

TORNI'

03



COMUNE DI MODUGNO
(Provincia di Bari)

COMUNE DI MODUGNO	
Prot. n.	1831
12 GEN. 2006	
Cat. _____	Clas. _____
Fasc. _____	Sottofasc. _____

I Settore
Ufficio Legale
Prot. n. _____

Modugno, 5 gennaio 2006
Al Presidente Collegio dei Revisori

e, p.c.

Al Dirigente I Settore
LORO SEDI

OGGETTO: Vs. richiesta parere pervenuta a mezzo comunicaz. Segretario generale del 15/12/2005, prot. 59459- Affidamento diretto di servizi a società mista.

In merito alla Vs. richiesta di parere legale, così come individuata in oggetto, lo scrivente Ufficio evidenzia quanto segue.

Risulta opportuno, preliminarmente, definire il quadro giuridico caratterizzante la problematica sollevata, trattandosi di un ambito che ha dato luogo a diverse pronunce giurisprudenziali, sia dei giudici comunitari, sia nazionali.

L'affidamento e la gestione di un servizio ad una società a capitale interamente pubblico; di cui l'Ente concedente detiene la partecipazione maggioritaria, rientra nella fattispecie giuridica del cd. "*affidamento in house*" : con tale espressione, appunto, si indica quella particolare ipotesi in cui il servizio viene affidato e gestito da soggetti che sono " parte" della stessa Amministrazione concedente o appaltante (a seconda che si tratti di concessione o di appalto di servizi), provocando l'interrogativo se, tale fattispecie, possa comportare una deroga alle disposizioni di matrice comunitaria, riguardanti l'obbligatorietà delle procedure ad evidenza pubblica, ricorrendo all'affidamento diretto.

La riforma in materia di servizi pubblici, intervenuta con il D.L. 269/2003, convertito nella L. 350/03 (finanziaria 2004), ha contribuito a rendere decisamente attuale la figura in questione, prevedendo espressamente l'*affidamento in house*, così come concepito dalle pronunce di matrice comunitaria, sia tra le modalità di gestione delle reti e degli impianti, sia per l'erogazione dei servizi.

La giurisprudenza comunitaria.

Già a far data dal 1998, si possono citare alcune pronunce significative della Corte di Giustizia Europea, in cui, oltre a riconoscere giuridicamente la figura dell'*affidamento in house*, si provvede a delineare gli aspetti caratterizzanti di tale figura:

- **nella causa *Arnhem*** (Corte di Giustizia, 10 novembre 1998, causa C 306/96) e **nella causa *RI.SAN*** (Corte di Giustizia, 9 settembre 1999, causa C 108/98), si sono iniziati a rappresentare gli indici della dipendenza tra i due soggetti, che compongono la società, ed i caratteri idonei a configurare quel rapporto di delega interorganica che può consentire l'inapplicabilità delle procedure ad evidenza pubblica nell'affidamento del servizio.
- In particolare, nelle sentenze sopra menzionate, si sono individuati due aspetti sintomatici del vincolo interorganico tra amministrazione aggiudicatrice e soggetto aggiudicatario: **a) la dipendenza finanziaria** (cioè l'amministrazione deve avere la partecipazione maggioritaria); **b) la dipendenza amministrativa**, in termini sia gestionali che organizzativi. La contemporanea presenza di tali elementi ha condotto l'organo di giustizia comunitaria ad escludere l'applicabilità della direttiva 92/50 ed a ritenere legittimo l'affidamento del servizio.

Nelle sentenze in esame, infatti, la Corte di Giustizia ha affermato, seppur in termini generali, la non obbligatorietà del ricorso alla procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento di un servizio, potendo l'amministrazione aggiudicatrice decidere di svolgerlo direttamente o tramite il ricorso ad un soggetto in rapporto di delega interorganica, escludendo l'applicabilità della direttiva 92/50.

I principi ora illustrati sono stati ripresi e sviluppati dalla stessa Corte di Giustizia in una successiva e famosa sentenza, cd. ***Sentenza Teckal*** (Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, causa C 197/98) con la quale si è enucleato un ulteriore profilo caratteristico dell'*affidamento in house*.

I giudici di Lussemburgo hanno precisato che le procedure ad evidenza pubblica non possono essere escluse solo perché l'affidatario del servizio (in appalto o in concessione) è una persona giuridica pubblica; infatti, si è puntualizzato che, l'elemento

che consente di escludere l'applicabilità delle direttive comunitarie è da ricercarsi nell'assenza della terzietà dell'affidatario rispetto all'amministrazione aggiudicatrice.

Tale terzietà, ad esempio, può essere caratterizzata da un'assoluta indipendenza finanziaria e/o gestionale rispetto all'amministrazione appaltante.

Qualora, al contrario, l'amministrazione aggiudicatrice eserciti, sul soggetto affidatario, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (a cui provvede direttamente) ed il soggetto affidatario realizza la parte più importante della propria attività con l'amministrazione che la controlla, allora si esula dal campo di applicazione delle direttive, poiché “ *un contratto non può essere considerato come stipulato tra persone distinte quando l'operatore realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che lo controlla*”.

La Corte, pertanto, nella sentenza *de qua*, osserva che, presupposti per la configurabilità dell'*affidamento in house* sono:

- 1) l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sul soggetto affidatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- 2) tale soggetto deve realizzare la parte più importante della propria attività in favore dell'amministrazione aggiudicatrice.

Tali principi sono stati ripresi e sviluppati in una successiva sentenza della Corte di Giustizia, cd. “sentenza *Arge*” (Corte di Giustizia, 15 giugno 2000, causa C 94/9), in cui la Corte precisa che “ *le prestazioni qualificate « in house » - termine con cui si definiscono le prestazioni fornite ad un'autorità pubblica dai propri servizi o da servizi dipendenti, sebbene organicamente distinti – esulano dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie*”; inoltre, nella medesima pronuncia, i giudici comunitari provvedono a fornire ulteriori criteri per identificare maggiormente il concetto di controllo dominante dell'amministrazione aggiudicatrice sul soggetto affidatario.

Infatti, i giudici, riprendendo i concetti già espressi nella sentenza *Teckal*, si soffermano maggiormente sul grado di autonomia del soggetto controllato : nella misura in cui l'attività di tale soggetto è, per la maggior parte, svolta in favore dell'autorità controllante, si sarà in presenza di un servizio *in house*, in cui, cioè, l'ente territoriale utilizzerà le prestazioni della società (di cui detiene la partecipazione maggioritaria) per fini pubblici e per destinarle principalmente a suo vantaggio, come se si trattasse di un servizio interno che agisce per la sua istituzione.

Il principio che si ricava dalle pronunce sinora esaminate è quello secondo cui neppure si pone un problema di tutela della concorrenza fra gli operatori economici laddove il

servizio venga svolto direttamente dall'Amministrazione, e quindi manchi un vero e proprio rapporto giuridico tra ente pubblico e soggetto gestore.

Infatti, nel corso degli anni, si è visto che la stessa Corte di Giustizia ha ampliato la nozione di *affidamento in house* rispetto alla primitiva configurazione in cui la gestione del servizio era svolta da un'articolazione interna dello stesso Ente Pubblico, sulla base di una delega interorganica: in particolare, è stato specificato, che la distinzione formale tra Amministrazione e soggetto gestore, e perfino la circostanza che i loro rapporti siano regolati da un contratto, non valgono di per sé ad escludere che l'affidamento del servizio sia da considerarsi *in house*, con effetto derogativi delle direttive comunitarie in materia di concorrenza, dovendosi, invece, porre maggiormente l'accento sulla prevalenza, o meno, che l'Ente pubblico abbia nella gestione e nel controllo sostanziale del gestore. (vedi in proposito Ordinanza TAR Puglia – Bari – Sez. III n. 885/04 ANAV / Comune di Bari + AMTAB).

In definitiva, la stessa Corte di Giustizia è giunta ad affermare l'irrelevanza, per la configurabilità dell'*affidamento in house*, anche dell'eventuale struttura privatistica della società affidataria (cd. Società mista a capitale pubblico – privato), riconoscendo come prioritaria l'esigenza di concentrare l'attenzione sul controllo della stessa società da parte dell'Amministrazione (vedi sentenza RI.SAN sopra commentata).

Quindi, alla luce delle pronunce dei giudici comunitari sino ad ora esaminate, è possibile ricavare il principio secondo cui, perché possa dirsi sussistente la fattispecie dell'*affidamento in house*, con conseguente esclusione dell'applicabilità dei principi comunitari, nonché possibilità di affidamento diretto del servizio, devono ricorrere i seguenti presupposti:

- che l'Ente pubblico eserciti sulla società affidataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- che tale società realizzi la parte più importante della propria attività con l'Ente locale che la controlla (vedi sentenza *Teckal*).

L'orientamento sino ad ora esposto della Corte di Giustizia comunitaria è stato confermato in alcune recentissime pronunce, in cui si ribadisce il principio generale secondo cui “ *Non occorre applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici o di concessioni di pubblici servizi nel caso in cui un'autorità pubblica svolga i compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entità esterne. Di conseguenza, nel settore delle concessioni di pubblici servizi, l'applicazione delle regole enunciate dagli artt. 12CE, 43CE e 49CE nonché dei principi generali di cui*

esse costituiscono espressione è esclusa se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sul soggetto concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e se detto soggetto realizza la maggior parte della sua attività con l'autorità detentrica" (Corte di Giustizia comunità Europee, Sez.I, sent. 13 ottobre 2005 n. 458; conformi: Corte di Giustizia comunità Europee Sez. I, sent. 11 gennaio 2005 n. 26.

Il Diritto italiano e la Giurisprudenza italiana in tema di affidamento in house.

Nel nostro sistema, poiché la figura in esame non era normativamente prevista, a seguito della sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999 n. 107 della Corte di Giustizia, si è ritenuto opportuno, da parte del legislatore, fornire la figura de qua di adeguata disciplina giuridica, in aderenza ai principi comunitari sopra riportati.

Ciò ha consentito l'introduzione, mediante la riformulazione degli artt. 113 e 113 bis D.Lgs. 267/2000 (TUEL) ad opera dell'art. 14 D.L. 269/2003 (conv. L. 326/03), di una vera e propria riforma in materia di affidamento dei servizi pubblici locali con l'espressa previsione del modello dell'*in house providing* : in altre parole, l'affidamento del servizio pubblico può avvenire in favore di società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.(art. 113 TUEL).

Il successivo art. 113 bis, per quanto riguarda la gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica prevede , in maniera espressa che" ***i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica sono gestiti mediante affidamento diretto a***

- a) istituzioni;***
- b) aziende speciali, anche consortili;***
- c) società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".***

Per servizi non a rilevanza economica devono intendersi quei servizi effettuati a totale beneficio della collettività senza che l'utenza debba versare alcun canone all'ente per il conseguimento del servizio stesso.

Per converso, per servizi a rilevanza economica, disciplinati dall'art. 113, devono intendersi quei servizi per i quali l'utenza corrisponde un canone al soggetto gestore (vedi trasporti pubblici).

Fondamentale, ai fini della citata riformulazione delle due disposizioni del Testo Unico operata dall'art. 14 D.L.269/03, risulta essere l'intervento della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Politiche Comunitarie, con la Circolare del 19/10/2001 n. 12727 (in G.U. n. 264 del 13/11/2001), in cui si forniscono chiarimenti in merito alla possibilità di affidamento diretto a società miste di servizi pubblici locali.

In particolare, la circolare in questione non ha fatto altro che richiamare l'attenzione delle amministrazioni locali riguardo i comportamenti elusivi dei principi della concorrenza, così come stabiliti nel Trattato, in materia di affidamento della gestione servizi pubblici locali precisando, al punto 4 della medesima : “ *la normativa europea in tema di appalti pubblici, in particolare di servizi, non trova invece applicazione, sempre secondo l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, quando manchi un vero e proprio rapporto contrattuale tra due soggetti, come nel caso, secondo la terminologia della Corte, di delegazione interorganica o di servizio affidato, in via eccezione, in house*”.

In altri termini, secondo la circolare in esame, in materia di affidamento di servizi pubblici locali, l'applicazione delle direttive comunitarie in materia di concorrenza ed obbligatorietà di procedure ad evidenza pubblica può essere esclusa nel caso in cui l'ente locale eserciti sul soggetto affidatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ed il soggetto affidatario (persona giuridica) realizzi la parte più importante della propria attività in favore dell'ente concedente.)

Tali presupposti, come già detto, hanno trovato piena applicazione da parte del legislatore mediante l'introduzione, a riforma degli artt. 113 e 113 bis TUEL, del D.L. 269/2003 conv. L. 326/2003.

- La Giurisprudenza italiana.

Passando ora ad esaminare l'aspetto giurisprudenziale, si può registrare un orientamento costante dei giudici italiani in materia di legittimità dell'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società a capitale totalmente pubblico, siano essi di rilevanza economica o meno.

A tale proposito, volendo esaminare in maniera puntuale le pronunce adottate in merito, si segnala la sentenza n. 2784 del 30 marzo 2005 del TAR Campania – Napoli Sez. I, in

cui si prevede che “ *L’art. 113, comma quinto, lett. e) del D.Lgs. 267/2000, come sostituito dall’art. 14 del D.L. n. 269/2003 conv. L. 326/03 (secondo cui è consentito l’affidamento dei servizi pubblici locali anche a società a capitale interamente pubblico..), non viola il principio comunitario in materia di concorrenza nell’affidamento dei lavori, servizi e forniture di cui all’art. 86 CE, ma costituisce espressione dell’immediato adeguamento da parte dell’ordinamento nazionale ai principi espressi in materia di Corte di Giustizia (Corte di Giustizia sent. 18 novembre 1999 n. 107; Corte di Giustizia sent. 8 maggio 2003 n. 349), secondo cui è legittimo l’affidamento di un servizio in house providing, purchè l’ente territoriale affidante eserciti sul soggetto gestore un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e che, allo stesso tempo, quest’ultimo svolga la parte essenziale della propria attività insieme con l’ente o gli enti territoriali che lo controllano. Ai fini dell’applicazione di quanto previsto dall’art.113 comma quinto lett.e) del D.Lgs. 267/2000, come sostituito dall’art. 14 D.L. 269/2003 conv. L. 326/2003, il soggetto gestore deve sostanzialmente essere configurato come una longa manus dell’affidante, pur conservando natura distinta ed autonoma rispetto all’apparato organizzativo di questo: deve, in altri termini, determinarsi un sorto di amministrazione indiretta, nella quale la gestione del servizio, in un certo senso, resta saldamente nelle mani dell’ente concedente, attraverso un controllo assoluto sull’attività della società affidataria la quale, a sua volta, è istituzionalmente destinata in modo assorbente ad operare in favore di questo. A tal fine si deve verificare se i rapporti organizzativi e funzionali tra ente e società a capitale pubblico siano tali da realizzare in concreto questa reciproca assimilazione e tale indagine deve incentrarsi sull’esame dell’atto costitutivo e dello statuto della società che descrivono la struttura organizzativa della compagine, nonché i controlli e le modalità di gestione della medesima”.*

Molto importante, soprattutto con riferimento alla questione riguardante questo Comune, risulta essere la sentenza n. 991 del 17 novembre 2005 pronunciata dal TAR Molise, in cui si sancisce che: “ L’affidamento di un servizio in via diretta, senza il rispetto di una procedura ad evidenza pubblica, può disporsi, ai sensi della direttiva 92/50/Cee, solo nei confronti di soggetti in house, ossia soggetti sottoposti ad un penetrante controllo da parte dell’amministrazione. Pertanto, un Comune può affidare direttamente il servizio della gestione dei parcheggi a pagamento, senza il rispetto di una procedura ad evidenza pubblica, ad una società a capitale pubblico, partecipata per il 62% dal Comune medesimo e da Italia Lavoro s.p.a., società

quest'ultima controllata interamente dal Ministero del Tesoro, che possiede la quota residua del 38%. Tale società risponde, infatti, ai requisiti stabiliti dalla Corte di Giustizia Comunitaria per gli affidamenti diretti in house, in quanto svolge la propria attività in via esclusiva per il Comune ed i soci della stessa, entrambi soggetti pubblici, esercitano per statuto sulla società controlli analoghi a quelli che eserciterebbero se tale attività fosse da essi svolta direttamente. D'altra parte la costituzione da parte del Comune di società a capitale pubblico per la gestione di servizi locali non avrebbe alcuna pratica utilità ove, poi, non potesse affidare direttamente a detta società i servizi pubblici di propria competenza.”.

Tale pronuncia è stata successivamente confermata da successive sentenze del Consiglio di Stato, tra cui si individuano le sentenze n. 7058 del 15 dicembre 2005 e n.7345 del 22 dicembre 2005, entrambe adottate dalla V Sezione della Suprema Magistratura Amministrativa, in cui si prevede espressamente la legittimità, alla stregua di quanto stabilito dalla giurisprudenza comunitaria, dell'affidamento diretto di un servizio pubblico locale ad una società mista (a dominanza pubblica), senza l'osservanza di procedura ad evidenza pubblica, purché l'ente locale eserciti sulla società stessa un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la controlla.

Si precisa, inoltre (in particolare nella sent. n. 7345 del 22/12/2005), che la situazione di “ controllo analogo”, tale da consentire l'affidamento in via diretta del servizio pubblico locale, sussiste nel caso in cui la pubblica amministrazione possiede la totalità del pacchetto azionario della società affidataria; tale presupposto, poi, è da ritenere del pari sussistente anche nel caso in cui la partecipazione dell'ente locale sia maggioritaria.

Conclusioni.

Alla luce di quanto sinora esposto, sia sotto il profilo del diritto e della giurisprudenza comunitaria, sia dal punto di vista del diritto e giurisprudenza interna, si ritiene possibile affermare che il quesito posto da Codesto Collegio, circa la possibilità di affidamento diretto di un servizio ad una società mista in cui lo stesso Ente detiene una partecipazione, **possa trovare una risposta affermativa**, laddove, ovviamente, ricorrano i presupposti sinora evidenziati.

Fondamentale, a parere della scrivente, poiché emessa per una fattispecie identica a quella del caso che ci occupa, è la sentenza del TAR Molise n. 991 del 17/11/2005, in cui prevede, appunto, la legittimità di un affidamento di un servizio (a rilevanza

economica quale è il parcheggio a pagamento) in via diretta senza espletamento di procedura ad evidenza pubblica ad una società a capitale pubblico, partecipata, in via maggioritaria, dallo stesso Comune e, in via minoritaria, da Italia Lavoro s.p.a.

Se tanto è vero per quanto riguarda i servizi a rilevanza economica, cioè laddove l'utente versa un corrispettivo per usufruire di detto servizio, a maggior ragione dovrebbe riconoscersi legittimità all'affidamento diretto dei servizi non a rilevanza economica, anche perché, tale modalità di affidamento, è espressamente prevista dall'art. 113 bis. TUEL.

Rimanendo a disposizione per qualsiasi chiarimento in merito, si inviano Cordiali Saluti.

Il Responsabile Ufficio Legale

Avv. Cristina Carlucci



COMUNE DI MODUGNO

PROVINCIA DI BARI

Prot. **COMUNE DI MODUGNO**
Prot. n. **00648**
4 GEN 2006
Cat. _____ Clas. _____
Fasc. _____ Sottofasc. _____

Modugno, 4 gennaio 2006

Ai Dirigenti di Settore **I**

LL.SS.

**Oggetto: Trasmissione documentazione di costituzione della società mista.
Sollecito.**

Facendo seguito alla nota del 15 dicembre 2005, prot.n.59459, su espressa richiesta del Sindaco, sollecito le SS.LL. a voler riscontrare quanto richiesto con nota prot.n.59212 del 14/12/2005 a firma del Collegio dei Revisori dei conti, **improrogabilmente** entro martedì 10 c.m.

Distinti saluti



**Il Segretario Generale
Dr. Pietro Acquafredda**



COMUNE DI MODUGNO

PROVINCIA DI BARI

Prot. 00208

Modugno, 2 gennaio 2006

Ai Dirigenti di settore

Ai Revisori dei Conti

E, p.c. Ai Capigruppì Consiliari

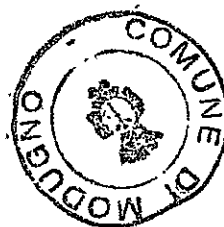
S E D E

Oggetto: Costituzione società mista.

Le SS.LL. sono invitate il giorno 4 gennaio p.v., alle ore 10,00 presso la sede municipale, per discutere sul seguente ordine del giorno:

“Costituzione di una Società mista a capitale totalmente pubblico per gestione servizi pubblici locali con partecipazione temporanea di minoranza della Italia Lavoro S.p.a.”

Cordiali saluti



Il Sindaco
Dr. Giuseppe Rana

LexItalia.it

[Prima pagina](#) | [Legislazione](#) | [Giurisprudenza](#) | [Articoli e note](#) | [Forum on line](#) | [Weblog](#)

Giurisprudenza

n. 1/2006 - © [copyright](#)

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 22 dicembre 2005 n. 7345 - Pres. Santoro, Est. Branca Comune di Pistoia (Avv.ti Presutti e Gesmundo) e Publienergia s.p.a. (Avv.ti Lilli, Musenga e Zgagliardich) c. Energy Service s.r.l. (Avv.ti Pozzi e Sforzellini) - (previa riunione di due appelli, annulla T.A.R. Toscana, sent. 19 dicembre 2003, n. 6137)

1. Comune e Provincia - Servizi pubblici locali - Nozione ex art. 112 del T.U. ee.II. - Individuazione.

2. Comune e Provincia - Servizi pubblici locali - Servizio di riscaldamento degli edifici di proprietà o comunque nella disponibilità di un Comune - Rientrano nella nozione di servizio pubblico locale - Conseguenze - Individuazione.

3. Comune e Provincia - Servizi pubblici locali - Affidamento diretto - Ad una società - Possibilità - Condizioni - Individuazione.

4. Comune e Provincia - Servizi pubblici locali - Affidamento diretto - Ad una società - Possibilità - Condizione secondo la quale deve sussistere una situazione di "controllo analogo" - Casi in cui si verifica - Individuazione.

1. Sono indifferentemente servizi pubblici locali, ai sensi dell'art. 112 del T.U. ee.II. (d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267), quelli di cui i cittadini usufruiscano *uti singuli* e come componenti la collettività, purché rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali (1).

2. Rientra nella nozione di servizio pubblico locale di cui all'art. 22 della legge n. 142 del 1990 (v. ora l'art. 122 del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267), l'attività preordinata a fornire il riscaldamento agli edifici di proprietà o comunque nella disponibilità di un Comune (2).

3. Alla stregua di quanto ritenuto dalla giurisprudenza comunitaria, deve ritenersi legittimo l'affidamento di un servizio pubblico locale ad una società mista anche senza l'osservanza della procedura ad evidenza pubblica, purché l'ente locale eserciti sulla società stessa un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e la società realizzi la parte più importante delle propria attività con l'ente o gli enti che la controllano (3).

4. Sussiste una situazione di "controllo analogo", tale da consentire l'affidamento diretto di servizi pubblici, nel caso in cui la mano pubblica possieda la totalità del pacchetto azionario della società affidataria; tale presupposto è del pari da ritenere sussistente nel caso in cui il capitale della società sia pubblico in percentuale superiore al 99%, mentre la quota in possesso dei privati sia di entità simbolica (4).

