

Corte di giustizia europea, Sez. I, 6 aprile 2006 n. C-410/04

**GLI AFFIDAMENTI *IN HOUSE PROVIDING*: LIBERTA' DI SCELTA O
TUTELA DELLA CONCORRENZA?
L'INTERESSANTE PROSPETTIVA CHE SI PUO' COGLIERE DAL NUOVO
CODICE DELL'AMBIENTE**

A cura della Dott.ssa Agnoletto Roberta

Cultore della Materia e Assistente universitario presso l'Università Ca' Foscari.

Premessa

Con la pronuncia in commento la Corte di Giustizia europea ritorna sul dibattuto tema degli affidamenti diretti di un servizio pubblico locale ad una società a capitale interamente pubblico.

Ma il particolare interesse che suscita questa sentenza e la conseguente attesa da parte degli operatori, nasce dai termini, del tutto nuovi e incisivi, con cui il Tribunale amministrativo Regionale per la Puglia ha posto la questione pregiudiziale alla Corte europea, chiedendo alla stessa di pronunciarsi su un aspetto dirimente, probabilmente, l'annoso dibattito sulla conformità della normativa nazionale di cui all'art. 113, comma 5, lett. c) del TUEL con la disciplina comunitaria a tutela della concorrenza.

E la questione non è circoscritta a meri aspetti di teoria generale, ma involge scelte politiche in capo agli enti locali ma altresì in capo al legislatore nazionale, che deve improntare la propria normativa a tutela

della concorrenza e del libero mercato come richiesto dalle norme comunitarie di diritto primario.

Sul punto il caso esemplificativo avviene recentemente proprio in ambito di normativa ambientale: nel settore dei rifiuti, nel quale frequentemente le amministrazioni utilizzavano forme di affidamento diretto¹, il nuovo d.lgs. 152/2006 “*Norme in materia ambientale*” introduce una **disciplina speciale** rispetto al TUEL in quanto prevede che l’affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani avvenga a mezzo della **gara** ad evidenza pubblica (art. 202, d.lgs. 152/2006). E questa nuova normativa, questa scelta di fondo del legislatore nazionale, permette di trarre alcune considerazioni proprio su un tema, dibattuto ormai da troppo, dalla comunità europea, che ha creato orientamenti contrastanti tra i TAR regionali sul tema generale della gestione dei servizi pubblici locali².

I fatti

La vicenda processuale merita di essere esposta nel dettaglio, pur trattando un settore specifico dei servizi pubblici costituito dai trasporti, in quanto ciò che interessa in questa sede sono le considerazioni giuridiche dei giudici europei, valide in tutti i settori dei servizi pubblici.

Il Comune di Bari deteneva l’intero capitale società dell’AMTAB Servizi, società per azioni la cui sola attività consisteva nella fornitura del servizio

¹ Consigli di Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3451; TAR Lombardia – Milano, Sez. III, 13 aprile 2004, n. 1451; Consiglio di Stato, Sez. V, 22 aprile 2004, n. 2292; Consiglio di Stato, Sez. V, 13/12/2005 n. 7058.

² Recentemente cfr. Corte di giustizia europea, Sez. I, 11/5/2006 n. C-340/04, sulla non compatibilità con l’ordinamento comunitario degli affidamenti diretti ad una società per azioni il cui consiglio di amministrazione possiede ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma e il cui capitale è interamente detenuto da un’altra società per azioni, della quale è a sua volta socio di maggioranza l’amministrazione aggiudicatrice.

di trasporto pubblico sul territorio di tale Comune: è evidente che in queste condizioni il totale controllo del Comune di Bari è fuori discussione.

Con provvedimento datato 17 luglio 2003 il Comune di Bari ha avviato una procedura ad evidenza pubblica al fine di affidare il servizio di trasporto pubblico sul proprio territorio. Nel mentre il legislatore nazionale emanava il decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, poi convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326, che riscriveva l'art. 113, comma 5, del D.lgs. 267/2000, e in particolare, consentiva agli enti locali di affidare direttamente a società di capitale interamente detenute dagli stessi la gestione dei servizi pubblici locali.

Cosicché con successivo provvedimento 18 dicembre 2003, il Comune di Bari ha abbandonato la procedura ad evidenza pubblica per affidare direttamente il servizio in questione all'AMTAB Servizio, per il periodo compreso tra il 1° gennaio 2004 al 31 dicembre 2012.

Ad impugnare quest'ultimo provvedimento per chiederne l'annullamento, lamentando violazione di numerose norme del Trattato CE³, è l'A.N.A.V., Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori, che rappresenta le imprese esercenti servizi nazionali e internazionali di trasporto passeggeri, nonché attività assimilabili al trasporto. La finalità di tale associazione è quindi vigilare, in particolare, sul buon andamento del servizio pubblico di trasporto urbano ed extraurbano, nell'interesse delle società che forniscono tale servizio.

