competitivo o la procedura negoziata, è possibile che una parte di queste informazioni non debba essere stabilita in anticipo ma possa essere individuata nel corso del dialogo o della procedura negoziata con le imprese candidate. Il bando di gara dovrebbe contenere qualche informazione sulla durata prevista dell'appalto pubblico che l'entità a capitale misto dovrà eseguire o della concessione che dovrà gestire.

A parere della Commissione, il principio di trasparenza impone di indicare chiaramente nella documentazione di gara le possibilità di rinnovo o di modifica dell'appalto pubblico o della concessione aggiudicati all'entità a capitale misto e di specificare le possibilità di assegnazione di nuovi compiti. La documentazione di gara dovrebbe precisare quantomeno il numero di opzioni e le loro condizioni di applicazione. Le informazioni così fornite devono essere sufficientemente dettagliate da garantire una procedura di gara equa ed efficace.

È opportuno che il contratto tra l'amministrazione aggiudicatrice e il partner privato definisca sin dall'inizio la procedura da seguire in caso di mancata assegnazione di compiti supplementari all'entità a capitale misto e/o di mancato rinnovo dei compiti ad essa già assegnati. Secondo la Commissione, occorre formulare lo statuto in modo tale che sia possibile eventualmente cambiare il partner privato. Poiché il partner privato non può essere escluso d'ufficio da una nuova procedura di gara, l'amministrazione aggiudicatrice deve, in tal caso, prestare particolare attenzione all'obbligo di trasparenza e di parità di trattamento di tutti gli offerenti.

### 3. LA FASE POSTERIORE ALLA COSTITUZIONE DI UN PPPI

La Corte di giustizia ha rilevato che le società aperte, anche parzialmente, al capitale privato non possono essere considerate come strutture di gestione «interna» di un servizio pubblico nell'ambito degli enti pubblici che le detengono <sup>(32)</sup>. Ne consegue che in sede di aggiudicazione alle entità a capitale misto di appalti pubblici o concessioni diversi da quelli messi in concorrenza nell'ambito della procedura che ha portato alla costituzione del PPPI, occorre rispettare le regole applicabili agli appalti pubblici e alle concessioni derivanti dal trattato CE o dalle direttive in materia di appalti pubblici. In altri termini, i PPPI devono continuare ad operare nel loro ambito di attività iniziale e non possono, in linea di principio, ottenere nuovi appalti pubblici o nuove concessioni senza una procedura di gara che rispetti il diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni.

Tuttavia, essendo in genere costituito per la prestazione di un servizio nell'arco di un periodo di tempo abbastanza lungo, il PPPI deve essere in grado di adattarsi ad alcune variazioni intervenute nel contesto economico, giuridico o tecnico. Le disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni non impediscono di tener conto di queste variazioni, purché siano rispettati il principio di parità di trattamento <sup>(33)</sup> e il principio di trasparenza <sup>(34)</sup>. Di conseguenza, qualora l'autorità aggiudicatrice desideri, per ragioni precise, avere la possibilità di modificare determinate condizioni dell'appalto dopo la scelta dell'aggiudicatario, dovrà prevedere espressamente tale possibilità di adeguamento, così come le sue modalità di applicazione, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri e delimitare l'ambito all'interno del quale la procedura deve svolgersi, cosicché tutte le imprese interessate a partecipare all'appalto ne siano a conoscenza fin dall'inizio e si trovino pertanto su un piede di parità nel momento della formulazione dell'offerta <sup>(35)</sup>.

Qualsiasi modifica delle condizioni essenziali dell'appalto non prevista nel capitolato d'oneri impone di ricorrere a una nuova procedura di gara <sup>(36)</sup>. La Corte di giustizia ritiene che una condizione sia essenziale, in particolare, quando si tratta di una disposizione che, se presente nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, avrebbe consentito agli offerenti di presentare un'offerta sostanzialmente differente <sup>(37)</sup>. A titolo di esempio, costituiscono condizioni essenziali l'oggetto dei lavori o dei servizi che l'aggiudicatario deve fornire o i canoni imposti agli utilizzatori del servizio fornito dall'aggiudicatario.

<sup>(32)</sup> Causa C-231/03, Coname, Racc. 2005, pag. I-7287, punto 26; causa C-410/04, ANAV (su cui v. supra, nota 14), punto 32.

<sup>(33)</sup> Si vedano, fra le altre, le cause riunite C-285/99 e C-286/99, Lombardini e Mantovani, Racc. 2001, pag. I-9233, punto 37, e la causa C-315/01, GAT, Racc. 2003, pag. I-6351, punto 73.

<sup>(34)</sup> Si vedano, fra le altre, la causa C-92/00, HI, Racc. 2002, pag. I-5553, punto 45, e la causa C-470/99, Universale-Bau e a., Racc. 2002, pag. I-11617, punto 91.

<sup>(35)</sup> Causa C-496/99 P, Commissione/CAS Succhi di Frutta SpA, Racc. 2004, pag. I-3801, punto 118.

<sup>(36)</sup> Causa C-337/98, Commissione/Francia, Racc. 2000, pag. I-8377, punto 50.

<sup>(37)</sup> Causa C-496/99 P, Commissione/CAS Succhi di Frutta SpA (su cui v. supra, nota 35), punti 116 e segg.

Occorre ricordare che, per quanto riguarda gli appalti pubblici interamente soggetti alle direttive e le concessioni di lavori, il diritto derivato specifica le situazioni eccezionali in cui è consentita l'aggiudicazione diretta e senza procedura di gara di lavori o servizi supplementari non inclusi nel progetto iniziale <sup>(38)</sup>.

In diritto comunitario, l'entità a capitale misto è libera, come qualsiasi altro operatore economico, di partecipare a gare di appalto pubbliche <sup>(39)</sup>. Ciò vale anche per le procedure di gara che si rendano necessarie a seguito di importanti modifiche o proroghe di appalti pubblici o concessioni già aggiudicati all'entità a capitale misto dall'amministrazione aggiudicatrice che l'ha costituita. In tal caso, l'amministrazione aggiudicatrice deve prestare particolare attenzione all'obbligo di trasparenza e di parità di trattamento di tutti gli offerenti. Occorre adottare misure di salvaguardia specifiche per garantire una netta separazione tra le persone che predispongono il bando di gara e decidono l'aggiudicazione dell'appalto in seno all'amministrazione aggiudicatrice e quelle a cui è affidata la gestione del PPPI, e per impedire la trasmissione di informazioni riservate dall'amministrazione aggiudicatrice all'entità a capitale misto.

---

<sup>(38)</sup> Si vedano gli articoli 31 e 61 della direttiva 2004/18/CE e l'articolo 40, paragrafo 3, lettere f) e g), della direttiva 2004/17/CE. Secondo la Commissione, le pertinenti deroghe possono essere applicate anche all'aggiudicazione di contratti non rientranti nel campo di applicazione delle direttive, comprese le concessioni di servizi (si vedano le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs nella causa C-525/03, Commissione/Italia, punti da 46 a 48). In linea di principio, la Commissione ritiene che eventuali modifiche alle condizioni essenziali di una concessione di servizi non previste nei documenti di gara siano accettabili solo se si rendono necessarie a seguito di un fatto imprevisto o se sono giustificate da motivi di ordine pubblico o di sicurezza o salute pubblica (articolo 46 del trattato CE).

<sup>(39)</sup> Il considerando 4 della direttiva 2004/18/CE sollecita gli Stati membri a provvedere affinché la partecipazione di un organismo di diritto pubblico a una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in qualità di offerente non causi distorsioni della concorrenza nei confronti di offerenti privati.