(1) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, sentenze 9 maggio 2001 n. 2605 e 16 dicembre 2004 n. 8090, in questa *Rivista*, pag. http://www.lexitalia.it/p/2004/cds5_2004-12-16-2.htm

(2) Ha osservato la Sez. V con riferimento all'appalto di riscaldamento che è evidente che l'utenza del servizio non va individuata, restrittivamente, nei dipendenti comunali, ma si estende al pubblico che si reca negli uffici, e, soprattutto, ai frequentatori delle biblioteche, delle palestre, dei centri anziani e altri servizi ospitati in immobili comunali.

E' apparso decisivo, d'altra parte, il fatto che - secondo la Direttiva 92/50, recepita in Italia con il d.lgs. n. 157 del 1995 - tra i servizi pubblici cui si applica la specifica normativa, elencati nell'Allegato "A", sono indicati i "servizi di pulizia e di gestione delle proprietà immobiliari", risultando quindi testualmente stabilito che il riscaldamento delle proprietà comunali, in quanto evidente attività di gestione, al pari dal servizio di pulizia, è un servizio pubblico.

(3) V. per tutte Corte di Giustizia CE, sentenza 18 novembre 1999 C-107, meglio nota come sentenza Teckal.

(4) Ha osservato in particolare la Sez. V che la sentenza della Corte di giustizia 27 febbraio 2003 n. in causa C-373, non autorizza a ritenere che il possesso della totalità o della maggioranza delle azioni della società affidataria da parte dell'ente o degli enti pubblici consorziati non permetta l'esercizio di una funzione di direzione e di controllo della gestione, che, se pure non identico nelle modalità, sia sostanzialmente equivalente a quello svolto sulle unità operative direttamente dipendenti.

L'ente pubblico, o gli enti pubblici, proprietari dell'intero pacchetto delle azioni, infatti, sia mediante la nomina degli organi, sia mediante l'approvazione di opportune deliberazioni, sono in condizioni di imporre, o meglio, di svolgere, ogni tipo di verifica e di rendiconto, in modo che sia operante la sostanziale identificazione riscontrabile tra il soggetto societario agente con la mano pubblica che le affida il servizio.

Ed è, appunto, tale identificazione che rende compatibile con le regole comunitarie che tutelano la concorrenza l'affidamento di un servizio pubblico ad una società privata senza l'adozione delle procedure ad evidenza pubblica. La circostanza emerge in maniera palmare dal più recente intervento della Corte di Giustizia nella materia dell'affidamento in house, la sentenza 11 gennaio 2005, n. 2603 in C-26.

Per conseguenza, si rivela improponibile l'impostazione accolta dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle politiche comunitarie, 19 ottobre 2001 n. 12727, nella quale si fa riferimento, addirittura, alla "subordinazione gerarchica".

Documenti correlati:

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 16-12-2004, n. 8090, pag. http://www.lexitalia.it/p/2004/cds5_2004-12-16-2.htm (sulla nozione di servizio pubblico locale).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 18-9-2003, n. 5361, pag. http://www.lexitalia.it/p/cds/cds5_2003-5361.htm (sulla possibilità di derogare al principio della gara pubblica per l'affidamento di forniture nel caso di soggetti controllati dall'ente locale).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 19-2-2004, n. 679, pag. http://www.lexitalia.it/p/cds/cds5_2004-02-19-3.htm (l'art. 14 del D.L. n. 269/2003, che consente di affidare direttamente servizi pubblici a società ad intero capitale pubblico, può applicarsi anche retroattivamente).

TAR LOMBARDIA - BRESCIA - sentenza 5 dicembre 2005, n. 1250, pag. http://www.lexitalia.it/p/52/tarlobbrescia_2005-12-05.htm (sull'illegittimità dell'affidamento diretto ad una società mista di un servizio pubblico locale, nel caso in cui il Comune disponga di una partecipazione di assoluta minoranza nella società).

TAR CAMPANIA - NAPOLI SEZ. I - sentenza 30 marzo 2005, n. 2784, pag. http://www.lexitalia.it/p/51/tarcampna1_2005-03-30.htm (sulla possibilità di affidare direttamente servizi pubblici a società ad intero capitale pubblico ex art. 14 del D.L. 269/03 - c.d. in house providing - anche se costituite prima dell'entrata in vigore di quest'ultima norma e sugli elementi da valutare a tal fine).

FATTO

Con la sentenza in epigrafe è stato accolto il ricorso proposto dalla società Energy Service s.r.l. per l'annullamento degli atti relativi all'affidamento da parte del Comune di Pistoia alla società Publienergia s.p.a. del servizio di riscaldamento degli edifici comunali.

Il TAR ha ritenuto fondato ed assorbente il motivo con il quale si è sostenuto che la c.d. "gestione calore" non possa configurarsi come servizio pubblico locale ai sensi dell'art. 112 del d.lgs n. 267 del 2000, in quanto attività espletata in favore dell'ente locale e non dei membri della comunità comunale.

Il Comune di Pistoia e l'aggiudicataria Publienergia s.p.a. hanno proposto separati appelli per la riforma della sentenza, previa sospensione dell'efficacia.

La società Energy Service si è costituita per resistere ai gravami.

La Sezione con ordinanze in data 24 febbraio 2004 ha accolto le istanze cautelari.

Alla pubblica udienza del 5 aprile 2005 le cause venivano trattenute in decisione.

DIRITTO

Gli appelli investono la medesima sentenza. Essi vanno quindi riuniti e decisi unitariamente.

Le appellanti contestano la affermazione dei primi giudici circa la impossibilità di ricomprendere nella nozione di servizio pubblico locale di cui all'art. 22 della legge n. 142 del 1990, poi art. 122 del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, la complessa attività preordinata a fornire il riscaldamento agli edifici di proprietà o comunque nella disponibilità del Comune. Da ciò sarebbe scaturito l'obbligo di procedere alla scelta del contraente secondo le procedure ad evidenza pubblica di cui al d.lgs. n. 157 del 1995, e, quindi, l'illegittimità dell'affidamento diretto dell'appalto ad una società per azioni a capitale pubblico e privato, secondo la previsione dell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, nel testo originario, concernente appunto le modalità di svolgimento dei servizi pubblici locali.

Si assume, in senso contrario, che la decisione, pur potendo richiamarsi ad un precedente specifico della Sezione (10 marzo 2003 n. 1289), non è confortata dalla giurisprudenza prevalente del Consiglio di Stato e della Corte di Giustizia della Comunità Europea, nella quale riceve rilievo preminente il rapporto instaurato tra l'Amministrazione aggiudicatrice e la soggettività affidataria del servizio, potendosi trascurare la circostanza che il fruitore immediato del servizio sia l'Amministrazione e non i membri della comunità comunale.

A quest'ultimo riguardo il Collegio ritiene di dover confermare l'orientamento seguito dalla Sezione con la sentenza 9 maggio 2001 n. 2605 e con la sentenza 16 dicembre 2004 n. 8090, con la quale ha affermato che sono indifferentemente servizi pubblici locali, ai sensi dell'art. 112, T.U.E.L. n. 267/2000, quelli di cui i cittadini usufruiscano uti singuli e come componenti la collettività, purché rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali. L'ultima decisione, che aveva ad oggetto l'illuminazione pubblica, ha espresso principi che ben possono applicarsi al complesso delle attività che garantiscono la temperatura necessaria alla vita ed al lavoro nelle numerose strutture gestite dall'ente comunale. E' evidente, infatti, che l'utenza del servizio in questione non va individuata, restrittivamente, nei dipendenti comunali, ma si estende al pubblico che si reca negli uffici, e, soprattutto, ai frequentatori delle biblioteche, delle palestre, dei centri anziani e altri servizi ospitati in immobili comunali.

Appare decisivo, d'altra parte, che secondo la Direttiva 92/50, recepita in Italia con il d.lgs. n. 157 del 1995, tra i servizi pubblici cui si applica la specifica normativa, elencati nell'Allegato "A", sono indicati i "servizi di pulizia e di gestione delle proprietà immobiliari", risultando quindi testualmente stabilito che il riscaldamento delle proprietà comunali, in quanto evidente attività di gestione, al pari dal servizio di pulizia, è un servizio pubblico.

Con riguardo alle fonti giurisprudenziali europee va ricordato che la Corte di Giustizia si è pronunciata con la sentenza 18 novembre 1999 C-107, meglio nota come sentenza Teckal, affermando la legittimità dell'affidamento di un servizio pubblico locale anche senza l'osservanza della procedura ad evidenza pubblica, se l'ente locale eserciti sulla società un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e la società realizzi la parte più importante delle propria attività con l'ente o gli enti che la controllano.

La parte appellata contesta che nella specie tali circostanze si verificassero perché il Comune di Pistoia non era in condizioni di esercitare sulla società affidataria un controllo analogo a quello esercitabile sui propri uffici. E ciò perché il capitale sociale della aggiudicataria era detenuto da

più enti pubblici tramite una società per azioni capo gruppo, e in questa figurava la partecipazione dell'1% di una banca privata, la Cassa di risparmio di San Miniato.

La tesi non può essere condivisa alla stregua dei chiarimenti forniti sul tema della giurisprudenza comunitaria più recente.

Va sottolineato, in via preliminare, che l'avviso espresso dalla Commissione della comunità con la nota 26 giugno 2002, diretta al Governo Italiano, circa l'insufficienza degli strumenti propri dell'azionista di maggioranza ai fini dell'esercizio del controllo "analogo", di cui alla sentenza Teckal, citata sopra, non è mai stato fatto proprio dalla Corte di Giustizia, che, a quanto consta, non ha ancora fornito risposta al quesito pregiudiziale avanzato da questa Sezione con l'ordinanza 22 aprile 2004 n. 2316.

L'appellata, peraltro, cita in proposito la sentenza della Corte di giustizia 27 febbraio 2003, in causa C-373, nella quale si afferma l'esigenza che l'ente controllante svolga delle verifiche contabili particolarmente approfondite, da cui si desumerebbe, sempre secondo l'assunto, che il controllo "analogo" richieda un "effettivo potere di programmazione, direzione e controllo".

A tale riguardo va ritenuto, per esigenze fondamentali di logica interpretativa, che l'adozione nel diritto comunitario della figura societaria, come strumento alternativo alla prestazione diretta dei servizi pubblici, impone di risolvere il problema del "controllo analogo" secondo un criterio coerente con la peculiarità dell'istituto in questione. La giurisprudenza comunitaria si mostra consapevole del fatto che, se si effettua l'affidamento diretto ad una società, il servizio verrà gestito da una persona giuridica separata e distinta dall'Amministrazione aggiudicatrice, un ente, cioè, che determina la propria azione mediante gli organi di cui è dotato. E' quindi da escludere, in linea di principio, che il diritto comunitario possa imporre un modulo che riproduca, tra Amministrazione e società affidataria, quella forma di dipendenza che è tipica degli uffici interni all'ente.

Per conseguenza, si rivela improponibile l'impostazione accolta dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle politiche comunitarie, 19 ottobre 2001 n. 12727, nella quale si fa riferimento, addirittura, alla "subordinazione gerarchica".

Osserva inoltre il Collegio che la sentenza della Corte di giustizia 27 febbraio 2003 n. in causa C-373 citata sopra, non autorizzi a ritenere che il possesso della totalità o della maggioranza delle azioni della società affidataria da parte dell'ente o degli enti pubblici consorziati non permetta l'esercizio di una funzione di direzione e di controllo della gestione, che, se pure non identico nelle modalità, sia sostanzialmente equivalente a quello svolto sulle unità operative direttamente dipendenti. L'ente pubblico, o gli enti pubblici, proprietari dell'intero pacchetto delle azioni, sia mediante la nomina degli organi, sia mediante l'approvazione di opportune deliberazioni, sono in condizioni di imporre, o meglio, di svolgere, ogni tipo di verifica e di rendiconto, in modo che sia operante la sostanziale identificazione riscontrabile tra il soggetto societario agente con la mano pubblica che le affida il servizio.

Ed è, appunto, tale identificazione che rende compatibile con le regole comunitarie che tutelano la concorrenza l'affidamento di un servizio pubblico ad una società privata senza l'adozione delle procedure ad evidenza pubblica. La circostanza emerge in maniera palmare dal più recente intervento della Corte di Giustizia nella materia dell'affidamento in house, la sentenza 11 gennaio 2005, n. 2603 in C-26, ben nota alle parti in causa.

La sentenza afferma, in primo luogo (parag.50), che il possesso dell'intero pacchetto azionario della società da parte della mano pubblica garantisce lo svolgimento del servizio secondo "esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico", mentre la partecipazione di capitali privati "persegue obiettivi di natura differente". Ma, in disparte tale considerazione, che appare opinabile, se si considera che anche la procedura concorsuale conduce all'affidamento, pienamente legittimo, di un servizio pubblico a società private, risulta decisivo secondo la Corte che l'esplicazione di un'attività economica da parte di società a capitale pubblico e privato "offrirebbe ad una impresa privata presente nel capitale della detta società

un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti" (parag. 51); e ciò sarebbe lesivo della libera concorrenza se l'affidamento sia avvenuto senza il rispetto delle procedure previste dalla Direttiva 92/50 (parag. 51).

E' palese dunque che, secondo questa giurisprudenza, cui il Collegio aderisce, il problema della sussistenza del "controllo analogo" si risolve in senso affermativo se la mano pubblica possiede la totalità del pacchetto azionario della società affidataria.

E tale presupposto nella specie va riconosciuto sussistente posto che il capitale della aggiudicataria è pubblico in percentuale superiore al 99%, mentre la quota in possesso della Cassa di Risparmio di San Miniato, di entità simbolica, non realizzerebbe comunque un illecito vantaggio ad una società concorrente operante nel settore energetico.

Anche il diverso requisito dello svolgimento del servizio in favore degli enti pubblici consorziati è da ritenere osservato osservato, tenendo conto che la giurisprudenza comunitaria richiede soltanto "la parte più importante" dell'attività esercitata dalla società.

La società appellante ha anche riproposto due motivi, dichiarati assorbiti in primo grado.

Il primo concerne la illegittimità della procedura per aver applicato la normativa destinata allo svolgimento di servizi pubblici (artt. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000) mentre l'attività appaltata doveva essere qualificata appalto di fornitura oppure appalto di lavori, in ragione della prevalenza del valore del combustibile, ovvero delle opere previste.

Il motivo è infondato.

Il riscaldamento degli uffici comunali si svolgeva già prima dell'appalto in questione mediante la fornitura di metano da parte della odierna aggiudicataria. Appare quindi corretto che l'individuazione del valore del contratto sia avvenuta sottraendo l'importo della fornitura del metano.

Con riguardo alla asserita eccedenza dell'importo dei lavori rispetto a quello dei servizi, le argomentazioni svolte dagli appellanti si rivelano persuasive, ove si tenga presente che, secondo le disposizioni invocate dall'appellata (art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 157 del 1995; art. 2 della legge n. 109 del 1994), per aversi appalto di lavori, l'importo di questi ultimi deve superare il 50% dell'importo totale.

In disparte rilievo, che il Collegio condivide, secondo cui non possono farsi rientrare nell'importo dei "lavori" gli interventi che rientrano nell'attività di manutenzione, e quindi rappresentano spese di gestione, le cifre offerte dal Comune di Pistoia (L. 832.558.000, per spese di gestione più spese di carburante escluso il metano, e L. 750.000.000, per opere edili di varia natura) portano a concludere che il contratto poteva essere legittimamente considerato un contratto di servizi.

Si è poi denunciata in primo grado la violazione dell'art. 11, comma 1 del d.P.R. 26 agosto 1993 n. 142 e della circolare del Ministero delle finanze 23 novembre 1998 n. 273, assumendo che la appellante aggiudicataria non avrebbe potuto svolgere la funzione di terzo responsabile di un impianto, in quanto fornitrice del combustibile, e il contratto qui in discussione non potrebbe qualificarsi come contratto servizio energia. Si allega, in modo alquanto generico, la mancanza dei requisiti di cui ai punti 7, 8 e 9 della detta circolare, ma la doglianza non regge alle opposte osservazioni dell'appellante Comune sulla base delle previsioni della convenzione.

Il profilo della medesima doglianza, che attiene alla pretesa mancanza della abilitazioni prescritte dalla legge n. 46 del 1990 per svolgere il servizio appaltato, non può essere accolto. Al conseguimento delle abilitazioni in questione, effettivamente avvenuto nell'imminenza della data di inizio dello svolgimento del servizio, 1 novembre 2001, o qualche giorno dopo, può attribuirsi efficacia sanante del ritardo nella presentazione della documentazione, dovendo considerarsi che le relative istanze erano avviate al momento della stipula della convenzione, e

che la prescrizione di cui si invoca la violazione risulta invece osservata, posto che il servizio è stato svolto da impresa regolarmente autorizzata.

In conclusione gli appelli devono essere accolti, con conseguente riforma della sentenza impugnata e rigetto del ricorso di primo grado.

Sussistono valide ragioni per disporre la compensazione tra le parti delle spese di lite

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, riunisce gli appelli in epigrafe, li accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, rigetta il ricorso di primo grado;

dispone la compensazione delle spese;

ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 5 aprile 2005 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro Presidente

Cesare Lamberti Consigliere

Goffredo Zaccardi Consigliere

Marzio Branca Consigliere est.

Gabriele Carlotti Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Marzio Branca F.to Sergio Santoro

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 22 dicembre 2005.



* Inizio pagina

{ Detenzione oli vapori spese 120 —
Cape old nuovo otto

COMUNE DI MODUGNO

PROVINCIA DI BARI

COMUNE DI MODUGNO	
Prot. n. 58212	
14 DIC. 2005	
Cat. _____	Clas. _____
Fasc. _____	Sottofasc. _____

AL SINDACO

AL SEGRETARIO COMUNALE

AL RESPONSABILE DEL SERVIZIO FINANZIARIO

AL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO

IL COLLEGIO DEI REVISORI

- ◇ Esaminata la proposta di deliberazione di C.C. avente per oggetto: "Costituzione società a capitale totalmente pubblico per gestione servizi pubblici locali con partecipazione temporanea di minoranza della Italia Lavoro Spa";
- ◇ Vista la nota prot. n. 58136 del 06.12.2005 a firma del Dirigente del Servizio Finanziario con cui sollecitava il parere del Collegio dei Revisori;
- ◇ Considerato che la documentazione necessaria per poter esprimere il parere è pervenuta al Collegio dei Revisori soltanto in data 12.12.2005;
- ◇ Rilevato che la costituzione della società mista è finalizzata alla gestione, in affidamento diretto, per conto del Comune di Modugno dei seguenti servizi:
 - Assistenza e cura disabili ed indigenti;
 - Guardiania immobili comunali;
 - Trasporto alunni;
 - Manutenzione verde pubblico;
 - Gestione asilo nido comunale;
 - Manutenzione ordinaria immobili comunali;
 - Segnaletica orizzontale e verticale;
- ◇ Rilevato che sia la Corte di Giustizia Europea sia il Consiglio di Stato in merito all'affidamento a terzi di servizi da parte di un Ente Locale, hanno chiaramente affermato che "nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda affidare servizi ad una società da essa giuridicamente distinta, nella quale detta amministrazione detiene una partecipazione, nelle procedure di affidamento dei servizi devono essere garantite le norme sulla concorrenza";
- ◇ Rilevato che, pertanto, sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea e del Consiglio di Stato, sembrerebbe non sia possibile per un Ente Locale l'affidamento diretto di un servizio ad una società mista, nella quale l'Ente possieda una partecipazione;

- ◇ Rilevato che nella proposta di deliberazione non è stato specificato se, per i singoli servizi da affidare alla costituenda società mista, vi siano contratti in corso e quale sia la loro scadenza, oppure vi siano gare in espletamento per l'affidamento degli stessi a terzi, atteso che nella convenzione da stipulare con la società mista c'è l'impegno per il Comune di Modugno di affidare i relativi servizi entro il termine essenziale di 60 giorni dalla data di costituzione della società;
- ◇ Rilevato che i singoli Dirigenti competenti per materia non si sono espressi, mediante l'elaborazione di una dettagliata relazione tecnico-economica, sulla congruità del costo da sostenere per l'affidamento dei predetti servizi pari a complessive € 1.600.000,00 comprensivi di IVA, per il periodo di nove anni a partire dal 2006;

RITIENE

di non poter esprimere, allo stato degli atti, il proprio parere senza aver previamente acquisito la seguente documentazione:

1. Parere del Responsabile dell'Ufficio Legale sulla possibilità di affidamento diretto, senza espletare alcuna gara, di servizi ad una società mista in cui lo stesso Ente detiene una partecipazione;
2. Relazione dei Dirigenti competenti per materia relativa alla presenza, per i predetti servizi da affidare alla costituenda società mista, di contratti in essere, della loro scadenza o dell'esistenza di procedure in corso per l'affidamento degli stessi mediante gara d'appalto;
3. Relazione tecnico-economica dei Dirigenti competenti per materia sulla congruità del costo da sostenere per l'affidamento dei predetti servizi, rapportata a quanto previsto nel piano d'impresa tecnico-economico-finanziario, allegato alla proposta di deliberazione.

* Dm
C.A. 2004
Parere
le
disposto
R

Modugno, li 13 dicembre 2005.

Il Collegio dei Revisori

Dott. Vincenzo Mecca

Dott. Michela Leone

Dott. Michele Cea

AMMINISTRAZIONE PUBBLICA
T.A.R. Molise, 17 novembre 2005, n. 991

L'affidamento di un servizio in via diretta, senza il rispetto di una procedura ad evidenza pubblica, può disporsi, ai sensi della direttiva 92/50/Cee, solo nei confronti di soggetti "in house" ossia di soggetti sottoposti ad un penetrante controllo da parte dell'Amministrazione. Pertanto, un Comune può affidare direttamente il servizio della gestione dei parcheggi a pagamento, senza il rispetto di una procedura ad evidenza pubblica, ad una società a capitale pubblico, partecipata (per il 62%) dal Comune medesimo e da Italia Lavoro spa, società quest'ultima controllata interamente dal Ministero del Tesoro, che possiede la quota residua del 38%. Tale società risponde, infatti, ai requisiti stabiliti dalla Corte di giustizia per gli affidamenti diretti in house, in quanto svolge la propria attività in via esclusiva per il Comune e i soci della stessa, entrambi soggetti pubblici, esercitano per statuto sulla società controlli analoghi a quelli che eserciterebbero se tale attività fosse da essi svolta direttamente. D'altra parte la costituzione da parte del Comune di società a capitale pubblico per la gestione dei servizi locali non avrebbe alcuna pratica utilità ove, poi, non potesse affidare direttamente a detta società i servizi pubblici di propria competenza.