³ Trattandosi di Concessione di servizi pubblici siamo fuori dal campo di applicazione della direttiva 92/50/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di pubblici servizi, sostituita dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/18/CE, che all'art. 17 prevede esplicitamente l'inapplicabilità alle concessioni di servizi pubblici, ma si applicano i principi generali del Trattato CE in tema di concorrenza, non discriminazione, parità di trattamento e di trasparenza.

Ad avviso dell'A.N.A.V. ostava alla legittimità dell'affidamento diretto la circostanza che il Comune di Bari intendesse aprire, il capitale della società pubblica all'azionariato privato: in tale ipotesi i due criteri, del controllo analogo e della prevalenza dell'attività, non risultavano soddisfatti permanentemente⁴.

La questione pregiudiziale sollevata dal TAR Puglia

Come anticipato, il Tribunale amministrativo Regionale per la Puglia non si è limitato a porre alla Corte Europea la mera questione della compatibilità di questa modalità di affidamento del servizio (c.d. *in house providing*) con la normativa di diritto primario europeo a tutela della concorrenza (già affrontata dalla Corte stessa in più occasioni⁵) ma pone la questione in termini del tutto nuovi.

In sostanza, il Tar Puglia chiede se il diritto comunitario primario osti ad una normativa nazionale che lascia alle amministrazioni locali la *libera scelta*, senza porre alcun limite, in ordine alle modalità di affidamento della gestione di un servizio locale (in particolare tra affidamento mediante procedura di gara e affidamento diretto a società da essa interamente controllata).

In altri termini, i giudici amministrativi chiedono alla suprema corte europea se, per rendere compatibile il testo con la disciplina comunitaria della concorrenza, l'elencazione delle tre differenti modalità di affidamento del servizio pubblico locale come riportata nell'art. 113, comma 5, del

⁴ Corte di giustizia europea, 10 novembre 2005, C-29/04, *Commissione/Austria*.

⁵ A partire dalla Sentenza *Teckal* ma recentemente cfr. Sentenza *Stadt Halle* 11 gennaio 2005, C-26/03 (p. 48) e Sentenza *Parking Brixen* 13 ottobre 2005, C-458/03 (p. 62).

T.U.E.L. non la si debba interpretare nel senso che indichi un ordine *preferenziale* di scelta tra i modelli.

Ciò rafforzerebbe la pallida possibilità di interpretazione che deriva dal fatto che la gara è collocata al primo posto. A ben vedere, infatti, questa elencazione pone al primo posto la gara per la scelta dell'affidatario del servizio, che rappresenta la modalità di individuazione del fornitore del servizio che più di tutte rispetta concorrenzialità e trasparenza, al secondo posto colloca la società mista pubblico-privata, nella quale, tuttavia, il socio privato è stato scelto con procedura ad evidenza pubblica e, da ultima, consente l'affidamento diretto del servizio, qualora ricorrano i requisiti del “prevalenza dell’attività” e del “controllo analogo”. Ebbene, il mero dato letterale sembra prospettare l’esistenza di una *gerarchia* nella scelta dei tre differenti modelli⁶, escludendo quindi che gli stessi siano posti sullo stesso piano di fronte alla scelta dell’ente locale. Ciò si tradurrebbe per un indubbio favore per la percorrenza, *in primis*, di procedure di affidamento rispettose della concorrenza tra gli operatori del mercato e solo residualmente, qualora queste metodologie si siano verificate infruttuose e/o di difficile o inopportuna percorribilità adeguatamente motivata, rende praticabile affidamenti *in house providing*.

La questione non è certo di poco conto in quanto pone l’attenzione sulla libertà di autoproduzione dei servizi pubblici locali. Una posizione in senso contrario alla teoria “gerarchica” *supra* esposta, attribuirebbe agli enti

⁶ A. Vigneri, *Coesione sociale e tutela della concorrenza in un sistema multilivello*, di prossima pubblicazione in ASTRID, *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, a cura di Claudio De Vincenti e Adriana Vigneri, Bologna, Il Mulino, 2006; A. Vigneri *Public utility regulation VS erogazione amministrativa: una storia infinita*, di prossima pubblicazione in ASTRID, *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, a cura di Claudio De Vincenti e Adriana Vigneri, Bologna, Il Mulino, 2006; G. Napoletano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005.

locali il più ampio margine di discrezionalità nella scelta in ordine ai tre modelli, tramutandola da una scelta che deve tener conto anche di valutazioni sull'assetto concorrenziale del mercato di riferimento e sui caratteri di redditività della specifica attività, ad una scelta essenzialmente *politica*.