T.A.R. Molise, 17-11-2005, n. 991

C.M.P. Compagnia Molisana Parcheggi S.r.l. c. Comune di Campobasso e altri

FONTI

Sito Diritto dei Servizi Pubblici.it, 2005

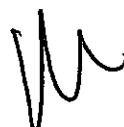
RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Vedi

Corte giustizia comunità Europee Sez. I, 11-01-2005, n. 26

Dir. 18/06/1992 n. 50, epigrafe

D.Lgs. 17/03/1995 n. 157, epigrafe



COMUNE E PROVINCIA

Cons. Stato Sez. V, 15 dicembre 2005, n. 7058

Il servizio di spazzamento delle strade comunali e il servizio di gestione della piattaforma ecologica per la raccolta differenziata di rifiuti solidi urbani sono attività riconducibili nell'ambito dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e pertanto, l'erogazione del servizio può essere effettuato da società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica (mentre la possibilità di derogare a tale obbligo deve ritenersi consentita nelle sole ipotesi, di affidamento diretto a società a capitale misto nelle quali il socio privato sia stato individuato a mezzo di procedure ad evidenza pubblica e di affidamento in house a società a dominanza pubblica). Ne consegue che è illegittimo l'affidamento del servizio in questione disposto in violazione della suindicata normativa.

Cons. Stato Sez. V, 15-12-2005, n. 7058

Comune di Cesano Boscone c. Ecol Service s.r.l. e altri

FONTI

Sito Diritto dei Servizi Pubblici.it, 2005

Copyright 2005 Wolters Kluwer Italia Professionale S.p.A. All rights reserved.

AMMINISTRAZIONE PUBBLICA - COMUNITA' EUROPEA
Corte giustizia comunità Europee Sez. I, 13 ottobre 2005, n. 458

Non occorre applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici o di concessioni di pubblici servizi nel caso in cui un'autorità pubblica svolga i compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entità esterne. Di conseguenza, nel settore delle concessioni di pubblici servizi, l'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione è esclusa se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sull'ente concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e se il detto ente realizzata la maggior parte della sua attività con l'autorità detentrica.

Corte giustizia comunità Europee Sez. I, 13-10-2005, n. 458
Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen e altri

FONTI

Sito Diritto dei Servizi Pubblici.it, 2005

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conformi

Corte giustizia comunità Europee Sez. I, 11-01-2005, n. 26

L. 14/10/1957 n. 1203, epigrafe

Copyright 2005 Wolters Kluwer Italia Professionale S.p.A. All rights reserved.

DEAGOSTINI
 PROFESSIONALE

Pannello

 Sistema  **LEGGI D'ITALIA** Segnalibro | Ricerche effettuate | Opere: Repertorio di Giurisprudenza

T.A.R. Molise, 17 novembre... » Corte giustizia comunità...

[Aggiungi al segnalibro](#)

Società miste

» Repertorio di Giurisprudenza

[» Pagina principale](#)
[» Massime](#)
[» Bibliografia](#)

CREDITS

Documento

Risultati



AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

Corte giustizia comunità Europee Sez. I, 11 gennaio 2005, n. 26

L'articolo 1, n. 1, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989 n. 89/665/Cee, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992 n. 92/50/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, a sua volta modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997 n. 97/52/Ce, deve essere interpretato nel senso che l'obbligo degli Stati membri di garantire la possibilità di mezzi di ricorso efficaci e rapidi contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici si estende anche alle decisioni adottate al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto e prima di un atto di formale messa in concorrenza, e in particolare alla decisione sulla questione se un determinato appalto rientri nell'ambito di applicazione "ratione personae" e "ratione materiae" della direttiva n. 92/50, come modificata. Tale possibilità di ricorso è concessa a qualsiasi soggetto che abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'appalto di cui trattasi e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata, a partire dal momento in cui viene manifestata la volontà dell'amministrazione aggiudicatrice idonea a produrre effetti giuridici. Pertanto, gli Stati membri non sono autorizzati a subordinare la possibilità di ricorso al fatto che la procedura di affidamento di appalto pubblico in questione abbia formalmente raggiunto una fase determinata. Nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione "ratione materiae" della direttiva n. 92/50, come modificata dalla direttiva n. 97/52, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate.

Corte giustizia comunità Europee Sez. I, 11-01-2005, n. 26

RPL Recyclingpark Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Restabfall und Energieverwertungsalange TREA Leuna

FONTI

 Guida al Diritto, 2005, 4, 101 nota di SCINO
 Foro It., 2005, 4, 134 nota di URSI

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**Conformi**

Corte giustizia comunità Europee Sez. I, 13-10-2005, n. 458

Vedi

T.A.R. Molise, 17-11-2005, n. 991

Corte giustizia comunità Europee Sez. I, 13-10-2005, n. 458



Documento**Risultati**

LexItalia.it

[Prima pagina](#) | [Legislazione](#) | [Giurisprudenza](#) | [Articoli e note](#) | [Forum on line](#) | [Weblog](#)

Giurisprudenza

n. 4/2005 - © copyright

TAR CAMPANIA - NAPOLI, SEZ. I - sentenza 30 marzo 2005 n. 2784 - Pres. Coraggio, Est. Corciulo - A.C.E. Italia s.r.l. ed altri (Avv. Di Martino) c. Comune di Napoli (Avv.ti Tarallo e Andreottola) e Napoli Park (Avv. Soprano) - (respinge).

1. Comune e Provincia - Servizi pubblici - Affidamento a società pubblica - Annullamento in s.g. delle delibere con le quali si procede all'affidamento diretto - Non comporta anche la nullità dell'atto costitutivo della società - Ragioni.

2. Comune e Provincia - Servizi pubblici - Affidamento a società pubblica - Possibilità - Ex art. 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, come sostituito dall'art. 14 del D.L. 269/03 conv. in L. n. 326/03 - Sussiste - Applicabilità in via di sanatoria alle società costituite prima della sua entrata in vigore - Sussiste.

3. Comune e Provincia - Servizi pubblici - Affidamento a società pubblica - Possibilità - Ex art. 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, come sostituito dall'art. 14 del D.L. n. 269/03 conv. in L. n. 326/03 - Violazione dell'art. 86 del Trattato C.E. - Non sussiste.

4. Comune e Provincia - Servizi pubblici - Affidamento a società pubblica - Possibilità - Ex art. 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, come sostituito dall'art. 14 del D.L. 269/03 conv. in L. n. 326/03 - Condizioni - Elementi da verificare - Individuazione.

1. L'annullamento in sede giurisdizionale delle delibere con cui si è proceduto all'affidamento diretto di un servizio pubblico (nella specie, di gestione dei parcheggi) in favore di una società a capitale pubblico senza il previo esperimento di un procedimento di selezione ad evidenza pubblica, non comporta anche la nullità dell'atto costitutivo della società stessa, atteso che tale ipotesi diverge dal caso in cui è da considerare nullo il contratto di appalto stipulato sulla base di un provvedimento di aggiudicazione illegittimo; nel caso del contratto di appalto, infatti, si parla di nullità perché la stipulazione è avvenuta in violazione di norme imperative che disciplinano la scelta del contraente, con inevitabile travolgimento del rapporto consequenziale, mentre nell'ipotesi della costituzione di una società, il nesso eziologico sussistente tra il provvedimento amministrativo costitutivo e gli atti fondamentali della società appare meno stretto, essendo comunque stata data vita ad un nuovo ed autonomo soggetto.

2. In base alla formulazione dell'art. 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, come sostituito dall'art. 14 del D.L. n. 269/03 conv. in L. n. 326/03, è consentito l'affidamento dei servizi pubblici locali anche ad una "società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitate sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano". Tale norma è applicabile, in via di sanatoria, anche alle società costituite prima della sua entrata in vigore (1).

3. L'art. 113, comma quinto, lettera e), del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, come sostituito dall'art. 14 del D.L. n. 269/03 conv. in L. n. 326/03 (secondo cui è consentito l'affidamento dei servizi pubblici locali anche "la società a capitale interamente pubblico..."), non viola il principio comunitario in materia di concorrenza nell'affidamento di lavori servizi e forniture di cui all'art. 86 del Trattato C.E., ma costituisce espressione dell'immediato adeguamento da parte dell'ordinamento

nazionale ai principi espressi in materia dalla Corte di Giustizia (Corte di giustizia C.E. 18 novembre 1999, causa C - 107/98; Corte di giustizia n. 349 - 8 maggio 2003), secondo cui è legittimo l'affidamento di un servizio "in house providing", purché l'Ente territoriale affidante eserciti sul soggetto gestore un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e che, allo stesso tempo, quest'ultimo svolga la parte essenziale della propria attività insieme con l'ente o gli enti territoriali che lo controllano.

4. Ai fini dell'applicazione di quanto previsto dall'art. 113 comma quinto, lettera e) del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, come sostituito dall'art. 14 del D.L. n. 269/03 conv. in L. n. 326/03, il soggetto gestore deve sostanzialmente essere configurato come una sorta di *longa manus* dell'affidante, pur conservando natura distinta ed autonoma rispetto all'apparato organizzativo di questo: deve, in altri termini, determinarsi una sorta di amministrazione "indiretta", nella quale la gestione del servizio, in un certo senso, resta saldamente nelle mani dell'ente concedente, attraverso un controllo assoluto sull'attività della società affidataria la quale, a sua volta, è istituzionalmente destinata in modo assorbente ad operare in favore di questo. A tal fine si deve verificare se i rapporti organizzativi e funzionali tra ente e società a capitale pubblico siano tali da realizzare in concreto questa reciproca assimilazione e tale indagine deve incentrarsi sull'esame dell'atto costitutivo e dello statuto della società che descrivono la struttura organizzativa della compagine, nonché i controlli e le modalità di gestione della medesima (2).

(1) Ha osservato il T.A.R. Campania che la tesi secondo cui tra gli obiettivi della nuova normativa vi fosse anche quello di introdurre una sanatoria delle pregresse situazioni gestionali, risulta confermata anche dall'art. 113 comma 15 bis del D.lgs. 18.8.2000 n. 267, come modificato dall'art. 4, comma 234 della legge 24.12.2003 n. 350, il quale dispone che "Nel caso in cui le disposizioni previste per i singoli settori non stabiliscano un congruo periodo di transizione, ai fini dell'attuazione delle disposizioni previste nel presente articolo, le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2006, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. Sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato sia stato scelto mediante procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza nonché quelle affidate a società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo e quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".

In tal senso, il legislatore, mentre per gli affidamenti di servizi pubblici locali senza il previo esperimento di una gara ha voluto, più limitatamente, tollerare la prosecuzione in via provvisoria improrogabilmente fino al 31.12.2006, per le precedenti forme di gestione affidate a società miste o a capitale interamente pubblico (*in house providing*), ha inteso introdurre una sorta di sanatoria retroattiva generale, consentendone la prosecuzione, purché queste si presentino in linea con i nuovi principi regolatori in materia (v. Consiglio di Stato, Sez. V, 19 febbraio 2004 n. 679).

(2) In applicazione del principio nella specie è stato ritenuto che la struttura organizzativa della società in questione (Napolipark s.r.l.) appariva tale da consentire al Comune di esercitare la più totale ingerenza e controllo sulla gestione nonché sull'andamento economico finanziario, analogamente a quanto avrebbe potuto fare con un servizio gestito direttamente.

Documenti correlati:

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 19-2-2004, n. 679, pag. http://www.lexitalia.it/p/cds/cds5_2004-02-19-3.htm (l'art.

14 del D.L. n. 269/2003, che consente di affidare direttamente servizi pubblici a società ad intero capitale pubblico, può applicarsi anche retroattivamente).

TESTO DEL DECRETO-LEGGE 30 settembre 2003, n. 269 (In G.U. n. 229 del 2 ottobre 2003 - Suppl. Ord. n. 157) coordinato con la LEGGE 24 novembre 2003, n. 326 (In G.U. n. 274 del 25 novembre 2003 - Suppl. Ord. n. 181) - Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici, pag. http://www.lexitalia.it/uploads/webdata_pro.pl?cgifunction=form&layout=legislazione1&keyval=legislazione.legislazione_id=67

FATTO

Con convenzione n. 66238 del 14.4.1997 il Comune di Napoli affidava per quattro anni all'A.C.I. il servizio di gestione della sosta a pagamento in alcune zone residenziali, di particolare rilevanza urbanistica, a traffico limitato, oltre alla gestione dei parcheggi - pubblici di superficie e quelli realizzati dalla società Mededil presso il Centro Direzionale.

L'art 3 della convenzione prevedeva l'obbligo per l'A.C.I. di costituire una specifica una società a cui affidare i compiti di gestore operativo del servizio oggetto di affidamento, con l'impegno di cederne al Comune di Napoli almeno il 51% del capitale sociale al

valore nominale, senza alcun sovrapprezzo.

Pertanto, in data 24.4.1997, l'A.C.I. Consulting e la C.N.P. s.p.a. - società entrambe interamente controllate dall'A.C.I. - costituivano la Compagnia Napoletana Parcheggi s.r.l. cui veniva affidato il ruolo di "gestore operativo" del servizio, così come previsto dalla citata convenzione.

Entro la scadenza del primo contratto, la Giunta Comunale di Napoli, con deliberazione n. 929 del 15.3.2001, proponeva il perfezionamento del passaggio della quota di controllo della Compagnia Napoletana Parcheggi s.r.l. al Comune con relativa trasformazione in società a partecipazione maggioritaria pubblica.

Al fine di consentire tale passaggio, il subcommissario prefettizio, con propria delibera n. 38 dell'8.4.2001, prorogava la convenzione di gestione del servizio tra l'A.C.I. ed il Comune per sei mesi e, quindi, fino al 31.10.2001.

Con deliberazione n. 2337 del 23.10.2001, la Giunta proponeva al Consiglio di acquisire la quota di controllo della Compagnia Napoletana Parcheggi s.r.l., evidenziando non solo come l'A.C.I. avesse dato piena esecuzione all'art. 3 della convenzione, ma anche come l'acquisizione a titolo gratuito del 66% del capitale sociale della predetta società avrebbe comportato notevoli vantaggi, quali la conservazione dei livelli occupazionali, la continuità nella gestione del servizio, lo sfruttamento di avanzate tecnologie e di durevoli esperienze maturate nel settore di riferimento da parte della società in questione, risparmi sulle operazioni di cessione dei contratti, oltre al fatto per cui l'A.C.I., quale socio di minoranza, avrebbe comunque continuare a prestare la sua attività per lo svolgimento del servizio reso dalla società di gestione.

Con contestuale deliberazione n. 2339, la Giunta prorogava la convenzione di gestione del servizio in favore dell'A.C.I. fino al 30.4.2002.

Con deliberazione del 30.4.2002 n. 1535, la Giunta manifestava l'intenzione di costituire, ai sensi dell'art. 113 bis del D.lgs. 18.8.2000 n. 267, una nuova società tra il Comune di Napoli e l'Azienda Napoletana Mobilità - A.N.M. s.p.a., che veniva a formare oggetto di proposta al Consiglio con coeva deliberazione n. 1536: in tale provvedimento la costituzione della nuova società veniva giustificata con la necessità di realizzare una maggiore redditività per i servizi di gestione della sosta, oltre che di fornire una migliore regolamentazione dei fenomeni di occupazione delle aree di sosta a pagamento; la Giunta, inoltre, valutava non più soddisfacenti

le modalità di gestione sinora adottate in convenzione con l'A.C.I., preferendo come proprio interlocutore l'A.N.M. s.p.a. a cagione del ruolo che detta società svolgeva nel settore del trasporto pubblico locale su gomma.

Mentre con deliberazione n. 1537 del 30.4.2002 la convenzione tra Comune di Napoli ed A.C.I. veniva ancora prorogata fino al 30.9.2002, la Giunta, con atto deliberativo n. 2693 del 19.7.2002 integrava l'originaria proposta al Consiglio n. 1536 del 30.4.2002 che veniva approvata dall'assemblea con deliberazione n. 272 del 30.8.2002.

Tale provvedimento veniva impugnato dall'A.C.I. innanzi al T.A.R. Campania che, con sentenza n. 4203/03 di questa Sezione, accoglieva il ricorso, decisione confermata in sede di appello dalla V Sezione del Consiglio di Stato con sentenza n. 2155/04.

Con deliberazione n. 1315 del 19.4.2004, la Giunta Comunale, in esecuzione della richiamata sentenza del Consiglio di Stato, convalidava l'affidamento del servizio alla Napolipark s.r.l. in base alla nuova formulazione dell'art. 113 del D.Lgs. 18.8.2000 n. 267, iniziativa che si concretizzava in una proposta che veniva accolta dal Consiglio comunale con deliberazione n. 80 del 26.4.2004.

Infine, con deliberazione n. 2565 del 29.7.2004, la Giunta approvava lo schema di contratto regolativo dei rapporti tra il Comune e la Napolipark s.r.l. relativamente alla gestione del servizio della sosta a pagamento.

Avverso dette due ultime deliberazioni proponevano ricorso a questo Tribunale Amministrativo Regionale I l'A.C.I., l'A.C.I. Consult - C.N.P. s.r.l. e la Compagnia Parcheggi s.r.l. chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee cautelari.

Rilevavano le ricorrenti che la sentenza n. 4203/03 di questa Sezione, confermata in sede di appello, aveva comportato l'estinzione della Napolipark s.r.l., con conseguente illegittimità dell'affidamento operato ai sensi dell'art. 113 D.Lgs. 18.8.2000 n. 267 T.U.E.L. in favore di un soggetto ormai inesistente, senza che fosse nemmeno chiaro se la relativa efficacia fosse o meno operativa ex tunc.

L'A.C.I. contestava ancora la violazione della norma di cui all'art. 86 del Trattato C.E., essendosi proceduto all'affidamento del servizio senza il previo esperimento di una gara, così come invece imposto dal principio generale comunitario in materia di concorrenza, né sussistendo nel caso concreto una situazione in cui si potesse legittimamente derogare a tale regola.

Con i successivi motivi di ricorso parte ricorrente proponeva alcune delle censure già presentate nell'ambito del giudizio relativo al precedente affidamento in favore della Napolipark s.r.l. e conclusosi con la ricordata sentenza n. 4203/03.

Si costituivano in giudizio il Comune di Napoli, la Napolipark s.r.l. e la A.N.M. s.p.a.

chiedendo il rigetto del ricorso e della domanda cautelare, quest'ultima sollevando anche un'eccezione di inammissibilità del gravame per carenza di interesse, non potendo essere l'A.C.I. destinatario di un affidamento del servizio in house providing, sistema di gestione ormai legittimamente prescelto dall'Amministrazione per effetto della novella del 2003.

Alla camera di consiglio del 9.6.2004, la causa veniva cancellata dal ruolo delle cautelari.

All'udienza di discussione del 17.11.2004, in vista della quale venivano presentate memorie conclusionali, il Tribunale tratteneva la causa per la decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Le società ricorrenti hanno impugnato la deliberazione della Giunta Comunale n. 1315 del

19.4.2004, nonché quella del Consiglio Comunale di Napoli n. 80 del 26.4.2004 con le quali, in esecuzione della sentenza di questo Tribunale n. 4203/03 confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 2155 della V Sezione, è stata nuovamente affidata alla società Napolipark s.r.l. la gestione del servizio del parcheggio pubblico a pagamento e ciò in base alla riproposizione e conferma delle precedenti deliberazioni consiliari n. 272 e n. 273 del 30.8.2002 con cui si era proceduto a suo tempo all'affidamento del servizio alla predetta società in applicazione dell'art. 113 bis del D.Lgs. 18.8.2000 n. 267.

Occorre preliminarmente esaminare l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse sollevata dalla difesa dell'Azienda Napoletana Mobilità - A.N.M. s.p.a., secondo cui, una volta che il Comune ha optato per il sistema di gestione in house providing, anche laddove fosse dichiarato illegittimo l'affidamento disposto con gli atti impugnati in favore della Napolipark s.r.l., nessuna utilità deriverebbe alle ricorrenti per effetto di una simile pronuncia, atteso che queste, non possedendo i requisiti per aspirare a tale forma di gestione, resterebbero comunque escluse da ogni possibilità di affidamento in tal senso.

L'eccezione è priva di pregio, atteso che in caso di annullamento dei provvedimenti impugnati, l'Amministrazione dovrebbe *funditus* occuparsi dell'affidamento del servizio, non potendo, pertanto, escludersi l'eventuale adozione di un modello gestionale che potrebbe consentire alle ricorrenti di aspirare all'affidamento, tenuto altresì conto della precedente soluzione - poi abbandonata - costituita dalla cessione gratuita della maggioranza delle quote della Compagnia Napoletana Parcheggi s.r.l.

Con il primo e secondo motivo di gravame parte ricorrente ha lamentato che il Comune di Napoli, tramite l'adozione dei provvedimenti impugnati, aveva affidato il servizio - ai sensi della nuova formulazione dell'art. 13 del D.Lgs. 18.8.2000 n. 267 - in favore della Napolipark s.r.l., società, tuttavia, da ritenersi inesistente, in quanto cancellata dal mondo giuridico. In un primo tempo dalla sentenza di questa Sezione n. 4203/03 e poi da quella n. 2155/04, resa in sede di appello dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato; né tale inesistenza sarebbe stata sanabile, come invece preteso dall'Amministrazione Comunale, per effetto della normativa sopravvenuta, posto che, in ogni caso, l'estinzione della Napolipark s.r.l. si era ormai verificata con efficacia *ex tunc*.

Tali argomentazioni non sono condivisibili.

Al riguardo occorre preliminarmente esaminare quali siano stati gli effetti della decisione di questa Sezione n. 4203/03, nonché della sentenza resa in sede di appello dalla V Sezione del Consiglio di Stato n. 2155/04 in merito al precedente affidamento del servizio in favore della Napolipark s.r.l..

Osserva il Collegio che dall'esame dei motivi di ricorso affrontati in primo grado, nonché dal tenore del dispositivo della relativa decisione l'intervento giurisdizionale deve ritenersi limitato all'annullamento delle deliberazioni del Consiglio comunale di Napoli n. 272 e n. 273 del 30.8.2002, con cui si era proceduto all'affidamento diretto del servizio di gestione dei parcheggi in favore della Napolipark s.r.l. senza quindi, il previo esperimento di un procedimento di selezione ad evidenza pubblica.

Quanto allo Statuto della neocostituita Napolipark s.r.l., questo non è stato investito da alcuna pronuncia espressa e ciò in coerenza con i limiti della giurisdizione amministrativa:

Tanto premesso, occorre chiedersi se sia applicabile al caso di specie quella giurisprudenza che sostiene essere nullo il contratto di appalto stipulato sulla base di un provvedimento di aggiudicazione illegittimo e, come tale, oggetto di annullamento (Consiglio di Stato VI Sezione 5.5.2003 n. 2332-; T.A.R. Campania Napoli I Sezione 15 luglio 2003 n. 8237; T.A.R. Basilicata 29.11.2003 n. 1025; T.A.R. Calabria Catanzaro 10.11.2003 n. 3138).

A tale quesito occorre rendere una risposta negativa, trattandosi di situazioni fra loro radicalmente distinte; nel caso del contratto di appalto, infatti, si parla di nullità perché la

stipulazione è avvenuta in violazione di norme imperative che disciplinano la scelta del contraente, con inevitabile travolgimento del rapporto consequenziale, mentre nell'ipotesi della costituzione di una società, il nesso eziologico sussistente tra il provvedimento amministrativo costitutivo e gli atti fondamentali della società appare meno stretto, essendo comunque stata data vita ad un nuovo ed autonomo soggetto; conferma di tale assunto deriva proprio dalla norma speciale in materia di nullità delle società di capitali (art.2332 c.c.) che, discostandosi dai principi generali, disciplina una forma di patologia meno grave e ciò, non solo circoscrivendo le ipotesi in cui questa può essere pronunciata, ma soprattutto introducendo un regime giuridico di salvezza degli atti medio tempore compiuti, oltre ad una specifica possibilità di sanatoria del soggetto stesso.

Tale disciplina di favore trova la propria *ratio* nell'esigenza di tutelare l'affidamento di quei soggetti terzi che siano venuti in contratto con la società poi colpita dalla pronuncia giudiziale di annullamento.

Ne consegue che, ai fini che qui interessano, seppur il vizio delle deliberazioni di Consiglio comunale n. 272 e n. 273 del 30.8.2002, ha comportato profili invalidanti nei confronti della Napolipark s.r.l., tale situazione patologica negoziale è destinata ad operare entro i ristretti limiti di cui all'art. 2332 c.c., con la conseguenza di poter senz'altro escludere che la predetta società possa essere considerata alla stregua di un soggetto inesistente: va, infatti, rilevato come il penultimo comma della richiamata disposizione codicistica, preveda che con la sentenza con cui si dichiara la nullità si debba provvedere alla nomina dei liquidatori, con ciò implicitamente confermando l'esistenza del soggetto.

Ne consegue che, stante l'esistenza della Napolipark s.r.l. come soggetto giuridico attesa la sua nullità "attenuata" - da intendersi quasi in termini di "quasi annullabilità" era ben possibile operarne una sanatoria attraverso lo *jus superveniens* costituito dalla nuova formulazione dell'art. 113 del D.Lgs. 18.8.2000, come sostituito dall'art. 14 del D.L. 269/03 conv. in L. n. 326/03 che consente l'affidamento dei servizi pubblici locali anche "la società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitate sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".

Del resto, che tra gli obiettivi della nuova normativa vi fosse anche quello di introdurre una sanatoria delle pregresse situazioni gestionali, risulta confermato anche dall'art. 113 comma 15 bis del D.lgs. 18.8.2000 n. 267, come modificato dall'art. 4, comma 234 delle legge 24.12.2003 n. 350 che dispone che "Nel caso in cui le disposizioni previste per i singoli settori non stabiliscano un congruo periodo di transizione, ai fini dell'attuazione delle I disposizioni previste nel presente articolo, le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2006, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. Sono escluse dalle cessazione le concessioni affidate a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato sia stato scelto mediante procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza nonché quelle affidate a società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo e quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante delle propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".

In tal senso, il legislatore, mentre per gli affidamenti di servizi pubblici locali senza il previo esperimento di una gara ha voluto, più limitatamente, tollerarne la prosecuzione in via provvisoria improrogabilmente fino al 31.12.2006, per le precedenti forme di gestione affidate a società miste o a capitale interamente pubblico (*in house providing*), ha inteso introdurre una sorta di sanatoria retroattiva generale, consentendone la prosecuzione, purché queste si presentino in linea con i nuovi principi regolatori in materia (Consiglio di Stato V Sezione 19.2.2004 n. 679).

Va pertanto rilevato - e con ciò va respinto anche il terzo motivo di ricorso con cui erano stati sollevati dubbi in merito all'effettiva decorrenza dell'efficacia dell'affidamento - che questo

disposto ai sensi della nuova normativa, non può che avere efficacia ex nunc.

Occorre, pertanto, verificare in questa sede se le condizioni previste dal nuovo art. 113 sussistano.

Quanto al primo non può seriamente dubitarsi che si tratti di una società a capitale interamente pubblico, essendone attuali proprietari esclusivamente il Comune di Napoli e l'Azienda Napoletana Mobilità s.p.a., quest'ultima a sua volta interamente appartenente al predetto ente locale.

Quanto agli ulteriori requisiti, il loro esame permette di affrontare congiuntamente il motivo in questione e quello successivo.

Con esso è stata dedotta la violazione dell'art. 86 del Trattato C.E. da parte della disposizione di cui all'art. 113, comma quinto, lettera e) del D.lgs. 18.8.2000 n. 267, che in quanto contrastante con il principio comunitario in materia di concorrenza nell'affidamento di lavori servizi e forniture, non avrebbe potuto trovare alcuna applicazione nella fattispecie *de qua*, non ricorrendo nemmeno un'ipotesi eccezionale tale da consentire al legislatore nazionale di derogarvi.

Il motivo è infondato.

Osserva il Collegio che la norma in esame, in base alla quale il Comune ha affidato in via diretto il servizio alla Napolipark s.r.l, costituisce espressione dell'immediato adeguamento da parte dell'ordinamento nazionale ai principi espressi in materia dalla Corte di Giustizia. (Corte di giustizia C.E. 18 novembre 1999, causa C - 107/98; Corte di giustizia n. 349 - 8 maggio 2003), secondo cui è legittimo l'affidamento di un servizio in house providing purché l'Ente territoriale affidante eserciti sul soggetto gestore un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e che, allo stesso tempo, quest'ultimo svolga la parte essenziale della propria attività insieme con l'ente o gli enti territoriali che lo controllano.

Il soggetto gestore deve sostanzialmente essere configurato come una sorta di *longa manus* dell'affidante, pur conservando natura distinta ed autonoma rispetto all'apparato organizzativo di questo: deve, in altri termini, determinarsi una sorta di amministrazione "indiretta", nella quale la gestione del servizio, in un certo senso, resta saldamente nelle mani dell'ente concedente, attraverso un controllo assoluto sull'attività della società affidataria la quale, a sua volta, è istituzionalmente destinata in modo assorbente ad operare in favore di questo.

Si deve, dunque, verificare se i rapporti organizzativi e funzionali tra ente e società a capitale pubblico siano tali da realizzare in concreto questa reciproca assimilazione e tale indagine dovrà incentrarsi sull'esame dell'atto costitutivo e dello statuto della società che descrivono la struttura organizzativa della compagine, nonché i controlli e le modalità di gestione della medesima.

Nel caso di specie, ritiene il Tribunale che l'Amministrazione comunale di Napoli abbia applicato la norma *de qua* in armonia con i principi comunitari: infatti, i due presupposti per potersi legittimamente procedere all'affidamento in house providing indicati dalla Corte di Giustizia e recepiti dalla normativa nazionale appaiono pienamente sussistenti con riferimento alla società Napolipark s.r.l.

Quanto alla natura dell'attività prestata, dall'esame dell'oggetto sociale, come descritto all'art. 3 dello statuto, emerge che la Napolipark s.r.l. si occupa dello studio, della gestione e della regolamentazione del traffico e della sosta (ad esempio attraverso transennamenti, manutenzione della segnaletica stradale), nonché della rilevazione delle frazioni e relativa rimozione dei veicoli, tutte attività che, in quanto rientranti nei compiti istituzionali propri del Comune, non possono che a vantaggio di questo essere esclusivamente rivolte.

In riferimento, invece, alla sussistenza del secondo requisito, va rilevato come, sempre in base

allo statuto societario, la Napolipark s.r.l. sia effettivamente sottoposta ad un penetrante controllo economico e gestionale da parte del Comune di Napoli.

Tale considerazione discende dalla composizione e nomina degli organi sociali e segnatamente dell'assemblea dei soci e del consiglio di amministrazione, cui, ai sensi dell'art. 14 dello statuto, sono riservati i principali compiti di conduzione della società, oltre che del collegio sindacale.

Quanto all'assemblea - cui spetta anche il potere di approvare il bilancio e la nota integrativa, oltre che quello di decidere sulla destinazione degli utili sociali, sullo scioglimento e sulla liquidazione della società - questa è costituita dall'universalità dei soci (art. 9 dello statuto) i quali, al momento dell'affidamento del servizio, sono esclusivamente il Comune di Napoli e l'Azienda Napoletana Mobilità - A.N.M. s.p.a., con la conseguenza che l'ente concedente risulta nelle condizioni di poter controllare interamente la gestione societaria.

In riferimento al consiglio di amministrazione, l'art. 13 dello statuto, oltre a riservare al Comune di Napoli la nomina del Presidente (figura che, oltre ad avere a rappresentanza della società ex art 15, ha anche il compito di presiedere l'assemblea dei soci, ai sensi dell'art. 12), prevede anche che la scelta di uno o due componenti - a seconda se l'organo sia costituito rispettivamente da tre o cinque membri - sia riservata al medesimo ente locale, in modo così da garantirgli la maggioranza anche nell'ambito di tale importante organo gestionale.

Infine, per quanto concerne il Collegio sindacale, l'art. 18 riserva al Comune la nomina di due componenti effettivi su tre, oltre ad un membro supplente.

Si deve, pertanto, concludere che, anche per quanto riguarda il controllo sulla società come previsto dall'art. 113 del D.Lgs. 18.8.2000 n. 267 per l'affidamento "in house providing", la struttura organizzativa della Napolipark s.r.l. appare tale da consentire al Comune di esercitare la più totale ingerenza e controllo sulla gestione nonché sull'andamento economico finanziario, analogamente a quanto avrebbe potuto fare con un servizio gestito direttamente.

E' tuttavia appena il caso di rilevare che la legittimità della gestione "in house providing" resta sempre sensibile ad eventuali modifiche dell'assetto societario (operate attraverso una modifica dell'oggetto sociale oppure dei rapporti tra organi societari ed ente pubblico di riferimento) che possano far venir meno gli originari requisiti di affidamento: in tal caso, venendo meno le condizioni di un sistema di gestione che è bene ricordare essere più che altro appena consentito, se non addirittura meramente tollerato in sede comunitaria, la conseguenza non potrà essere che l'immediata decadenza dell'affidamento.

Devono, infine, essere respinti i restanti motivi di ricorso che costituiscono la riproposizione di censure introdotte nel precedente giudizio conclusosi con la sentenza n. 4203/04, relativamente all'affidamento del servizio ai sensi dell'art. 113 bis del D.lgs. 18.8.2000 n. 267 in favore della società Napolipark s.r.l., quest'ultima all'epoca qualificata come società mista.

Infatti, tali profili di doglianza devono ritenersi ormai superati in quanto in conferenti rispetto al nuovo modello gestionale con cui l'Amministrazione ha deciso di affidare nuovamente ma a diverso titolo il servizio alla società Napolipark s.r.l., qualificarla ora come società a capitale interamente pubblico.

Conclusivamente, il ricorso deve essere respinto, con integrale compensazione tra le parti delle spese processuali, sussistendone giusti motivi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania - Prima Sezione

- respinge il ricorso;
- spese compensate;

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella Camera di Consiglio del 22.12.2004 dai Magistrati -

Giancarlo Coraggio

Luigi Domenico Nappi

Paolo Corciulo

Depositata in data 30 marzo 2005.



*** Inizio pagina**

LexItalia.it

[Prima pagina](#) | [Legislazione](#) | [Giurisprudenza](#) | [Articoli e note](#) | [Forum on line](#) | [Weblog](#)

Giurisprudenza

n. 1/2006 - © copyright

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 22 dicembre 2005 n. 7345 - Pres. Santoro, Est. Branca Comune di Pistoia (Avv.ti Presutti e Gesmundo) e Publienergia s.p.a. (Avv.ti Lilli, Musenga e Zgagliardich) c. Energy Service s.r.l. (Avv.ti Pozzi e Sforzellini) - (previa riunione di due appelli, annulla T.A.R. Toscana, sent. 19 dicembre 2003, n. 6137)

1. Comune e Provincia - Servizi pubblici locali - Nozione ex art. 112 del T.U. ee.II. - Individuazione.

2. Comune e Provincia - Servizi pubblici locali - Servizio di riscaldamento degli edifici di proprietà o comunque nella disponibilità di un Comune - Rientrano nella nozione di servizio pubblico locale - Conseguenze - Individuazione.

3. Comune e Provincia - Servizi pubblici locali - Affidamento diretto - Ad una società - Possibilità - Condizioni - Individuazione.

4. Comune e Provincia - Servizi pubblici locali - Affidamento diretto - Ad una società - Possibilità - Condizione secondo la quale deve sussistere una situazione di "controllo analogo" - Casi in cui si verifica - Individuazione.

1. Sono indifferentemente servizi pubblici locali, ai sensi dell'art. 112 del T.U. ee.II. (d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267), quelli di cui i cittadini usufruiscano *uti singuli* e come componenti la collettività, purché rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali (1).

2. Rientra nella nozione di servizio pubblico locale di cui all'art. 22 della legge n. 142 del 1990 (v. ora l'art. 122 del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267), l'attività preordinata a fornire il riscaldamento agli edifici di proprietà o comunque nella disponibilità di un Comune (2).

3. Alla stregua di quanto ritenuto dalla giurisprudenza comunitaria, deve ritenersi legittimo l'affidamento di un servizio pubblico locale ad una società mista anche senza l'osservanza della procedura ad evidenza pubblica, purché l'ente locale eserciti sulla società stessa un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e la società realizzi la parte più importante delle propria attività con l'ente o gli enti che la controllano (3).

4. Sussiste una situazione di "controllo analogo", tale da consentire l'affidamento diretto di servizi pubblici, nel caso in cui la mano pubblica possieda la totalità del pacchetto azionario della società affidataria; tale presupposto è del pari da ritenere sussistente nel caso in cui il capitale della società sia pubblico in percentuale superiore al 99%, mentre la quota in possesso dei privati sia di entità simbolica (4).

(1) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, sentenze 9 maggio 2001 n. 2605 e 16 dicembre 2004 n. 8090, in questa *Rivista*, pag. http://www.lexitalia.it/p/2004/cds5_2004-12-16-2.htm

(2) Ha osservato la Sez. V con riferimento all'appalto di riscaldamento che è evidente che l'utenza del servizio non va individuata, restrittivamente, nei dipendenti comunali, ma si estende al pubblico che si reca negli uffici, e, soprattutto, ai frequentatori delle biblioteche, delle palestre, dei centri anziani e altri servizi ospitati in immobili comunali.

E' apparso decisivo, d'altra parte, il fatto che - secondo la Direttiva 92/50, recepita in Italia con il d.lgs. n. 157 del 1995 - tra i servizi pubblici cui si applica la specifica normativa, elencati nell'Allegato "A", sono indicati i "servizi di pulizia e di gestione delle proprietà immobiliari", risultando quindi testualmente stabilito che il riscaldamento delle proprietà comunali, in quanto evidente attività di gestione, al pari dal servizio di pulizia, è un servizio pubblico.

(3) V. per tutte Corte di Giustizia CE, sentenza 18 novembre 1999 C-107, meglio nota come sentenza Teckal.

(4) Ha osservato in particolare la Sez. V che la sentenza della Corte di giustizia 27 febbraio 2003 n. in causa C-373, non autorizza a ritenere che il possesso della totalità o della maggioranza delle azioni della società affidataria da parte dell'ente o degli enti pubblici consorziati non permetta l'esercizio di una funzione di direzione e di controllo della gestione, che, se pure non identico nelle modalità, sia sostanzialmente equivalente a quello svolto sulle unità operative direttamente dipendenti.

L'ente pubblico, o gli enti pubblici, proprietari dell'intero pacchetto delle azioni, infatti, sia mediante la nomina degli organi, sia mediante l'approvazione di opportune deliberazioni, sono in condizioni di imporre, o meglio, di svolgere, ogni tipo di verifica e di rendiconto, in modo che sia operante la sostanziale identificazione riscontrabile tra il soggetto societario agente con la mano pubblica che le affida il servizio.

Ed è, appunto, tale identificazione che rende compatibile con le regole comunitarie che tutelano la concorrenza l'affidamento di un servizio pubblico ad una società privata senza l'adozione delle procedure ad evidenza pubblica. La circostanza emerge in maniera palmare dal più recente intervento della Corte di Giustizia nella materia dell'affidamento in house, la sentenza 11 gennaio 2005, n. 2603 in C-26.

Per conseguenza, si rivela improponibile l'impostazione accolta dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle politiche comunitarie, 19 ottobre 2001 n. 12727, nella quale si fa riferimento, addirittura, alla "subordinazione gerarchica".

Documenti correlati:

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 16-12-2004, n. 8090, pag. http://www.lexitalia.it/p/2004/cds5_2004-12-16-2.htm (sulla nozione di servizio pubblico locale).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 18-9-2003, n. 5361, pag. http://www.lexitalia.it/p/cds/cds5_2003-5361.htm (sulla possibilità di derogare al principio della gara pubblica per l'affidamento di forniture nel caso di soggetti controllati dall'ente locale).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 19-2-2004, n. 679, pag. http://www.lexitalia.it/p/cds/cds5_2004-02-19-3.htm (l'art. 14 del D.L. n. 269/2003, che consente di affidare direttamente servizi pubblici a società ad intero capitale pubblico, può applicarsi anche retroattivamente).

TAR LOMBARDIA - BRESCIA - sentenza 5 dicembre 2005, n. 1250, pag. http://www.lexitalia.it/p/52/tarlobbrescia_2005-12-05.htm (sull'illegittimità dell'affidamento diretto ad una società mista di un servizio pubblico locale, nel caso in cui il Comune disponga di una partecipazione di assoluta minoranza nella società).

TAR CAMPANIA - NAPOLI SEZ. I - sentenza 30 marzo 2005, n. 2784, pag. http://www.lexitalia.it/p/51/tarcampna1_2005-03-30.htm (sulla possibilità di affidare direttamente servizi pubblici a società ad intero capitale pubblico ex art. 14 del D.L. 269/03 - c.d. in house providing - anche se costituite prima dell'entrata in vigore di quest'ultima norma e sugli elementi da valutare a tal fine).

FATTO

Con la sentenza in epigrafe è stato accolto il ricorso proposto dalla società Energy Service s.r.l. per l'annullamento degli atti relativi all'affidamento da parte del Comune di Pistoia alla società Publienergia s.p.a. del servizio di riscaldamento degli edifici comunali.

Il TAR ha ritenuto fondato ed assorbente il motivo con il quale si è sostenuto che la c.d. "gestione calore" non possa configurarsi come servizio pubblico locale ai sensi dell'art. 112 del d.lgs n. 267 del 2000, in quanto attività espletata in favore dell'ente locale e non dei membri della comunità comunale.

Il Comune di Pistoia e l'aggiudicataria Publienergia s.p.a. hanno proposto separati appelli per la riforma della sentenza, previa sospensione dell'efficacia.

La società Energy Service si è costituita per resistere ai gravami.

La Sezione con ordinanze in data 24 febbraio 2004 ha accolto le istanze cautelari.

Alla pubblica udienza del 5 aprile 2005 le cause venivano trattenute in decisione.

DIRITTO

Gli appelli investono la medesima sentenza. Essi vanno quindi riuniti e decisi unitariamente.

Le appellanti contestano la affermazione dei primi giudici circa la impossibilità di ricomprendere nella nozione di servizio pubblico locale di cui all'art. 22 della legge n. 142 del 1990, poi art. 122 del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, la complessa attività preordinata a fornire il riscaldamento agli edifici di proprietà o comunque nella disponibilità del Comune. Da ciò sarebbe scaturito l'obbligo di procedere alla scelta del contraente secondo le procedure ad evidenza pubblica di cui al d.lgs. n. 157 del 1995, e, quindi, l'illegittimità dell'affidamento diretto dell'appalto ad una società per azioni a capitale pubblico e privato, secondo la previsione dell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, nel testo originario, concernente appunto le modalità di svolgimento dei servizi pubblici locali.

Si assume, in senso contrario, che la decisione, pur potendo richiamarsi ad un precedente specifico della Sezione (10 marzo 2003 n. 1289), non è confortata dalla giurisprudenza prevalente del Consiglio di Stato e della Corte di Giustizia della Comunità Europea, nella quale riceve rilievo preminente il rapporto instaurato tra l'Amministrazione aggiudicatrice e la soggettività affidataria del servizio, potendosi trascurare la circostanza che il fruitore immediato del servizio sia l'Amministrazione e non i membri della comunità comunale.

A quest'ultimo riguardo il Collegio ritiene di dover confermare l'orientamento seguito dalla Sezione con la sentenza 9 maggio 2001 n. 2605 e con la sentenza 16 dicembre 2004 n. 8090, con la quale ha affermato che sono indifferentemente servizi pubblici locali, ai sensi dell'art. 112, T.U.E.L. n. 267/2000, quelli di cui i cittadini usufruiscano uti singuli e come componenti la collettività, purché rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali. L'ultima decisione, che aveva ad oggetto l'illuminazione pubblica, ha espresso principi che ben possono applicarsi al complesso delle attività che garantiscono la temperatura necessaria alla vita ed al lavoro nelle numerose strutture gestite dall'ente comunale. E' evidente, infatti, che l'utenza del servizio in questione non va individuata, restrittivamente, nei dipendenti comunali, ma si estende al pubblico che si reca negli uffici, e, soprattutto, ai frequentatori delle biblioteche, delle palestre, dei centri anziani e altri servizi ospitati in immobili comunali.

Appare decisivo, d'altra parte, che secondo la Direttiva 92/50, recepita in Italia con il d.lgs. n. 157 del 1995, tra i servizi pubblici cui si applica la specifica normativa, elencati nell'Allegato "A", sono indicati i "servizi di pulizia e di gestione delle proprietà immobiliari", risultando quindi testualmente stabilito che il riscaldamento delle proprietà comunali, in quanto evidente attività di gestione, al pari dal servizio di pulizia, è un servizio pubblico.

Con riguardo alle fonti giurisprudenziali europee va ricordato che la Corte di Giustizia si è pronunciata con la sentenza 18 novembre 1999 C-107, meglio nota come sentenza Teckal, affermando la legittimità dell'affidamento di un servizio pubblico locale anche senza l'osservanza della procedura ad evidenza pubblica, se l'ente locale eserciti sulla società un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e la società realizzi la parte più importante delle propria attività con l'ente o gli enti che la controllano.

La parte appellata contesta che nella specie tali circostanze si verificassero perché il Comune di Pistoia non era in condizioni di esercitare sulla società affidataria un controllo analogo a quello esercitabile sui propri uffici. E ciò perché il capitale sociale della aggiudicataria era detenuto da

più enti pubblici tramite una società per azioni capo gruppo, e in questa figurava la partecipazione dell'1% di una banca privata, la Cassa di risparmio di San Miniato.

La tesi non può essere condivisa alla stregua dei chiarimenti forniti sul tema della giurisprudenza comunitaria più recente.

Va sottolineato, in via preliminare, che l'avviso espresso dalla Commissione della comunità con la nota 26 giugno 2002, diretta al Governo Italiano, circa l'insufficienza degli strumenti propri dell'azionista di maggioranza ai fini dell'esercizio del controllo "analogo", di cui alla sentenza Teckal, citata sopra, non è mai stato fatto proprio dalla Corte di Giustizia, che, a quanto consta, non ha ancora fornito risposta al quesito pregiudiziale avanzato da questa Sezione con l'ordinanza 22 aprile 2004 n. 2316.

L'appellata, peraltro, cita in proposito la sentenza della Corte di giustizia 27 febbraio 2003, in causa C-373, nella quale si afferma l'esigenza che l'ente controllante svolga delle verifiche contabili particolarmente approfondite, da cui si desumerebbe, sempre secondo l'assunto, che il controllo "analogo" richieda un "effettivo potere di programmazione, direzione e controllo".