L'occasione mancata dalla Corte di giustizia europea

Ebbene, disattendendo completamente le attese, come già preannunciato, peraltro, con le conclusioni dell'Avv. Generale L.A. Geelhoed del 12 gennaio 2006, la Corte di giustizia europea non ha assolutamente affrontato la questione pregiudiziale nei termini sottoposti dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia.

Ha ribadito, ma era cosa già affermata, alcune questioni di fondo:

- la compatibilità dell'art. 113, comma 5, lett. c) del TUEL con il diritto comunitario, qualora ricorrano i requisiti del *controllo analogo* e della *prevalenza dell'attività*⁷;
- la presenza, anche minoritaria, di un'impresa privata nel capitale della società pubblica esclude il requisito del c.d. *controllo analogo*⁸;
- la illegittimità dell'affidamento diretto qualora la società a capitale interamente pubblico, affidataria diretta del servizio, intenda aprire, in futuro, il proprio capitale all'azionariato privato⁹.

Ma la Corte non si pronuncia sulla questione se esista o meno totale libertà in capo all'ente locale sulla forma di affidamento da scegliere, che appare,

⁷ In tal senso cfr. Tar Puglia, Bari, Sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318.

⁸ Cfr. Sentenza *Coname*, 21 luglio 2005, C-231/03 e Sentenza *Stadt Halle* 11 gennaio 2005, C-26/03.

⁹ Sentenza *Parking Brixen* 13 ottobre 2005, C-458/03 nonché Avvocato Generale C. *Stix-Hackl* 12 gennaio 2006, C-340/04.

come anticipato, la questione fondamentale ad oggi per garantire il rispetto dei principi concorrenziali. Il giudice europeo si è limitato a trattare del caso concreto senza alcuna particolare considerazione della disciplina normativa sostanziale.

L'unico punto meritevole di essere evidenziato ed al quale è possibile trarre alcune considerazioni di principio è la precisazione, sancita fin dalla Sentenza Teckal, del carattere "eccezionale" e "derogatorio", rispetto alle regole generali del diritto comunitario primario e derivato, dell'affidamento *in house providing*. Come può tale "eccezione" alle regole generali, che impone di "*interpretare restrittivamente*" i requisiti del controllo analogo e della prevalenza dell'attività, combinarsi con un dato normativo nazionale che considera "*normale*" il ricorso all'affidamento diretto?

La volontà della Corte sembra, a parere di chi scrive, circoscrivere l'applicazione di questo istituto all'ipotesi in cui si rinvenga la situazione di "delegazione interorganica", per quanto gli sia consentito da un attuale quadro normativo carente di disciplina generali sui servizi pubblici ma forte dell'art. 86 del Trattato che limita l'applicazione di qualsiasi deroga.

Non solo.

L'aver ribadito¹⁰ anche l'onere, in capo all'ente locale, di dimostrare che intende avvalersene, l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga alle regole generali, impone di motivare (*rectius*: giustificare) adeguatamente l'opzione gestionale ad affidamento diretto, dagli evidenti contorni monopolistici e a danno della competizione nel mercato.

¹⁰ Sentenza *Stadt Halle* 11 gennaio 2005, C-26/03 (p. 46) e Sentenza *Parking Brixen* 13 ottobre 2005, C-458/03 (p. 63).

Da ultimo, l'eccezionalità dell'affidamento diretto del servizio pare passare per una doverosa valutazione della realtà del mercato di riferimento: e riprendendo quanto anticipato, la valutazione del legislatore nazionale in materia di gestione dei rifiuti non è potuta prescindere da una necessaria considerazione sul mercato, nazionale e comunitario, dei rifiuti.

Il legislatore italiano nelle nuove norme in materia di ambiente ha ritenuto che sul mercato dei rifiuti ci sia una consolidata competizione e concorrenza tale da garantire margini di redditività interessanti per gli operatori del mercato, che rivendicano, giustamente, l'interesse economico a partecipare alle gare indette dagli operatori istituzionali.

Questi soggetti possono essere adeguatamente tutelati nei propri interessi, nelle maglie dell'altalenante giurisprudenza nazionale e dei contrasti dottrinali, solo attraverso una appropriazione delle competenze dello Stato in materia di "*tutela della concorrenza*" ex art. 117, comma 2, lett. e) della Costituzione. A dimostrazione che si tratta essenzialmente di una scelta politica, che istituisca, come unica alternativa percorribile, quella della procedura ad evidenza pubblica¹¹.

Roberta Agnoletto

22 maggio 2006

¹¹ Cfr. ampiamente sul punto A. Vigneri, *Questioni di attualità nelle modalità di gestione dei servizi pubblici locali*, in www.astridonline.it - Astrid Rassegna, n. 20 del 2005.