A tale riguardo va ritenuto, per esigenze fondamentali di logica interpretativa, che l'adozione nel diritto comunitario della figura societaria, come strumento alternativo alla prestazione diretta dei servizi pubblici, impone di risolvere il problema del "controllo analogo" secondo un criterio coerente con la peculiarità dell'istituto in questione. La giurisprudenza comunitaria si mostra consapevole del fatto che, se si effettua l'affidamento diretto ad una società, il servizio verrà gestito da una persona giuridica separata e distinta dall'Amministrazione aggiudicatrice, un ente, cioè, che determina la propria azione mediante gli organi di cui è dotato. E' quindi da escludere, in linea di principio, che il diritto comunitario possa imporre un modulo che riproduca, tra Amministrazione e società affidataria, quella forma di dipendenza che è tipica degli uffici interni all'ente.

Per conseguenza, si rivela improponibile l'impostazione accolta dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle politiche comunitarie, 19 ottobre 2001 n. 12727, nella quale si fa riferimento, addirittura, alla "subordinazione gerarchica".

Osserva inoltre il Collegio che la sentenza della Corte di giustizia 27 febbraio 2003 n. in causa C-373 citata sopra, non autorizzi a ritenere che il possesso della totalità o della maggioranza delle azioni della società affidataria da parte dell'ente o degli enti pubblici consorziati non permetta l'esercizio di una funzione di direzione e di controllo della gestione, che, se pure non identico nelle modalità, sia sostanzialmente equivalente a quello svolto sulle unità operative direttamente dipendenti. L'ente pubblico, o gli enti pubblici, proprietari dell'intero pacchetto delle azioni, sia mediante la nomina degli organi, sia mediante l'approvazione di opportune deliberazioni, sono in condizioni di imporre, o meglio, di svolgere, ogni tipo di verifica e di rendiconto, in modo che sia operante la sostanziale identificazione riscontrabile tra il soggetto societario agente con la mano pubblica che le affida il servizio.

Ed è, appunto, tale identificazione che rende compatibile con le regole comunitarie che tutelano la concorrenza l'affidamento di un servizio pubblico ad una società privata senza l'adozione delle procedure ad evidenza pubblica. La circostanza emerge in maniera palmare dal più recente intervento della Corte di Giustizia nella materia dell'affidamento in house, la sentenza 11 gennaio 2005, n. 2603 in C-26, ben nota alle parti in causa.

La sentenza afferma, in primo luogo (parag.50), che il possesso dell'intero pacchetto azionario della società da parte della mano pubblica garantisce lo svolgimento del servizio secondo "esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico", mentre la partecipazione di capitali privati "persegue obiettivi di natura differente". Ma, in disparte tale considerazione, che appare opinabile, se si considera che anche la procedura concorsuale conduce all'affidamento, pienamente legittimo, di un servizio pubblico a società private, risulta decisivo secondo la Corte che l'esplicazione di un'attività economica da parte di società a capitale pubblico e privato "offrirebbe ad una impresa privata presente nel capitale della detta società

un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti" (parag. 51); e ciò sarebbe lesivo della libera concorrenza se l'affidamento sia avvenuto senza il rispetto delle procedure previste dalla Direttiva 92/50 (parag. 51).

E' palese dunque che, secondo questa giurisprudenza, cui il Collegio aderisce, il problema della sussistenza del "controllo analogo" si risolve in senso affermativo se la mano pubblica possiede la totalità del pacchetto azionario della società affidataria.

E tale presupposto nella specie va riconosciuto sussistente posto che il capitale della aggiudicataria è pubblico in percentuale superiore al 99%, mentre la quota in possesso della Cassa di Risparmio di San Miniato, di entità simbolica, non realizzerebbe comunque un illecito vantaggio ad una società concorrente operante nel settore energetico.

Anche il diverso requisito dello svolgimento del servizio in favore degli enti pubblici consorziati è da ritenere osservato osservato, tenendo conto che la giurisprudenza comunitaria richiede soltanto "la parte più importante" dell'attività esercitata dalla società.

La società appellante ha anche riproposto due motivi, dichiarati assorbiti in primo grado.

Il primo concerne la illegittimità della procedura per aver applicato la normativa destinata allo svolgimento di servizi pubblici (artt. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000) mentre l'attività appaltata doveva essere qualificata appalto di fornitura oppure appalto di lavori, in ragione della prevalenza del valore del combustibile, ovvero delle opere previste.

Il motivo è infondato.

Il riscaldamento degli uffici comunali si svolgeva già prima dell'appalto in questione mediante la fornitura di metano da parte della odierna aggiudicataria. Appare quindi corretto che l'individuazione del valore del contratto sia avvenuta sottraendo l'importo della fornitura del metano.

Con riguardo alla asserita eccedenza dell'importo dei lavori rispetto a quello dei servizi, le argomentazioni svolte dagli appellanti si rivelano persuasive, ove si tenga presente che, secondo le disposizioni invocate dall'appellata (art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 157 del 1995; art. 2 della legge n. 109 del 1994), per aversi appalto di lavori, l'importo di questi ultimi deve superare il 50% dell'importo totale.

In disparte rilievo, che il Collegio condivide, secondo cui non possono farsi rientrare nell'importo dei "lavori" gli interventi che rientrano nell'attività di manutenzione, e quindi rappresentano spese di gestione, le cifre offerte dal Comune di Pistoia (L. 832.558.000, per spese di gestione più spese di carburante escluso il metano, e L. 750.000.000, per opere edili di varia natura) portano a concludere che il contratto poteva essere legittimamente considerato un contratto di servizi.

Si è poi denunciata in primo grado la violazione dell'art. 11, comma 1 del d.P.R. 26 agosto 1993 n. 142 e della circolare del Ministero delle finanze 23 novembre 1998 n. 273, assumendo che la appellante aggiudicataria non avrebbe potuto svolgere la funzione di terzo responsabile di un impianto, in quanto fornitrice del combustibile, e il contratto qui in discussione non potrebbe qualificarsi come contratto servizio energia. Si allega, in modo alquanto generico, la mancanza dei requisiti di cui ai punti 7, 8 e 9 della detta circolare, ma la doglianza non regge alle opposte osservazioni dell'appellante Comune sulla base delle previsioni della convenzione.

Il profilo della medesima doglianza, che attiene alla pretesa mancanza della abilitazioni prescritte dalla legge n. 46 del 1990 per svolgere il servizio appaltato, non può essere accolto. Al conseguimento delle abilitazioni in questione, effettivamente avvenuto nell'imminenza della data di inizio dello svolgimento del servizio, 1 novembre 2001, o qualche giorno dopo, può attribuirsi efficacia sanante del ritardo nella presentazione della documentazione, dovendo considerarsi che le relative istanze erano avviate al momento della stipula della convenzione, e

che la prescrizione di cui si invoca la violazione risulta invece osservata, posto che il servizio è stato svolto da impresa regolarmente autorizzata.

In conclusione gli appelli devono essere accolti, con conseguente riforma della sentenza impugnata e rigetto del ricorso di primo grado.

Sussistono valide ragioni per disporre la compensazione tra le parti delle spese di lite

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, riunisce gli appelli in epigrafe, li accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, rigetta il ricorso di primo grado;

dispone la compensazione delle spese;

ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 5 aprile 2005 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro Presidente

Cesare Lamberti Consigliere

Goffredo Zaccardi Consigliere

Marzio Branca Consigliere est.

Gabriele Carlotti Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Marzio Branca F.to Sergio Santoro

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 22 dicembre 2005.



* Inizio pagina



NR.885/04 Reg. Sent.

REPUBBLICA ITALIANA

NR. 459/04 Reg. Ric.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - Sezione Terza

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso nr. 459 del 2004 proposto dall'Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori – A.N.A.V., in proprio ed in rappresentanza delle aziende associate con sede legale in Roma alla piazza dell'Esquilino, 29, in persona del Presidente dott. ing. Nicola Proto, legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Carlo Colapinto ed elettivamente domiciliata presso lo stesso in Bari alla via Roberto da Bari, 96,

CONTRO

il Comune di Bari, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Biancalaura Capruzzi e Rosa Cioffi e con le stesse elettivamente domiciliato in Bari alla via Principe Amedeo, 152, presso l'Avvocatura Comunale,

nonché nei confronti

- dell'A.M.T.A.B. Servizio S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Gennaro Notarnicola ed elettivamente domiciliata presso lo stesso in Bari alla via De Rossi, 16;
- della Regione Puglia, in persona del Presidente *pro tempore*, non costituita nel presente giudizio;

per l'annullamento

della deliberazione del Consiglio Comunale del Comune di Bari nr. 2003/00238 d'ordine del 18.12.2003, affissa e pubblicata all'albo pretorio dal 19.12.2003 al 2.1.2004, ad oggetto: *"Affidamento alla società A.M.T.A.B. Servizio S.p.A. del servizio di trasporto pubblico urbano locale nel Comune di Bari per il periodo 1 gennaio 2004/31 dicembre 2012. Approvazione relativi atti ed approvazione della spesa conseguente"*, nonché di ogni atto e/o provvedimento presupposto connesso e consequenziale, ancorché non conosciuti, ed in particolare della decisione della G.M. del Comune di Bari del 9.10.2003, anch'essa non nota, di:

- a) non proseguire la gara per l'affidamento del servizio in virtù del D.L. nr. 269 del 30.9.2003;
- b) proseguire la privatizzazione all'esito dell'affidamento del servizio.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione dell'Amministrazione intimata e della controinteressata A.M.T.A.B. Servizio S.p.A.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 22.7.2004, il Referendario, dott. Raffaele Greco;

Uditi l'avv. Colapinto per la ricorrente, l'avv. Capruzzi per l'Amministrazione e l'avv. Notarnicola per la controinteressata;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

Con ricorso notificato il 1 marzo 2004, depositato il 9 marzo 2004, l'Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (A.N.A.V.), premesso di

rappresentare per statuto le imprese esercenti servizi di trasporto viaggiatori, nazionali ed internazionali, nonché servizi riconducibili all'attività di trasporto, ed in tale qualità di curare – tra l'altro - l'interesse delle società affidatarie del servizio pubblico urbano ed extraurbano al corretto svolgimento del servizio stesso, ha impugnato i provvedimenti in epigrafe indicati, relativi all'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale nel Comune di Bari per il periodo 2004-2012.

In particolare, con la deliberazione consiliare in epigrafe, l'Amministrazione comunale ha deciso di non proseguire la gara già indetta per l'affidamento del servizio, essendo entrata in vigore nelle more la disciplina di cui all'art. 14 D.L. nr. 269/03, sulla base della quale ha ritenuto di affidare il servizio stesso alla A.M.T.A.B. S.p.A., società il cui capitale sociale è interamente di proprietà del Comune di Bari, avente come sola ed esclusiva attività l'erogazione del servizio di trasporto pubblico locale nella città di Bari e sottoposta a totale controllo da parte della stessa Amministrazione in virtù del Contratto di Servizio e degli ulteriori strumenti di controllo di cui il Comune si è dotato con la deliberazione di G.M. nr. 550 del 10.5.2001.

Avverso tale provvedimento, la ricorrente ha dedotto specificamente:

Violazione per mancata e falsa applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 3, 16, 43, 49, 50, 51, 70, 71, 72, 81, 82, 86, 87 e segg. del Trattato CE;
Violazione per mancata applicazione dell'art. 24 co. VIII L. nr. 448/01, del D. Lgs. nr. 442/97, del Regolamento CE nr. 1191/69 nonché delle Direttive CE nn. 93/38 e 92/50; Violazione dei principi di diritto comunitario in
subiecta materia; Eccesso di potere per difetto di istruttoria; Travisamento dei fatti; Illogicità: con l'art. 14 del D. L. nr. 269/03 (convertito, con

modifiche, nella legge 24.11.2003, nr. 326) è stata attuata una vera e propria controriforma del settore dei servizi pubblici locali, in precedenza incamminato verso la strada della liberalizzazione e della concorrenza a seguito delle leggi di settore e dell'art. 35 L. nr. 448/01; tale ultima norma era intervenuta a modificare gli artt. 113 e 113^{bis} D. Lgs. nr. 267/00, a seguito delle reiterate sollecitazioni della Commissione delle Comunità Europee, al fine di ampliare al massimo l'applicazione, sia in sede di affidamento della gestione delle reti e degli impianti che in sede di affidamento del servizio, dei principi di pubblicità e concorrenza, rendendo generale la regola del ricorso a gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di appalti o concessioni aventi ad oggetto la gestione di servizi pubblici, in conformità ai principi ricavabili dal Trattato e dalle Direttive comunitarie. Al riguardo la Corte di Giustizia ha enunciato il principio secondo cui l'applicazione di tali principi *in subiecta materia* può essere esclusa nelle sole ipotesi eccezionali in cui il servizio sia svolto direttamente dall'Amministrazione, ovvero affidato a società sulla quale essa eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano (c.d. affidamento *in house*).

L'art. 14 del D.L. nr. 269/03, generalizzando tale ultima ipotesi, ha aperto la strada, a dire della ricorrente, ad una vera e propria "occupazione" del mercato in numerosi settori da parte delle imprese pubbliche locali, in maniera non conforme allo spirito dell'art. 86 del Trattato, alla cui stregua sono ammissibili deroghe alle regole della concorrenza nella gestione di servizi di interesse economico generale solo in quanto si giustifichino per

l'adempimento della "*missione*" che le imprese affidatarie devono svolgere (ipotesi che non sembra ricorrere nel caso di specie);

Illegittimità costituzionale dell'art. 14 co. I e II, per violazione degli artt. 117 e 118 Cost.: le disposizioni sopra indicate sono incostituzionali in quanto dettano una disciplina dettagliata ed autoapplicativa in un settore (quello dei servizi pubblici locali) che l'art. 117 Cost. non riserva alla legislazione esclusiva dello Stato, non potendosi ritenere tale disciplina giustificata dalle competenze "trasversali" dello Stato di cui al capoverso dell'art. 117, ed in particolare non dalla "*tutela della concorrenza*" (art. 117 co. II lett. e), essendo questa nozione, inerente alla valutazione dell'impatto concorrenziale della condotta degli operatori economici, ben diversa da quella di "*promozione della concorrenza*", che riguarda invece la necessità di adottare discipline tese a conseguire la parità di trattamento tra gli operatori e a correggere le carenze del mercato, e che non risulta riservata in via esclusiva allo Stato;

Violazione per falsa applicazione dell'art. 14 D.L. nr. 269/03; Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti: l'affidamento del servizio alla A.M.T.A.B. Servizio S.p.A., per cui è processo, non risulta rispettoso dei parametri individuati dalla giurisprudenza comunitaria per l'affidamento *in house* e della stessa disciplina legislativa: in particolare, al di là delle disposizioni dello statuto dell'A.M.T.A.B. Servizio S.p.A. tali da far dubitare che effettivamente sussista il totale controllo della stessa da parte dell'Ente pubblico, la presenza nel contratto di servizio di clausole integranti un sistema di penali ed incentivi economici, di clausole arbitrali disciplinanti le procedure di composizione delle eventuali controversie, di

rapporti finanziari certi e definiti nel tempo e nella quantità consente di escludere la riconducibilità dell'affidamento in oggetto a quello schema (che, secondo l'opinione consolidata, comporta l'equiparabilità del rapporto sottostante a quello di una delega interorganica);

Violazione di legge (art. 113 co. Vbis D. Lgs. nr. 267/00 introdotto dall'art. 4 co. CCIIIIV L. nr. 350/03): alla stregua di tale disciplina – da considerarsi immediatamente applicabile – la scelta tra i diversi modelli di affidamento non è rimessa alla integrale discrezionalità dell'Amministrazione, ma deve essere orientata dall'esigenza di assicurare concorrenzialità nel settore di riferimento e superare assetti monopolistici, con la conseguente necessità, disattesa nel caso di specie, di una puntuale motivazione in ordine alla scelta di non procedere a gara ad evidenza pubblica;

Eccesso di potere per travisamento dei fatti; Erroneità e falsità dei presupposti; Difetto d'istruttoria: la deliberazione di G.R. nr. 1720 del 6.11.2002, con la quale era stato approvato il Piano Triennale dei Servizi, nonché l'ulteriore deliberazione nr. 248/03, con la quale fu approvato anche il contratto-tipo sottoscritto tra il Comune di Bari e l'A.M.T.A.B. Servizio S.p.A., sono state annullate da questo Tribunale con sentenza nr. 4331 del 27.11.2003;

Violazione dell'art. 97 Cost.: l'azione amministrativa del Comune di Bari, per tutto quanto sopra evidenziato, si è svolta in contrasto con i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa. Chiede pertanto la ricorrente l'annullamento dei provvedimenti impugnati, previa disapplicazione, *in parte qua*, dell'art. 14 D.L. nr. 269/03 siccome contrastante con la normativa comunitaria.

La controinteressata A.M.T.A.B. Servizio S.p.A. si è costituita in data 15 aprile 2004, chiedendo genericamente che il ricorso sia dichiarato inammissibile, o comunque rigettato.

L'Amministrazione intimata si è costituita in data 25 giugno 2004, chiedendo, anch'essa genericamente, che il ricorso sia dichiarato inammissibile, improcedibile e comunque infondato.

Entrambe le parti resistenti hanno poi depositato, in data 16 luglio 2004, articolate memorie con le quali hanno puntualmente replicato alle censure di parte ricorrente, ed inoltre l'Amministrazione ha eccepito in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione di atti presupposti immediatamente lesivi.

All'udienza del 22 luglio 2004, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso all'esame ha ad oggetto la vicenda amministrativa relativa all'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale nel territorio del Comune di Bari per il periodo 2004-2012.

In un primo tempo, l'Amministrazione comunale aveva avviato la procedura di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio, all'uopo emanando la deliberazione di G.M. nr. 621 del 17.7.2003, nella quale si faceva espresso richiamo agli schemi-tipo di contratto a suo tempo approvati dalla Regione.

Successivamente, è intervenuta la deliberazione consiliare nr. 238/03, oggetto dell'odierna impugnazione, con la quale l'Amministrazione ha mutato avviso, dichiaratamente a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 14 D.L. nr. 269/03, deliberando in particolare:

- a) di abbandonare la procedura di evidenza pubblica già avviata;
- b) di affidare il servizio direttamente alla società A.M.T.A.B. Servizio S.p.A., ritenuta in possesso dei requisiti richiesti dalla disposizione sopra citata per l'affidamento diretto.

Avverso tale determinazione è insorta l'associazione A.N.A.V., rappresentativa delle imprese esercenti attività di trasporto pubblico, articolando diverse censure, inerenti sia all'asserita illegittimità del provvedimento *de quo* rispetto alla normativa richiamata, sia – soprattutto – al lamentato contrasto di quest'ultima con i principi comunitari *in subiecta materia*.

Il Collegio ritiene che l'esame di quest'ultima problematica sia prioritario rispetto all'approfondimento delle ulteriori questioni sollevate nel ricorso introduttivo: con il primo motivo di ricorso, infatti, si chiede dichiararsi l'illegittimità della citata delibera nr. 238/03, previa disapplicazione dell'art. 14 D.L. nr. 269/03, ritenuto dalla ricorrente contrastante con la normativa comunitaria.

È indispensabile, pertanto, prendere le mosse da un accurato esame della normativa, interna e comunitaria, della cui applicazione si controverte.

2. In materia di servizi pubblici locali, la disciplina generale di riferimento è quella risultante dall'art. 113 D. Lgs. nr. 267/00, il cui testo è stato soggetto a numerose modifiche, a seguito dei ripetuti richiami che la Commissione CE ha rivolto allo Stato italiano, che a suo dire seguiva a mantenere in piedi in rilevanti settori il precedente regime dell'affidamento diretto, così contravvenendo ai principi desumibili dal Trattato CE, alla stregua dei quali

s'imponesse il rispetto delle regole di trasparenza ed imparzialità nella scelta del soggetto affidatario.

In particolare, il citato art. 113 è stato in un primo momento modificato dall'art. 35 L. nr. 448/01, e successivamente dal più volte richiamato art. 14 D.L. nr. 269/03; ulteriori integrazioni sono state poi effettuate con l'art. 4 L. nr. 350/03.

Per quel che qui interessa, il comma V della norma così recita:

“L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

- a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;*
- b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;*
- c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”.*

La ricorrente assume la contrarietà di tale disposizione a numerose norme del Trattato, ed in particolare al principio, ricavabile sia dalle interpretazioni politiche ricavabili dagli atti della Commissione, sia dalla giurisprudenza in

materia della Corte di Giustizia, secondo cui agli Stati membri dell'Unione incomberebbe un obbligo di tendenziale "apertura" del mercato, tale da imporre come forma normale di affidamento dei servizi pubblici locali il ricorso a gare ad evidenza pubblica, confinando ad ipotesi residuali ed eccezionali l'affidamento diretto.

Viceversa, l'Amministrazione resistente e la controinteressata sottolineano come la normativa all'esame sia perfettamente aderente ai principi comunitari, non avendo fatto altro che codificare, tra le forme di affidamento della gestione dei servizi, quella corrispondente al modello del c.d. affidamento *in house*, che si attua allorché è l'Amministrazione stessa a provvedere all'erogazione del servizio, o direttamente tramite i propri servizi o affidandola a società di cui essa abbia il totale controllo; ipotesi, quest'ultima, nella quale la stessa Corte di Giustizia ha escluso l'applicabilità della disciplina comunitaria in materia di concorrenza.

3. Venendo all'esame del Trattato CE, va anzi tutto richiamato l'art. 16, che ha recepito la nozione di servizio pubblico nei seguenti termini:

"Fatti salvi gli articoli 73, 86 e 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente Trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti".

Quanto al successivo art. 86, il Collegio non condivide l'opinione della controinteressata A.M.T.A.B. Servizio S.p.A., che nella memoria depositata

in data 16.7.2004 afferma lapidariamente l'inconferenza al caso che occupa di detta norma (oltre che delle altre disposizioni del Trattato richiamate da parte ricorrente), siccome essa avrebbe riguardo ai casi di "*esternalizzazione dei servizi*", nei quali si pone l'esigenza di tutelare la libertà di concorrenza delle imprese sul mercato, ed a cui resta pacificamente estraneo quello dell'affidamento diretto *in house*.

Ed invero, da una lettura sistematica delle disposizioni innanzi richiamate – ed in particolare, del richiamo che l'art. 16 fa (anche) all'art. 86 – non appare azzardato ipotizzare che non sono del tutto indifferenti, ai fini del rispetto dei principi comunitari *de quibus*, i criteri che ispirano le scelte dell'Amministrazione verso l'uno o l'altro dei modelli di affidamento del servizio.

Infatti, l'art. 86 contiene – tra l'altro – una disposizione espressamente dedicata al settore dei "*servizi d'interesse economico generale*", laddove recita: "*...Le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme del presente Trattato, ed in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata*".

Al riguardo, risulta corretta l'impostazione della ricorrente, secondo cui la disposizione appena citata enuncia un importante principio di generale di applicazione delle regole comunitarie in materia di concorrenza a tutte le ipotesi di affidamento di servizi pubblici, con il solo limite della necessità di

garantire in ogni caso l'adempimento della "*missione*" cui il servizio è finalizzato.

Tale conclusione, ad avviso del Collegio, appare confortata dai principi elaborati, sia pure spesso in maniera incidentale, sia dalla Commissione che dalla Corte europea in sede di interpretazione ed applicazione delle predette norme.

4. In via preliminare, occorre sgombrare il campo da ogni possibile complicazione derivante dal concreto atteggiarsi dell'affidamento del servizio in termini di appalto ovvero di concessione.

Sul punto, sono quanto mai opportuni i richiami di parte ricorrente al principio, più volte affermato dalla Commissione e dalla Corte, secondo cui, ferma restando l'applicazione agli appalti pubblici di servizi della normativa attuativa delle Direttive comunitarie (in Italia, D. Lgs. nn. 157/95 e 158/95 e succ. modif.), anche laddove l'affidamento sia attuato nelle forme della concessione di servizi pubblici s'impone il rispetto degli obblighi di trasparenza e pubblicità delle procedure di affidamento discendenti dagli artt. 43 e 49 del Trattato.

In altri termini, i predetti principi, con tutto il complesso di regole che ne derivano (parità di trattamento, divieto di discriminazioni, proporzionalità delle scelte rispetto agli scopi perseguiti etc.), costituiscono norme – per così dire – “di chiusura” del sistema, volte a garantire il rispetto del nucleo essenziale delle norme comunitarie in materia di concorrenza anche nei casi in cui le modalità con cui avviene l'affidamento del servizio non siano direttamente riconducibili a specifiche Direttive.

Per quel che qui interessa, ne consegue che è sostanzialmente indifferente la qualificazione dell'affidamento in termini di concessione ovvero di appalto di servizi, atteso che in ogni caso vanno rispettati i principi sopra richiamati.

5. Con riguardo alla giurisprudenza comunitaria, da un attento esame delle sentenze rese *in subiecta materia* emerge che la Corte di Giustizia si è soffermata soprattutto sulle caratteristiche strutturali dell'affidamento *in house*, tali da giustificare l'esclusione dell'applicazione delle regole comunitarie sulla concorrenza.

Il principio da cui la Corte ha più volte preso le mosse è stato quello secondo cui neppure si pone un problema di tutela della concorrenza fra gli operatori economici, laddove il servizio venga svolto direttamente dall'Amministrazione, e quindi manchi un vero e proprio rapporto giuridico tra ente pubblico e soggetto gestore.

Peraltro, è doveroso sottolineare che nella successiva elaborazione del principio, la Corte ha ampliato la nozione di affidamento *in house* rispetto alla semplice ipotesi in cui la gestione del servizio venga svolta da un'articolazione interna dello stesso Ente pubblico, sulla base di una delega interorganica: in particolare, è stato specificato che la distinzione formale tra Amministrazione e soggetto gestore, e perfino la circostanza che i loro rapporti siano regolati da un contratto, non valgono di per sé ad escludere che l'affidamento del servizio possa essere ricondotta all'ipotesi derogatrice, dovendosi piuttosto guardare alla prevalenza o meno che l'Ente pubblico abbia nella gestione e nel controllo sostanziale del gestore.

In tale prospettiva, la Corte è giunta ad affermare l'irrilevanza anche dell'eventuale struttura privatistica della società affidataria, stante l'indicata

esigenza di valorizzare soprattutto il momento del controllo della stessa da parte dell'Amministrazione (cfr. sentenza Ri.San. citata dalla ricorrente).

In definitiva, alla stregua dell'elaborazione giurisprudenziale in materia, è possibile affermare che perché possa dirsi sussistente la fattispecie dell'affidamento *in house*, con la conseguente esclusione dell'applicabilità dei principi comunitari, devono ricorrere i seguenti presupposti:

- che l'Ente pubblico eserciti sulla società affidataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- che tale società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano (cfr. sentenza Teckal, 18.11.1999 causa C-107/98).

La giurisprudenza ha anche precisato, più volte, le caratteristiche che deve assumere il controllo esercitato dall'Amministrazione sulla società, sotto il profilo sia gestionale che finanziario, affinché il rapporto tra esse intercorrente possa dirsi equivalente a quello della delega interorganica.

La Corte non si è invece specificamente intrattenuta sui criteri che devono informare la scelta "a monte" dell'uno o dell'altro modello di affidamento da parte dell'Amministrazione: ciò, evidentemente, al fine di non invadere la sfera di discrezionalità rimessa in materia alla legislazione degli Stati membri.

Tuttavia, non può non rimarcarsi come nella maggior parte delle pronunce esaminate si insista sulla qualificazione dell'affidamento *in house* come "ipotesi eccezionale", che sola può giustificare la mancata applicazione delle regole in materia di concorrenza, altrimenti cogenti – come si è visto – in

tutti i casi di affidamento di un servizio pubblico a soggetto diverso dalla stessa Amministrazione.

Tale eccezionalità è stata sottolineata anche dalla Commissione, la quale, con esplicito riferimento ai principi enunciati nella sentenza Teckal, ha sentito l'esigenza di precisare che l'ipotesi dell'affidamento *in house* “non può valere ad escludere in maniera generale dal campo di applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici e di concessioni ogni affidamento di un servizio che venga effettuato da un ente locale in favore di una società a capitale maggiormente o totalmente pubblico” (cfr. atto del 26.6.2002, C(2002) 2329, citato dalla ricorrente).

In definitiva, le istituzioni comunitarie, pur riconoscendo l'ammissibilità della fattispecie di affidamento *in house* in quanto estranea al campo delle regole in tema di concorrenza, la considerano palesemente un'ipotesi residuale ed eccezionale, dando per scontato che l'ipotesi normale sia rappresentata dall'affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità e concorrenza.

6. Se è vero tutto quanto fin qui evidenziato, occorre allora porsi il problema di quali siano i criteri alla stregua dei quali le Amministrazioni debbano operare le scelte di base in ordine alle modalità di affidamento dei servizi pubblici.

In altri termini: tali scelte sono rimesse alla piena ed incondizionata discrezionalità delle stesse Amministrazioni, ovvero devono essere ispirate da criteri che a qualsiasi titolo tengano conto delle più volte rappresentate esigenze di “apertura” del mercato e di tutela della concorrenza?

Una prima risposta a questo interrogativo può trarsi dalla stessa giurisprudenza amministrativa, in cui è insistito il richiamo alle concrete “*esigenze*” del servizio e della stessa Amministrazione, come parametro alla cui stregua può giustificarsi la scelta per l’una o l’altra forma di affidamento.

La stessa Amministrazione resistente ha richiamato l’orientamento che, dopo aver ribadito che la decisione dell’Ente locale in ordine alle modalità di affidamento ed erogazione di un servizio è “*logicamente estranea ad un sindacato di compatibilità con la tutela della concorrenza*”, significativamente aggiunge: “*...Ciò che all’atto di compiere una simile scelta rileva sono piuttosto le esigenze del servizio. Se la costituzione di un soggetto ad hoc è idonea a garantire economie di scala, riduzione dei costi o razionalizzazione del bacino di utenza, l’opzione dell’ente locale non potrebbe esporsi ad alcuna censura solo perché escludente il ricorso al confronto competitivo*” (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23.4.1998, nr. 477).

Altrove si è evidenziato che la non interferenza dei principi comunitari sulle scelte discrezionali delle Amministrazioni pubbliche in ordine alle soluzioni organizzative da adottare per l’affidamento del servizio è giustificata dal fatto che le stesse Amministrazioni hanno la potestà di adottare opzioni “*che siano le più rispondenti alle esigenze che esse stesse ritengano di dover soddisfare, conformemente alle leggi che le disciplinano*” (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18.9.2003, nr. 5316).

Emerge, insomma, che non solo le scelte della P.A. devono essere coerenti alle esigenze del servizio, ma che la valutazione in ordine a tali esigenze deve avvenire in conformità con le “*leggi che le disciplinano*”.

Ma questo primo rilievo (su cui, peraltro, si tornerà appresso) non esaurisce la problematica.

Infatti, se è perfino banale che è alla stregua della legislazione interna che devono essere condotte le valutazioni in ordine alle esigenze sulla base delle quali operare le scelte in ordine all'affidamento del servizio, allora non si può non chiedersi se non esistano anche principi comunitari, immediatamente applicabili, suscettibili di condizionare tali valutazioni.

La risposta a questo quesito deve muovere dalle considerazioni più sopra svolte, in ordine al perché non possa ritenersi del tutto indifferente per il diritto comunitario il momento della scelta in ordine alla modalità di affidamento del servizio, proprio in ragione dei principi già sottolineati di tendenziale “espansione” delle regole in materia di concorrenza, con la conseguente eccezionalità delle ipotesi di affidamento diretto.

Sotto tale profilo, assume valore decisivo la già citata disposizione dell'art. 86 del Trattato, laddove riafferma il principio della massima applicazione delle norme comunitarie sulla concorrenza, ponendo il solo limite negativo dell'ipotetica esigenza di evitare che detta applicazione possa essere di ostacolo all'espletamento della “missione” cui il servizio è finalizzato: ancora una volta è la sola considerazione delle esigenze del servizio che può giustificare la deroga ai principi comunitari.

7. Venendo ora all'esame della normativa interna di cui all'art. 113 D. Lgs. nr. 267/00, quale risultante dalle modifiche introdotte con l'art. 14 del D.L. nr. 269/03, non v'è dubbio che le stesse – così come dedotto dalla ricorrente – siano suscettibili di incentivare un ricorso sempre più massiccio da parte

delle Amministrazioni locali alla deroga costituita dall'affidamento *in house*.

Per queste ragioni, la Corte europea è stata già investita della questione di compatibilità della disposizione con la normativa comunitaria, ritenendosi la norma sostanzialmente non conforme allo spirito della disciplina in materia di concorrenza nel settore dei servizi pubblici (cfr. Cons. Stato, Sez. V, Ord. 22.4.2004, nr. 2316, nella quale, peraltro, viene in gioco anche una disciplina locale ancor più ampliativa delle possibilità di ricorso all'affidamento diretto).

Tuttavia, non può sottrarsi l'esattezza delle osservazioni sviluppate dalle parti resistenti, secondo cui neppure astrattamente potrebbe porsi una siffatta questione di compatibilità, in quanto la disposizione di cui alla lettera c) del comma V dell'art. 113, nello "scolpire" le caratteristiche dell'affidamento *in house*, riproduce quasi letteralmente i parametri individuati dalla c.d. sentenza Teckal (controllo dell'Ente pubblico sulla società equivalente a quello che il primo esercita sui propri servizi, svolgimento da parte della società di attività prevalente per l'Ente pubblico controllante etc.).

Per tali ragioni, si afferma la piena compatibilità della previsione ai principi comunitari: sulla base di tale ordine di considerazioni, in altra occasione è stata disattesa la medesima questione di compatibilità della norma con la disciplina CE (cfr. Cons. Stato, sez. V. 26.6.2004, nr. 4771).

Il Collegio, pur dando atto della perfetta aderenza del disposto della citata lettera c) ai principi sopra ricostruiti, ritiene che non sia questo il punto centrale della questione.

Ed invero, dalle considerazioni che si sono sin qui svolte emerge con chiarezza che il vero profilo nevralgico della materia – sul quale non risulta che la Corte di Giustizia sia stata finora chiamata a pronunciarsi – è costituito non già dal modo con cui nella norma *de qua* è costruita la figura dell'affidamento *in house*, ma nel fatto che in essa l'istituto viene di fatto generalizzato, lasciando apparentemente alle Amministrazioni locali piena discrezionalità in ordine alla scelta tra esso e l'affidamento mediante gara ad evidenza pubblica (o, ancora, attraverso il sistema “misto” dell'affidamento diretto a società pubblico-privata in cui il socio privato sia scelto con procedura di evidenza pubblica).

Una tale previsione, nella sua pratica attuazione, è suscettibile di stravolgere quello che si è visto essere, alla stregua dei principi comunitari, il rapporto tra i diversi modelli di affidamento dei servizi pubblici, in forza del quale il ricorso a procedure di evidenza pubblica dovrebbe configurarsi come la regola e l'affidamento *in house* come eccezione.

In altri termini, manca nella disciplina all'esame ogni riferimento alle modalità con cui le Amministrazioni dovranno esternare le proprie valutazioni in ordine alle “*esigenze*” del servizio che giustificano la deroga al principio della gara pubblica: tale non può certamente considerarsi il successivo comma *Vbis* dell'art. 113 (introdotto dalla L. nr. 350/03), secondo cui “*le normative di settore, al fine di superare assetti monopolistici, possono introdurre regole che assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi da esse disciplinati prevedendo, nel rispetto delle disposizioni di cui al comma V, criteri di gradualità nella scelta delle modalità di conferimento del servizio*”.

Infatti, anzi tutto tale norma è espressamente limitata ai casi in cui sussista l'esigenza di "*superare assetti monopolistici*"; in secondo luogo – ed in questo il Collegio concorda con l'opinione delle parti resistenti – essa, lungi dal porre un principio di gradualità tra i vari modelli di affidamento, si limita a rinviare al legislatore futuro l'individuazione eventuale di tale gradualità, con riguardo ai singoli settori d'intervento.

E anzi, il comma *Vbis* a ben vedere, disegnando in termini di mera facoltà la possibile previsione futura di criteri di gradualità in specifici settori, mostra *e contrario* di considerare del tutto equipollenti, in linea generale, i tre modelli individuati dal precedente comma V.

Inoltre, è lo stesso contrasto di opinioni esistente fra le parti, con riguardo al caso che occupa, in ordine all'applicabilità o meno dei principi a suo tempo elaborati dalla normativa di settore in materia di trasporti (D. Lgs. nr. 422/97) a dimostrare come un generico rinvio alla disciplina di settore non sia per nulla idoneo a garantire il rispetto dei principi comunitari più volte richiamati.

8. Non può dubitarsi della rilevanza della questione, con riguardo al caso di specie.

Infatti, è proprio a seguito dell'entrata in vigore del D.L. nr. 269/03 che il Comune di Bari ha deciso di abbandonare la gara ad evidenza pubblica già avviata per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale, optando per l'affidamento diretto alla A.M.T.A.B. Servizio S.p.A.

Siffatta decisione non appare assistita da adeguata motivazione in ordine alle esigenze del servizio, tale non potendosi considerare la richiamata esigenza – su cui insiste la difesa dell'Amministrazione resistente – di

“valorizzare” la società affidataria (che sembra corrispondere ad esigenze di quest’ultima, e non del servizio); peraltro, tale carenza motivazionale non appare allo stato configurare un contrasto del provvedimento impugnato con la normativa, che come detto nulla prevede in ordine alle valutazioni sottostanti alla scelta della modalità di affidamento del servizio.

Né il problema può dirsi superato, come argomentato dalle parti resistenti, in virtù del fatto che l’Amministrazione, con provvedimenti successivi, sta ponendo in atto un’opera di “privatizzazione sostanziale” del servizio, avviando una gara ad evidenza pubblica per l’individuazione del socio privato cui cedere una cospicua parte del capitale sociale dell’A.M.T.A.B. Servizio S.p.A. (cfr. delibera di G.M. nr. 413 del 21.5.2004).

Tale evenienza, al contrario, segnala l’insorgenza di una prassi anch’essa presumibilmente destinata a generalizzarsi, in forza della quale le Amministrazioni provvederanno dapprima ad affidamento diretto dei servizi a società da esse interamente controllate (secondo lo schema di cui alla lettera c) dell’art. 113 co. V), e quindi provvederanno a cedere una parte del capitale a socio privato (attuando in concreto il modello di cui alla precedente lettera b).

Tuttavia, è vero che anche l’affidamento del servizio a società “mista”, come rilevato da parte ricorrente, pone delicati problemi di compatibilità col diritto comunitario, atteso che l’esperimento della gara avviene non per la scelta della migliore modalità tecnica di erogazione del servizio, ma per la sola scelta del socio privato, che sarà destinato ad inserirsi in uno schema già approvato *a priori* dall’Amministrazione, con modalità non concorrenziali.

La prassi suindicata, realizzando una sorta di privatizzazione indiretta di rilevanti settori d'intervento pubblico, sembra configurare un sostanziale aggiramento della normativa comunitaria in materia di concorrenza.

S'impone, pertanto, il ricorso alla Corte europea perché valuti la conformità della predetta disciplina alla normativa comunitaria sotto i profili innanzi evidenziati.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - Sezione III, sospende il giudizio e rimette gli atti alla Corte di Giustizia della Comunità Europea, ai sensi dell'art. 234 del Trattato istitutivo, ai fini della pronuncia pregiudiziale sul seguente quesito:

Se sia compatibile con il diritto comunitario, ed in particolare con gli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli artt. 46, 49 e 86 del Trattato, l'art. 113 co. V D. Lgs. nr. 267/00, come modificato dall'art. 14 D.L. nr. 269/03, nella parte in cui non pone alcun limite alla libertà di scelta dell'Amministrazione pubblica tra le diverse forme di affidamento del servizio pubblico, ed in particolare tra l'affidamento mediante procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto a società da essa interamente controllata.

Così deciso in Bari, nella camera di consiglio del 22.7.2004, con l'intervento dei Magistrati:

Dott. Amedeo	Urbano	Presidente
Dott. Doris	Durante	Componente
Dott. Raffaele	Greco	Componente, est.

DEAGOSTINI
 PROFESSIONALE

Pannello

 Sistema  **LEGGI D'ITALIA** Segnalibro | Ricerche effettuate | Opere: Leggi d'Italia

Ricerca » D.Lgs. 18-08-2000, n. 267

Aggiungi al segnalibro

(Gestione Segnalibro)

» Leggi d'Italia

D.Lgs. 18-08-2000, n. 267

D.P.R. 11-05-1999, n. 267

L. 03-08-1998, n. 267

L. 07-08-1997, n. 267

D.L. 17-05-1996, n. 267

D.L. 30-06-1995, n. 267

D.L. 02-05-1994, n. 267

D.Lgs. 30-06-1993, n. 267

D.Lgs. 16-03-1992, n. 267

L. 08-08-1991, n. 267

« Documento »

Risultati »



D.Lgs. 18-8-2000 n. 267

 Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali.
 Pubblicato nella Gazz. Uff. 28 settembre 2000, n. 227, S.O.

Articolo 113-bis

Gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica (102/c)

1. Ferme restando le disposizioni previste per i singoli settori, i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica sono gestiti mediante affidamento diretto a (102/d):

a) istituzioni;

b) aziende speciali, anche consortili;

c) società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano (102/e).

2. È consentita la gestione in economia quando, per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio, non sia opportuno procedere ad affidamento ai soggetti di cui al comma 1.

3. Gli enti locali possono procedere all'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate.

4. [Quando sussistono ragioni tecniche, economiche o di utilità sociale, i servizi di cui ai commi 1, 2 e 3 possono essere affidati a terzi, in base a procedure ad evidenza pubblica, secondo le modalità stabilite dalle normative di settore] (102/f).

5. I rapporti tra gli enti locali ed i soggetti erogatori dei servizi di cui al presente articolo sono regolati da contratti di servizio (102/g).

» Pagina principale

» Novità

» Legislazione

» Giurisprudenza

» Commenti

» Massime

» Sentenze Cassazione

» Dottrine

» Maximus

» Massime Corte Costituzionale

» Sentenze Corte Costituzionale

» Formulari del Processo Civile

» Formulari del Processo Penale

» Enciclopedia del Diritto

CREDITS

(102/c) Rubrica così modificata dal comma 2 dell'art. 14, D.L. 30 settembre 2003, n. 269.

(102/d) Alinea così modificato dal comma 2 dell'art. 14, D.L. 30 settembre 2003, n. 269.

(102/e) Lettera così sostituita dal comma 2 dell'art. 14, D.L. 30 settembre 2003, n. 269.

(102/f) Comma abrogato dal comma 2 dell'art. 14, D.L. 30 settembre 2003, n. 269.

(102/g) Articolo aggiunto dal comma 15 dell'art. 35, L. 28 dicembre 2001, n. 448. La Corte Costituzionale, con sentenza 13-27 luglio 2004, n. 272 (Gazz. Uff. 4 agosto 2004, n. 30 - Prima serie speciale), ha dichiarato, tra l'altro, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, l'illegittimità del presente articolo.



« Documento »

Risultati »

Articoli e note

n. 12/2003 - © copyright

GIROLAMO SCIULLO

(Ordinario di diritto amministrativo nell'Università di Bologna)

La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'atto della Commissione di messa in mora dello Stato italiano (8 novembre 2000) in relazione alla disciplina dettata dall'art. 22 della l. 142/1990. - 3. La sentenza Teckal della Corte di giustizia comunitaria. - 4. La reiterazione dell'atto di messa in mora (26 giugno 2002) in relazione alla disciplina contenuta nell'art. 35 della l. 448/2001 e negli artt. 113 e 113-bis Tu. - 5. La disciplina risultante dall'art. 14 del d.l. 269/2003 e la compatibilità con l'ordinamento comunitario.

1. La relazione si snoderà nella risposta al seguente quesito: sono coerenti con l'ordinamento comunitario o quantomeno accrescono la coerenza della disciplina italiana con quella comunitaria nel settore dei servizi pubblici locali le modifiche introdotte dall'art. 14 del dl. 30 settembre 2003, n. 269 (c.d. decretone), all'art. 35 della l. 28 dicembre 2001, n. 448 (finanziaria del 2002), e agli artt. 113 e 113-bis del dlgs. 267/2000 (Tu sull'ordinamento degli enti locali)?

Lo Stato italiano con riferimento alla gestione dei servizi pubblici locali è stato oggetto di due atti di messa in mora nell'ambito della procedura di infrazione prevista dell'art. 226 del Trattato CE:

- il primo dell'8 novembre 2000 [n. SG (2000) D/ 108243] in relazione alla disciplina dettata dall'art. 22 della l. 142/1990;

- il secondo del 26 giugno 2002 [n. C (2002) 2329] in relazione alla disciplina contenuta nell'art. 35 della l. 448/2001 e negli artt. 113 e 113-bis Tu, come innovati da tale disposizione.

2. Nell'atto dell'8 novembre 2000 la Commissione ritenne che, con la disposizione dell'art. 22 della l. 142/90, lo Stato italiano aveva violato gli obblighi discendenti sia dalle direttive 92/50/CEE [appalti servizi] (in particolare dall'art. 11) e 93/38/CEE [appalti settori esclusi] (in particolare dall'art. 20), sia dagli artt. 49 ss. del trattato CEE e dai principi di non discriminazione e di trasparenza.

A cadere sotto i rilievi della Commissione furono le disposizioni di cui alla lett. e) [s.p.a. a prevalente capitale pubblico locale], ma anche alle lett. b), c) e d) [concessione, azienda speciale, istituzione].

Secondo la Commissione, tali disposizioni, laddove avessero dato luogo in favore di soggetti aventi qualità di <<terzo>> -secondo la sentenza *Teckal* (18 novembre 1999, causa C-107/98)- ad affidamenti diretti di appalti pubblici di servizi, si sarebbero poste in contrasto con le direttive 92/50 (pp. 3 e 4) e 93/38 (p. 4), mentre, se avessero dato luogo in favore degli stessi soggetti ad affidamenti diretti di concessione di servizi, avrebbero violato le norme in

tema di libera prestazione di servizi (art. 49 ss. del trattato CE) e i principi di trasparenza e parità di trattamento.

Alcuni chiarimenti richiedono di essere formulati:

a. La Commissione muove dalla distinzione fra appalto pubblico di servizio e concessione di servizi, distinzione esplicitata nella <<Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario>> (2000/C 121/02), secondo la quale si ha *appalto pubblico di servizi* quando l'amministrazione affida un servizio dietro pagamento di un corrispettivo. Viceversa, ricorre la *concessione di servizi* quando, a fronte dell'affidamento di un servizio, il corrispettivo consiste anche o solo nella gestione dello stesso. Inoltre, nel secondo caso, l'alea della gestione ricade sul concessionario (v. p. 3 e 4 Comunicazione e p. 2 Atto di cost. in mora) [1].

b. Secondo la Commissione dall'art. 22 non è dato evincere la natura esatta dell'affidamento (a titolo di appalto oppure di concessione) (pp. 2 e 4).

c. Secondo la Commissione nel caso di concessione di servizi non trovano applicazione le direttive 92/50 CE e 93/38 CE. Nondimeno le concessioni di servizi ricadono nel campo di applicazione delle norme del Trattato in tema di libera circolazione delle merci (artt. 28 ss.), libertà di stabilimento (artt. 43 ss.) e soprattutto di libera prestazione di servizi (artt. 49 ss.), nonché dei principi sanciti dalla Corte (sentenza 18 novembre 1999, causa C-275/98, *Unitron Scandinavia*): in particolare di trasparenza (comportante l'obbligo di rendere pubblico l'intenzione di affidare ad un terzo la gestione di un servizio) e di parità di trattamento o di non discriminazione (comportante che la scelta sia assunta in base a criteri obiettivi e nel rispetto delle regole e dei requisiti inizialmente fissati) (pp. 6 e 7 Comunicazione e p. 7 Atto di cost. in mora).

d. Il rispetto delle norme e principi in tema di appalti pubblici di servizi e di concessione di servizi non è richiesto nel caso di affidamento del servizio ad un soggetto che non si configuri "terzo" rispetto all'ente locale ai sensi della pronuncia *Teckal*, ossia nei casi in cui ricorra l'ipotesi della delega interorganica ovvero dell'affidamento c.d. <<in house>> (pp. 3, 4, 5 Atto di cost. in mora) e p. 5 Comunicazione.

L'atto di costituzione in mora non ebbe seguito essendo stato l'art. 22 della l. 142/90 abrogato e sostituito (peraltro senza modificazioni) dall'art. 113 del dlgs 267/2000 (p. 2 Atto di reiterazione della messa in mora).

All'atto di costituzione in mora fa riscontro la circolare 19 ottobre 2001, n. 12727 <<Affidamento a società miste della gestione di servizi pubblici locali>>), nella quale si riprendono e si illustrano i contenuti dello stesso atto in forma neutra.

3. Consideriamo brevemente la sentenza *Teckal* pronunciata dalla Corte di giustizia delle comunità europee il 18 novembre 1999 (in causa C-107/98).

Questi i fatti: il Comune di Viano (Reggio Emilia) affida all'Azienda Gas-Acqua (AGAC), cui il Comune partecipa, la gestione del servizio di riscaldamento di taluni uffici comunali, senza dar luogo a procedura di gara. La *Teckal*, impresa privata operante nel settore di servizi di riscaldamento, ricorre al TAR per l'Emilia-Romagna adducendo che il Comune sarebbe dovuto ricorrere alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previsti dalla normativa comunitaria.

Il TAR sospende il giudizio chiedendo alla Corte l'interpretazione di talune disposizioni delle direttive 92/50 e 93/36 CE. La Corte, assume il quesito prospettato come ponente in sostanza l'interrogativo se le disposizioni del diritto comunitario in materia di appalti pubblici siano applicabili qualora l'amministrazione aggiudicatrice (in questo caso un ente locale) affidi la prestazione di servizi (o la fornitura di prodotti) ad un consorzio a cui esso partecipi.

Ad avviso della Corte l'applicazione delle direttive comunitarie in tema di appalti pubblici

richiede che il contratto a titolo oneroso sia stipulato fra un'amministrazione aggiudicatrice e una <<persona giuridicamente distinta (...) da essa sul piano formale e autonoma rispetto ad essa sul piano decisionale>>. Circostanza questa che non si verifica nel caso in cui <<l'ente eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello 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>> (punti 50 e 51). La Corte conclude che il giudice nazionale <<deve verificare se [nel caso specifico] ci sia stato un incontro di volontà tra due persone distinte>> (punto 49).

Giova sottolineare che l'orientamento inaugurato da tale pronuncia è stato ribadito dalla Corte nella recente pronuncia, Sez. IV, ord., 14 novembre 2002, causa C-310/01, *Diddi e Comune di Udine* [2].

4. Con l'atto di reiterazione di messa in mora[c(2002) 2329 del 26/06/2002] la Commissione anzitutto ribadì, con riferimento all'art.35 della l. 448/2001, gli orientamenti in precedenza espressi.

L'affidamento dei servizi pubblici locali può essere qualificato come appalto pubblico di servizi o come concessione di servizi (a seconda che la controprestazione per l'attività svolta consista in un corrispettivo pecuniario oppure nel diritto a svolgere detta attività (punti 8 e 13). Nel primo caso trova applicazione la disciplina delle direttive 92/50 e 93/38. Nel secondo [3] valgono le norme del Trattato (in particolare gli artt. 43 e 49, in tema di diritto di stabilimento) e i principi formulati dalla Corte (soprattutto quello di pubblicità e di messa in concorrenza), salvo che ricorrano le ipotesi previste dagli artt. 45 e 46 del Trattato (esercizio di pubblici poteri, motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica), dagli artt 6 e 11, par. 3, della direttiva 92/50 e dagli artt. 11 e 20, par. 2, della direttiva 93/38. A supporto viene citata la pronuncia della Corte 7 novembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria*(punti 12-16).

L'affidamento diretto può essere giustificato altresì nel caso previsto dalla giurisprudenza *Teckal* (punti 29-33).

Ad avviso della Commissione l'art. 35 della l. 448/2001 <<continua a consentire numerose ipotesi di affidamento diretto dei servizi pubblici locali senza il rispetto>> della richiamata disciplina comunitaria.

In particolare la Commissione segnalò come non conformi a tale disciplina:

- l'affidamento diretto della gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, quando separata dall'erogazione dei servizi, a società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli enti locali (art. 113.4, lett. a), Tu 267/00 ex art. 35.1 l. 448/01) (punto 19);
- la durata(massima) del periodo transitorio, durante il quale sono fatti salvi gli affidamenti diretti effettuati in passato (art. 35.2 l. 448/01) (punti 21-23);
- l'affidamento diretto del servizio idrico integrato a società di capitali partecipate unicamente da enti locali (art. 35.5 l. 448/01) (punti 24-26);
- gli affidamenti diretti previsti come regola generale in tema di gestione di servizi pubblici <<privi di rilevanza industriale>> (art. 113-bis Tu) (punti 27-28).

Ad un'osservazione delle autorità italiane, con la quale si era fatto riferimento alla giurisprudenza *Teckal* al fine di giustificare le ipotesi di affidamento diretto in favore di società a capitale interamente o parzialmente detenuto da enti locali (punto 20), la Commissione oppose che <<non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societari>>, richiedendosi, affinché non sussista il rapporto di terzietà rilevante ai fini della applicazione delle regole comunitarie, un <<assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto

partecipato>> da parte dell'amministrazione controllante (punti 32-33).

Al nuovo atto di messa in mora il Governo italiano rispose osservando:

-in via preliminare, la carenza in capo alla Commissione dell'interesse a dolersi della disposizione dell'art. 35 l. 448/2001. Secondo il Governo italiano, infatti, l'art. 35 non sarebbe stato di immediata applicazione, in assenza del regolamento di attuazione da esso previsto al comma 16: 'L'omessa emanazione del regolamento (...) [avrebbe privato] di alcuna pratica e concreta efficacia l'intero disposto dell'art. 35>>. Né sarebbe stato <<ammissibile instaurare una sorta di processo alle intenzioni>> (pp. 9 e 10).

Nel merito, per un verso, si assunse l'impegno a inserire nell'emanando regolamento tutte le prescrizioni idonee ad assicurare il rispetto di canoni indicati dalla giurisprudenza comunitaria in tema di affidamento <<in house>>(p. 10).

Per altro verso, relativamente alle proroghe degli affidamenti pregressi, si sostenne che l'obiettivo del regime transitorio era quello di creare le condizioni perché si realizzasse <<una concorrenza effettiva tra un numero elevato di soggetti di dimensioni adeguate>>, ossia in sostanza <<l'incremento dell'efficienza sistemica>> (p. 10).

Infine, riguardo ai servizi privi di rilevanza industriale, si fece presente che vi <<[sarebbero rientrati] pure taluni marginali servizi sociali destinati alle deboli>> (p. 11).

Nonostante la loro vaghezza e opinabilità le controdeduzioni del Governo italiano dovettero risultare in qualche modo persuasive, giacché non consta che la procedura di infrazione abbia avuto un seguito.

Ciò però non garantisce di per sé per il futuro perché la nuova disciplina risultante dal d.l. 269/2003 prescinde dall'emanazione di un regolamento di esecuzione, avendo l'art. 14.3 del decreto abrogato il comma 16 dell'art. 35, che la prevedeva. Ossia è venuta meno la principale <<linea difensiva>> utilizzata dal Governo italiano.

5. Valutiamo dunque il tema della compatibilità della nuova disciplina con l'ordinamento comunitario. Come è noto il d.l. 269/2003, di recente convertito in legge con talune modifiche (L. 24 novembre 2003, n.326) che hanno riguardato anche l'art. 14, relativo ai servizi pubblici locali, innova sia gli artt. 113 e 113-bis del Tu, sia l'art. 35 della l. 448/2001 nella parte in cui non novellava il Tu.

Se si considerano i rilievi avanzati dalla Commissione nell'atto di reiterazione della messa in mora del 2002 si può constatare che:

- è rimasta la previsione dell'affidamento diretto dell'attività di gestione delle reti ecc., quando separata dall'erogazione dei servizi, a società di capitali, ma ora con partecipazione totalitaria di capitale pubblico e soprattutto sottoposta, da parte degli enti pubblici titolari del capitale, ad <<un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi>> e realizzante <<la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano>>. Si tratta di condizioni mutate alla lettera dalla sentenza *Teckal* (punto 50) (nuovo art. 113.4, lett. a), ex art. 14.1, lett. c), d.l. 269);

- analoga previsione è utilizzata come causa di esclusione della cessazione delle concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica - cessazione prevista in linea generale alla data del 31 dicembre 2006 (art.113.15-bis ex art. 14.1 lettera b) dl. 269)- nonché impiegata come requisito per l'affidamento a società di capitali della gestione di servizi pubblici locali privi di rilevanza economica (nuovo art. 113-bis, lett. c), ex art. 14.2, lett. c));

- il periodo transitorio di cui all'art. 113.15-bis risulta ridotto rispetto a quello previsto dall'art. 35.2-4 della l. 448/2001 o soggetto a previo accordo con la

Commissione europea (art. 113.15-ter);

- è stata abrogata la specifica previsione contenuta nell'art. 35.5 relativa al servizio idrico integrato (art. 14.3 del 269);

- per la gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, a parte quanto già osservato per le società di capitali, l'affidamento diretto permane a favore di istituzioni e aziende speciali e associazioni e fondazioni costituite o partecipate da enti locali, ma si tratta di entità per le quali è da pensare che valga di nuovo la <<formula Teckal>>.

Ove si consideri, poi, che la stessa formula concretizza il modello non competitivo introdotto per la gestione dei servizi di rilevanza economica dal nuovo art. 113.5, lett. c) -in alternativa a quelli competitivi previsti dalle lett. a) e b) della stessa disposizione-, che vengono fatte salve le disposizioni "di attuazione di specifiche normative comunitarie e che restano non toccati i settori disciplinati dai d.lgs 79/1999 e 164/2000 (in tema di energia elettrica e gas naturale), la conclusione pare obbligata, ancorché abbia il sapore del paradosso: la nuova disciplina, rispetto alla precedente, stabilita dall'art. 35 della l. 448/2001, offre sicuramente il fianco a minori rilievi sotto il profilo della compatibilità con la normativa comunitaria. Ancorché essa risulti per più aspetti <<di chiusura al mercato>> si espone di meno a contestazioni di incoerenza con il quadro dell'Unione europea.

Il fatto è che tale disciplina fa emergere un dato spesso trascurato nel dibattito sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali in Italia ossia che l'ordinamento comunitario risulta assai più flessibile di quanto comunemente creduto, consentendo esso, per questi servizi, sia il modello dell'<<esternalizzazione>> sia quello dell'"in house providing", ossia del <<mantenimento all'interno>> della sfera pubblica della gestione, peraltro richiedendo che, se viene assunto il primo modello, se ne sposi fino in fondo la logica, ossia quella della pubblicità, del confronto concorrenziale, in breve <<del mercato>>.

Con tutto ciò non s'intende esprimere un'opzione in ordine alla scelta auspicabile, ma solo sottolineare che, nella sua flessibilità, l'ordinamento comunitario affida molte scelte, per intero, alla responsabilità del legislatore nazionale. Come dire, il re -in questo caso il legislatore nazionale- è di nuovo <<nudo>> (o senza schermo).

(*) *Relazione tenuta nel Seminario di studio "Autonomia locale e autonomia imprenditoriale nei servizi pubblici locali" (Ravenna, 27-28 novembre 2003).*

[1] Per un assai più convincente criterio cfr. di recente Cons. Stato, Sez. V, 10 marzo 2003, n. 1289.

[2] Su tale sentenza v. il lucido commento di S. Colombari, in *Urbanistica e appalti*, 2003, n. 10, 1144 ss.

[3] Come pure per gli appalti sotto soglia (punto 11).



✱ Inizio pagina

eccezionali.

La stessa S.A.R.A., infatti, chiese all'A.N.A.S. ed ai dicasteri interessati, con atto di significazione del 19 ottobre 1976, di procedere alla revoca della concessione per l'accertata impossibilità di continuare non solo alla realizzazione delle opere in corso e di provvedere a quelle future di completamento, ma anche di sostenere gli impegni connessi alla gestione delle autostrade in esercizio.

Dopo l'emanazione di un primo decreto legge - n. 789 del 1 dicembre 1976 - non convertito per aver tralasciato di risolvere alcuni importanti aspetti relativi all'accertamento di condizioni legate al programma costruttivo, all'utilizzo di parte del personale, nonché alla costituzione di una commissione tecnico-finanziaria con specifiche competenze, con d.l. 10 febbraio 1977, n. 19, convertito nella legge 6 aprile 1977, n. 106, la S.A.R.A. veniva dichiarata decaduta dalla concessione delle due suddette autostrade A24 e A25 (art. 1).

Dall'esame dei lavori parlamentari e della relazione di accompagnamento si evince che il ricorso ad apposito provvedimento legislativo, in luogo della semplice revoca con atto amministrativo, come previsto di consueto nelle convenzioni autostradali, risultava necessario al fine di adottare tutte quelle misure mirate a garantire la prosecuzione del servizio autostradale, nonché per autorizzare specifici stanziamenti in modo da porre l'A.N.A.S. in grado di far fronte alla critica situazione finanziaria ed al completamento delle opere.

L'A.N.A.S., quindi, succedeva in tutti i rapporti obbligatori in corso già posti in essere dalla concessionaria (art. 2).

Sempre in forza del predetto decreto legge, l'A.N.A.S., veniva autorizzata ad ultimare i lavori di costruzione dell'autostrada Torano - Popoli - Pescara, nonché a completare l'autostrada Roma - L'Aquila (art. 4).

Veniva costituito, inoltre uno speciale ufficio all'interno dell'A.N.A.S. per la gestione delle attività in precedenza affidate alla concessionaria ed il controllo sui residui compiti inerenti al rapporto di custodia affidati a quest'ultima.

Infatti, ai legali rappresentanti della decaduta concessionaria venivano affidate, in base all'ultimo comma dell'articolo 8 del citato decreto legge n. 19 del 1977, <<... le funzioni di custodi di tutti i beni mobili ed immobili compresi gli impianti, le pertinenze e gli accessori inerenti alla costruzione ed alla gestione delle autostrade>> con obbligo di rendicontazione al direttore generale dell'A.N.A.S., attribuendo agli stessi rappresentanti il compimento degli atti di ordinaria amministrazione necessari per l'esercizio delle stesse autostrade.

Sempre con il predetto decreto legge, l'A.N.A.S. veniva autorizzata ad affidare in concessione l'esercizio delle autostrade A24 e A25 (art. 5). L'affidamento della gestione delle due tratte veniva, successivamente, ribadito dall'art. 4, l. 12 agosto 1982, n. 531.

All'atto della decadenza della S.A.R.A., erano stati ultimati 164 chilometri autostradali.

Le opere da eseguirsi, affidate all'A.N.A.S. con il più volte citato d.l. n. 19 del 1977, venivano successivamente realizzate.

Coerentemente, anche la custodia dei nuovi tratti veniva affidata dall'A.N.A.S. all'ex S.A.R.A. (nelle more posta in liquidazione), continuando nel tempo ad espletare, sempre attraverso il predetto ufficio speciale, la funzione di controllo dell'attività della ex concessionaria.

L'originaria previsione legislativa, intesa a garantire la continuità del servizio autostradale, si è protratta nel tempo ed al custode è stata anche delegata (temporaneamente e di volta in volta), la realizzazione di alcuni interventi di manutenzione, funzionali all'esercizio delle autostrade, autorizzandosi l'utilizzo delle disponibilità da pedaggio destinate, ovviamente, a mantenere il livello del servizio.

Nel frattempo la società S.A.R.A., in liquidazione, e l'A.N.A.S., venute nella determinazione di definire transattivamente tutto il contenzioso pendente ed al fine di regolamentare i rapporti relativi alla gestione dell'esercizio delle autostrade A24 ed A25, sottoscrivevano apposito atto di transazione in data 19 febbraio 1992.

Con tale atto, tra l'altro, veniva trovato un accordo per il riconoscimento alla S.A.R.A. delle spese generali direttamente imputabili alla gestione per conto A.N.A.S. e cioè inerenti all'esercizio ed alla custodia delle autostrade dettagliatamente specificate all'art. 5 dell'atto transattivo stesso.

Inoltre la S.A.R.A. con il predetto atto dichiarava di rinunciare a qualsiasi pretesa a compenso dell'esercizio della gestione (ultimo periodo del citato art. 5) e soprattutto prendeva atto senza alcuna contestazione dell'avvenuta decadenza alla data del 10 dicembre 1976 (ultimo periodo dell'art. 2).

4. Con il primo motivo di appello si reitera la contestazione della competenza dell'A.N.A.S. di disporre concessioni relativamente a beni del demanio statale e, conseguentemente, di bandire la gara per l'affidamento della gestione del servizio autostradale.

La doglianza è infondata sotto un duplice profilo.

La determinazione dell'allora Ministro dei lavori pubblici - nota prot. 295 del 14 maggio 1998 con cui si invita l'ente ad espletare una gara comunitaria per l'affidamento delle tratte autostradali in questione - ed il bando dell'A.N.A.S., unico oggetto del presente giudizio, sono successivi alla profonda riforma operata dal decreto legislativo n. 143 del 26 febbraio 1994, che ha investito l'ente nazionale delle strade trasformato in ente dotato di autonoma personalità giuridica di diritto pubblico e la cui attività è disciplinata, salvo norme contrarie, dal codice civile e dalle altre leggi relative alle persone giuridiche private (art. 1, commi 1 e 2).

Le competenze generali affidate dalla fonte primaria al Ministro sono limitate all'attività di alta vigilanza e di indirizzo programmatico (art. 1, comma 4).

Per quanto di interesse ai fini di causa, è espressamente attribuita all'ente la competenza (art. 2):

I) a gestire le autostrade, nonché a provvedere alla loro manutenzione ordinaria e straordinaria;

II) a migliorare ed adeguare la rete autostradale e la relativa segnaletica;

III) a costruire nuove autostrade sia direttamente che in concessione (come nel caso di specie);

IV) a vigilare sull'esecuzione dei lavori di costruzione delle opere date in concessione e controllare la gestione delle autostrade il cui esercizio sia dato in concessione (come si verifica nel caso di specie).

Nella materia che interessa, al Ministro residuano solo compiti di alta vigilanza e di approvazione delle concessioni di costruzione ed esercizio di autostrade di concerto con il Ministro del tesoro (art. 3, comma 5).

Sotto tale angolazione è evidente che la fonte primaria successiva - recante la riforma complessiva dell'intera materia concernente la natura giuridica ed i compiti dell'ente nazionale per le strade - ha fatto venire meno, per abrogazione ex art. 15, ultimo periodo, disp. pRel. c.c., tutte le norme precedenti che prevedevano una diversa ripartizione delle competenze fra Ministro e A.N.A.S.

In ogni caso, anche sulla scorta del tenore letterale della precedente normativa (art. 5, d.l. n. 19 del 1977), deve

escludersi che la competenza al rilascio delle concessioni per l'esercizio dei tratti autostradali di cui all'art. 4 del medesimo d.l., fosse attribuita al Ministro.

In senso contrario non giova il richiamo operato dall'art. 5 cit. all'art. 5 della l. n. 59 del 1961 - dove si prevede, al terzo comma, che la concessione è disposta mediante decreto del Ministro dei lavori pubblici di concerto con quello del tesoro - essendo limitato, tale richiamo, alle semplici modalità del rilascio della concessione che rimane di competenza dell'A.N.A.S. in forza di una disposizione di legge speciale e successiva rispetto a quella generale del 1961.

Quanto alla prospettata questione di incostituzionalità di una siffatta interpretazione della normativa di riferimento, sollevata in via subordinata nel primo motivo di appello, la stessa oltre ad apparire generica, si appalesa manifestamente infondata alla luce dell'ampia discrezionalità di cui gode il legislatore nel disegnare i rapporti fra ministeri ed enti sottoposti a poteri di vigilanza ed indirizzo.

5. Inaccoglibile è anche il secondo motivo di gravame con cui si contesta la legittimità costituzionale della norma che ha dichiarato la decadenza della S.A.R.A.

La questione è stata dichiarata manifestamente infondata dal primo giudice con argomenti persuasivi che non sono scalfiti dalle generiche deduzioni dell'appellante.

In particolare, per quanto sopra ricordato, non emerge alcuna disparità di trattamento in danno della S.A.R.A., sia in considerazione dell'ampissima discrezionalità di cui gode il legislatore nell'individuare i rimedi per fronteggiare situazioni di crisi finanziaria di società per azioni partecipate dalla mano pubblica; sia a cagione della diversità della situazione finanziaria in cui versava la S.A.R.A. rispetto alle società concessionarie, caratterizzata da una ingente esposizione debitoria e dall'incapacità di farvi fronte.

Anche la pretesa lesione del diritto costituzionale di difesa è manifestamente infondata come si evince dallo svolgimento del presente processo e da tutto il contenzioso in corso fra la S.A.R.A. e l'A.N.A.S.

6. Miglior sorte non tocca al terzo motivo di ricorso. L'emanazione del bando di gara - ampiamente motivato e comunque meramente esecutivo della norma sancita dall'art. 5, d.l. n. 19 del 1977 e delle disposizioni comunitarie che tutelano la libertà di concorrenza - non risulta viziata da eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento dalla causa tipica, ravvisato dall'appellante nell'intento dell'amministrazione di pregiudicare il contenzioso in corso.

L'autonomia dei giudizi e dei procedimenti amministrativi presupposti, unitamente all'importanza degli interessi pubblici e privati curati con la concessione autostradale in contestazione, rendono palese che lo scopo avuto di mira dall'amministrazione non è inquinato dalle finalità ulteriori paventate dall'appellante.

7. Con il quarto motivo l'appellante lamenta la lesione del proprio affidamento in ordine al mancato rinnovo esplicito della concessione autostradale in suo favore, comunque desumibile tacitamente dal verbale di consegna dei lavori e delle opere del 22 dicembre 1977.

Come esattamente rilevato dal primo giudice non è possibile dedurre l'esistenza di un provvedimento di concessione autostradale dall'esercizio di fatto di adempimenti astrattamente riconducibili al contenuto di un siffatto provvedimento.

Ciò deve escludersi sulla scorta di una pluralità di ragioni.

La prima discende pianamente dall'esame della norma sancita dall'art. 8, comma 6, d.l. n. 19 del 1977, la quale stabilisce, con una previsione dotata di forza cogente per l'A.N.A.S., che i rappresentanti legali della S.A.R.A. assumano la funzione di << . . . custodi di tutti i beni mobili ed immobili compresi gli impianti, le pertinenze e gli accessori inerenti alla costruzione ed alla gestione delle autostrade, e sono tenuti, rendendone conto al direttore generale dell'A.N.A.S. a compiere gli atti di ordinaria amministrazione necessari per l'esercizio delle stesse autostrade >>.

La norma è chiara - ed assolutamente logica - nell'imporre alla S.A.R.A. obblighi di custodia dinamici degli impianti, accompagnati da profili gestori, riferibili anche ai nuovi tronconi autostradali realizzati direttamente dall'A.N.A.S. e consegnati al custode dei tratti principali, cui accedono sotto il profilo funzionale e materiale.

L'assunzione della qualità di custode in capo alla S.A.R.A. esclude in radice, già sul piano astratto della legge, che possa configurarsi un rapporto concessorio mercè la redazione dei verbali di consegna dei nuovi tratti autostradali (cfr. anche il verbale del 9 giugno 1993), nei quali, oltre tutto, la S.A.R.A. interviene nel dichiarato esercizio delle funzioni custodiali.

Si oppone, inoltre, alla tesi propugnata dall'appellante, il principio di tipicità degli atti amministrativi che funge da ostacolo insormontabile alla configurazione dei verbali di consegna in custodia (obbligatoria ai sensi del d.l. n. 19 del 1977), come atti di affidamento di una nuova concessione alla S.A.R.A., non fosse altro perché la volontà espressa del legislatore (art. 1, d.l. n. 19 del 1977), era nel senso di far venir meno la concessione autostradale in favore della S.A.R.A., proprio allo scopo di ultimare le opere autostradali, la cui realizzazione era stata sospesa a causa delle gravi difficoltà economiche in cui versava la stessa S.A.R.A.

Sarebbe stato quindi impensabile per l'A.N.A.S. riaffidare la concessione autostradale in contestazione, per giunta all'esito di una fantomatica trattativa privata tacita, allo stesso soggetto che era stato estromesso ope legis.

8. Anche l'ultimo motivo di appello non è suscettibile di favorevole esame.

Si contesta la declaratoria del primo giudice, di inammissibilità per carenza di interesse ad agire, dei motivi attinenti al contenuto del bando.

E' pacifico che la società Autostrade dei Parchi non ha partecipato alla gara indetta con il bando oggetto del presente giudizio.

E' altresì evidente che il bene della vita cui aspira l'appellante consiste nella rimozione delle procedure di gara e nel mantenimento della posizione di gestore di fatto - da riconoscersi successivamente quale concessionario all'esito di un provvedimento formale - delle autostrade A24 e A25.

Da ciò discende, secondo un consolidato indirizzo di questo Consiglio che il collegio non intende riconsiderare (cfr. Cons. St., sez. V, 27 giugno 2001, n. 3507; sez. V, 7 ottobre 1998, n. 1418; sez. V, 26 maggio 1997, n. 554), che la ricorrente non ha interesse alcuno alla contestazione delle singole clausole del bando non avendo partecipato alla gara da questo disciplinata.

Quanto al merito delle doglianze sviluppate contro il contenuto del bando, in limine il collegio osserva quanto segue in ordine alla questione principale concernente la doverosità del ricorso alla procedura selettiva competitiva.

Assumendo che la fattispecie disciplinata dal bando sia suscumbibile nel genus delle concessioni di servizio pubblico,

può convenirsi, in linea di principio, che a tale figura non sia meccanicamente riferibile il complesso delle norme garantiste divise dalla direttiva 92/50 recante la disciplina dei contratti di appalti di servizi.

Sotto tale angolazione la Corte di giustizia delle C.E. (cfr. Corte giust., sez. VI, 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Teleaustria; Corte giust., 18 novembre 1999, causa C-275/98, Unitron Scandinavia, emessa in relazione alla direttiva lavori 93/36), ha rimarcato l'estraneità delle concessioni di servizi pubblici (intesi nell'ottica comunitaria quali contratti caratterizzati dal trasferimento della gestione di un servizio pubblico avente come corrispettivo il diritto del concessionario di sfruttare economicamente il servizio medesimo), all'ambito di applicazione della disciplina sugli appalti.

La stessa Corte, però, ha inteso rimediare in via pretoria alle delineate lacune normative individuando precetti idonei a scongiurare, sul piano applicativo, il rischio di sottrarre completamente al gioco della concorrenza l'intera gamma dei rapporti concessori.

Per raggiungere tale obiettivo, la Corte, ponendosi in una prospettiva sistematica tesa a salvaguardare, anche in relazione a fattispecie concessorie, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, ha fatto leva sulla correlazione fra il divieto di discriminazione in base alla nazionalità e la trasparenza delle commesse pubbliche, intesa sia come esigenza di diffondere le informazioni relative ai contratti da stipulare per consentire alle imprese di valutare l'opportunità della presentazione di un'offerta, sia come criterio informatore delle successive fasi delle procedure di aggiudicazione di cui salvaguardare il corretto svolgimento.

Così ricostruita nella sua portata applicativa, la trasparenza appare il logico corollario della parità di trattamento di cui assicura l'effetto utile garantendo, attraverso l'eguale possibilità di accesso alle gare e l'obiettivo ed imparziale selezione dei candidati, condizioni di concorrenza non falsate.

Tale impostazione ermeneutica, vincolante per le istituzioni degli stati membri ivi comprese quelle giurisdizionali (sul punto cfr. ex plurimis, Cass. sez. un., 11 novembre 1997, n. 11131; Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168; Corte giust. 13 maggio 1981, C-66/80, soc. International Chemical and Cosmetics co.), è coerente con le valutazioni formulate dalla Commissione europea nella comunicazione interpretativa sulle concessioni adottata il 29 aprile 2000.

Essa comporta che l'adozione di adeguati regimi di pubblicità delle procedure di affidamento di servizi pubblici e la loro sottoposizione alle regole basilari del confronto competitivo tragga origine dai principi fondamentali del diritto comunitario enucleabili dalle norme sancite dai trattati (in particolare artt. 43 e 49), e da quelle riprodotte nelle fonti derivate (segnatamente le direttive in materia di appalti di servizi, lavori, forniture e settori esclusi).

Per completezza si segnala che le indicazioni in parte qua vincolanti fornite dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione sono state condivise dalla recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 19 ottobre 2001, n. 12727 - affidamento a società miste della gestione di servizi pubblici locali - che ha invitato le amministrazioni pubbliche a seguire procedure selettive onde evitare l'apertura (peraltro già verificatasi), di procedure di infrazione per la violazione delle disposizioni comunitarie (nella stessa direzione si muovono il decreto del Ministero dell'Ambiente - 22 novembre 2001 e la connessa circolare applicativa - 17 ottobre 2001, n. GAB\2001\11559\B01 - concernenti le modalità di affidamento in concessione a terzi della gestione del servizio idrico integrato, a norma dell'art. 20, comma 1, l. 5 gennaio 1994, n. 36).

Per concludere sul punto il collegio osserva che in tema di affidamento, mediante concessione, di servizi pubblici di rilevanza comunitaria, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (ritraibili principalmente dagli artt. 43 e 49 del Trattato C.E.), nonché dei principi generali che governano la materia dei contratti pubblici (enucleabili dalle direttive in materia di appalti di lavori, servizi, forniture e settori esclusi), impone all'amministrazione procedente di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, mercé l'utilizzo di procedure competitive selettive.

9. A non diverse conclusioni, in ordine alla necessità dello svolgimento di una procedura selettiva, si giunge anche volendo considerare l'affidamento in esame come concessione di costruzione e gestione di opera pubblica.

E' stata, invero, riconosciuta la portata generale della normativa sulle concessioni di opere pubbliche prevista dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109: più specificamente, la disciplina dell'art. 19 è stata considerata come lo statuto fondamentale dell'istituto della concessione di lavori che occorre applicare a prescindere dal metodo utilizzato per l'affidamento ed anche se la concessione sia disposta con legge (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 maggio 1997, n. 584; Corte dei Conti sez. contr. Stato, 8 giugno 2000, n. 55, secondo la quale ai sensi dell'art. 20, comma 2, l. n. 109 del 1994 l'unico sistema per la scelta del concessionario è quello della licitazione privata).

In evidente adesione alla tesi esposta, di cui costituisce punto di emersione ricognitivo, la l. 24 novembre 2000, n. 340 (art. 21), stabilisce che <<per la costruzione e l'affidamento in gestione delle infrastrutture autostradali si applicano le disposizioni che recepiscono nell'ordinamento italiano la normativa comunitaria in materia di lavori o di servizi>>.

10. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni l'appello principale e quello incidentale devono essere respinti.

16. Le spese di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quarta):

- respinge l'appello proposto, e per l'effetto conferma la sentenza indicata in epigrafe;
- condanna la S.p.a. Autostrada del Parchi, la Provincia di Teramo, la Camera di Commercio, Industria Artigianato, Agricoltura di Teramo, la Camera di Commercio, Industria Artigianato, Agricoltura di Chieti, nonché la Camera di Commercio, Industria Artigianato, Agricoltura dell'Aquila in solido fra loro, a rifondere in favore di ciascuna delle parti intimata - Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, l'A.N.A.S. e la Società Autostrade - Concessioni e Costruzioni Autostrade s.p.a. - le spese, le competenze e gli onorari del presente grado di giudizio, che liquida in complessive lire ventimilioni.

Una sentenza del Consiglio di stato sull'attribuzione di servizi pubblici locali

Utility, affidamenti in house senza rapporto di gerarchia

DI LUIGI OLIVERI

I servizi pubblici locali possono essere affidati direttamente a società a capitale pubblico esclusivo o preponderante, senza che tra ente locale e società intercorra un rapporto di gerarchia. Il Consiglio di stato, sezione V, con la sentenza 22 dicembre 2005 n. 7345 interviene con un approccio fortemente innovativo sulla complicata materia dei servizi pubblici locali, fornendo una lettura evolutiva del sistema degli affidamenti, sia nei riguardi del dipartimento per gli affari comunitari presso la presidenza del consiglio, sia rispetto alla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia europea.

Ai sensi dell'articolo 113, comma 5, lettera c), del dlgs 267/2000, i servizi pubblici locali possono essere affidati senza gara a società a capitale interamente pubblico, a condizione che l'ente titolare del capitale sociale eserciti sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la controlla. Si denomina questa forma di gestione dei servizi pubblici locali come «affidamento in house», perché se è vero che il servizio è assegnato, mediante un contratto, a un ente dotato di personalità giuridica autonoma rispetto all'ente

locale che nel detiene il capitale, comunque la società è strettamente vincolata alle politiche gestionali dell'ente locale stesso. Talmente intenso è il rapporto tra i due soggetti, confermato dall'obbligo per la società di realizzare la gran parte del fatturato con l'ente locale, che consente l'affidamento diretto del servizio dal momento che, in realtà, non si alterano gli equilibri della concorrenza. Tuttavia, se il fenomeno in termini astratti è chiaro, diverse sono le interpretazioni del livello di intensità che caratterizza il legame sussistente tra ente locale e società. Nella circolare 19 ottobre 2001 n. 12727 il dipartimento delle politiche comunitarie aveva equiparato in tutto e per tutto il «controllo analogo» dell'ente locale sulla società a quello che il medesimo ente svolge nei confronti delle strutture appartenenti alla propria organizzazione. Tanto da parlare di una subordinazione gerarchica della società nei confronti dell'ente locale. Tale impostazione, però, secondo palazzo Spada è eccessiva e non corretta. Osserva il Consiglio di stato che la giurisprudenza comunitaria è consapevole che per effetto del sistema in house il servizio viene certamente gestito da una persona giuridica separata e distinta dall'ente locale detentore del capitale. Ciò significa che la società

determina la propria azione mediante gli organi di cui è dotato: il che porta a escludere che il diritto comunitario abbia imposto relazioni tra ente locale e società tali da riprodurre tra ente locale e società forme di dipendenza tipicamente intercorrenti con gli uffici interni all'ente locale. In effetti, l'ente locale esercita il controllo sulla società in house esercitando poteri estremamente forti, come quello di nomina degli organi, o dell'approvazione delle deliberazioni strategiche sull'attività, sicché può svolgere ogni tipo di verifica e di rendiconto. In tal modo si rende operante una sostanziale identificazione tra società in house ed ente locale che le affida il servizio.

Questa argomentazione consente al Consiglio di stato di criticare anche alcune conclusioni troppo radicali della giurisprudenza europea, che esclude la sussistenza del «controllo analogo» in presenza di una società mista, anche se il capitale dei privati sia irrisorio, non superiore all'1%. Non è convincente, secondo palazzo Spada, che la presenza dei privati, qualunque sia la loro quota di partecipazione, impedisca l'affidamento diretto, solo perché lo scopo di un privato non è il perseguimento diretto dell'interesse pubblico, ma del profitto. (riproduzione riservata)

IL SISTEMA FINESTRA
ROSADA
 TECNOLOGIA CHE T'INNAMORA
 HA COSTRUITO
 LE FINESTRE E LE PORTE
 DEL
 VILLAGGIO OLIMPICO
 TORINO 2006

Edilizia & Appalti

Il giornale dei professionisti
 del territorio e delle costruzioni

IL SISTEMA FINESTRA
ROSADA
 TECNOLOGIA CHE T'INNAMORA
 HA COSTRUITO
 LE FINESTRE E LE PORTE
 DEL
 VILLAGGIO OLIMPICO
 TORINO 2006

Le condizioni che emergono dalla giurisprudenza comunitaria e da una recente sentenza del Cds

Affidamenti senza gara con vincoli

Legittimi solo se la società è a totale partecipazione dell'ente

DI ANDREA MASCOLINI

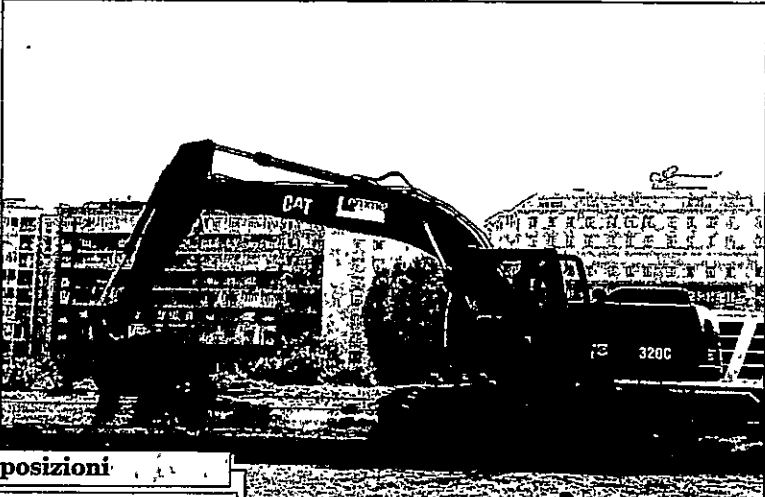
Affidamenti «in house» legittimi solo se la società è a totale partecipazione dell'ente pubblico, se l'ente pubblico ha su di essa un «controllo analogo» a quello che avrebbe su propria struttura e se svolge la principale parte della propria attività a favore dell'ente. Sono queste le condizioni che consentono, in base alla giurisprudenza comunitaria e alla recente sentenza del Consiglio di stato del 22 dicembre 2005, n. 7345, di procedere all'affidamento senza gara di lavori, forniture e servizi da un'amministrazione aggiudicatrice a una società da essa posseduta. Peraltro, questa impostazione risulta ripresa anche nello schema di decreto legislativo concernente il codice dei contratti pubblici, messo a punto dalla Commissione «De Lise» per il recepimento delle direttive appalti pubblici del 2004 e approvato in via preliminare il 29 dicembre 2005 dal consiglio dei ministri.

L'articolo 15 prevede infatti che le norme del codice stesso non si applichino all'affidamento di servizi, lavori, forniture a società per azioni il cui capitale sia interamente posseduto da una o più amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che queste ultime esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con le amministrazioni aggiudicatrici.

Va innanzitutto precisato che la norma del codice De Lise assume un fondamento giuridico autonomo e distinto rispetto alla fattispecie di inapplicabilità delle norme Ue che si basa sulla clausola di esclusione prevista dall'articolo 6 della direttiva 92/50/Cee. Quest'ultima norma consente di non applicare le norme sui servizi quando un'amministrazione ha affidato a un'altra amministrazione un servizio in base a un diritto di esclusiva assegnato sulla base di una norma di legge, regolamentare o amministrativa, purché compatibile con il Trattato europeo. La norma nazionale che recepisce le direttive 2004/17 e 18 assume infatti una portata più ampia (comprendendo anche i lavori e le forniture) e, allo stesso tempo, diversa (prescinde anche dall'attribuzione di un diritto di esclusiva), rappresentando il punto di

arrivo di quanto affermato da alcune sentenze della Corte di giustizia che, in questi ultimi anni, hanno definito i limiti di legittimità dei cosiddetti affidamenti in house. Il riferimento è in particolare alla nota sentenza Teckal (18 novembre 1999, causa 107/98) che ha individuato due criteri in presenza (contemporanea) dei quali è possibile sottrarre alle procedure di aggiudicazione previste per gli appalti pubblici, tutti quei rapporti intercorrenti tra una pubblica amministrazione e un ente soggetto all'influenza dominante di quest'ultima.

La Corte ha infatti, in via preliminare, precisato che le norme sugli appalti vengono in rilievo ove il contratto sia stipulato, da una parte, da un ente pubblico e, dall'altra, da una persona giuri-



Così le disposizioni

Legittimo l'affidamento senza gara, da un ente pubblico a un'altra società pubblica, di lavori, forniture e servizi, ma a condizione che:

- a) la società sia interamente posseduta dall'ente pubblico;
- b) l'amministrazione eserciti sul soggetto aggiudicatario un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;
- c) la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che lo controllano.

Per il Consiglio di stato il controllo analogo non presuppone situazioni di subordinazione gerarchica, come detto nella circolare della presidenza del consiglio del 19 ottobre 2001

dicamento distinta da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'amministrazione aggiudicatrice 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'amministrazione aggiudicatrice o le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano.

Per converso, la Corte osserva come le direttive europee debbano essere applicate ogni qualvolta un'amministrazione aggiudicatrice decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto a essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente a oggetto la fornitura di prodotti (la causa riguardava una fornitura), indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno.

Pertanto se esiste un rapporto

contrattuale appare del tutto indifferente che il contraente (appaltatore) sia un soggetto privato o pubblico; l'importante è che, se si tratta di soggetto pubblico, questo sia «distinto sul piano formale» e autonomo per quanto riguarda le decisioni che deve assumere. Nel caso in cui si sia in presenza di un vincolo contrattuale a titolo oneroso, si deve sempre verificare la sussistenza o meno di un forte controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice nei confronti dell'ente aggiudicatario, analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi, tale da portare a considerare i due soggetti, pur organicamente distinti, come una sola persona. Solo allora si escluderebbe dal regime della direttiva. In tal caso, infatti, la volontà negoziale verrebbe vanificata dalla capacità dell'amministrazione aggiudicatrice di influire sul funzionamento del prestatore e dall'assenza di autonomia di quest'ultimo.

Quando invece vi sia un rapporto non fondato su di un atto contrattuale fra un'amministrazione aggiudicatrice e un «terzo», come nel caso, secondo la terminologia della Corte, di «delegazione interorganica» o di servizio affidato eccezionalmente in house, le direttive non trovano applicazione, ma ad alcune condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sul soggetto aggiudicatario un «controllo analogo» a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) il soggetto aggiudicatario deve «realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che lo controllano».

Sulla nozione di «controllo analogo» la recente sentenza del Consiglio di stato, sezione quinta, del 22 dicembre 2005, n. 7345 ha chiarito che «è da escludere, in linea di principio, che il diritto comunitario possa imporre un modulo che riproduca, tra amministrazione e società affidataria, quella forma di dipendenza che è tipica degli uffici interni all'ente». La precisazione dei giudici di Palazzo Spada porta come conseguenza che «si rivela improponibile l'impostazione accolta dalla presidenza del consiglio dei ministri, dipartimento delle politiche comunitarie, 19 ottobre 2001 n. 12727, nella quale si fa riferimento, addirittura, alla subordinazione gerarchica». Quel che si vuole dire è che il legame che intercorre fra amministrazione e

società affidataria è certamente meno stretto di quello che lega due uffici della stessa amministrazione.

La giurisprudenza comunitaria ha poi stabilito, e si tratta della terza condizione, la necessità che la partecipazione pubblica sia totalitaria ai fini della ricorrenza dei requisiti per l'affidamento in house.

Esu questo ulteriore aspetto la citata recente sentenza del Consiglio di stato, pur ammettendo tale controllo in presenza del 99% di capitale posseduto dall'ente pubblico (trattandosi di «entità simbolica» in possesso di un soggetto privato), conferma che l'ente pubblico proprietario dell'intero pacchetto delle azioni, sia mediante la nomina degli organi, sia mediante l'approvazione di opportune deliberazioni, è in condizioni di imporre, o meglio, di svolgere, ogni tipo di verifica e di rendiconto, in modo che sia operante la sostanziale identificazione riscontrabile tra il soggetto societario agente con la mano pubblica che le affida il servizio.

Si deve invece applicare la normativa europea tutte le volte in cui l'ente pubblico aggiudicatario dell'appalto sia un soggetto distinto sul piano formale dall'amministrazione aggiudicatrice e autonomo da essa sul piano decisionale, indipendentemente dalla sua natura pubblica o privata. (riproduzione riservata)