Diritto all'ambiente®
www.dirittoambiente.com
Testata giornalistica on line

GLI AFFIDAMENTI *IN HOUSE* E LA NOZIONE DI "CONTROLLO ANALOGO"

Prime osservazioni a margine della Sentenza della Corte di Giustizia Europea, Sez. I, 13 ottobre 2005 n. C-458/03

A cura della Dott.ssa Roberta Agnoletto

La sentenza in commento rappresenta un indirizzo giurisprudenziale molto atteso per tutti gli operatori del diritto impegnati nel dipanare la intricata matassa della gestione e delle procedure di affidamento dei servizi pubblici locali, sospesi tra esigenze di tutela della concorrenza nel mercato comunitario interno e doverosa gestione efficace ed efficiente della cosa pubblica.

Dopo le conclusioni dell'Avv. Generale Julienne Kokott del 1° marzo 2005 e dopo quanto statuito nella sentenza della Corte di Giustizia CE, Sez. I, n. C-26/03 del 11 gennaio 2005 (Causa Stadt Hall), la sentenza in epigrafe aggiunge qualche ulteriore elemento di chiarificazione nella regolamentazione dei c.d. affidamenti *in house providing*. Ma va fin da subito precisato che nel mentre non sono mancate pronunce della giurisprudenza italiana che rinunciando a rimettere la questione alla giustizia comunitaria hanno contribuito al dibattito sul tema[1].

Procedendo con ordine al fine di assicurare, giunti a questo punto tanto delicato e controverso della questione, una chiara ricostruzione della vicenda, la sentenza origina dalla domanda di pronuncia pregiudiziale afferente l'interpretazione della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione

[1] TAR Friuli Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634: Sull'organo competente a deliberare sulla gestione di un servizio pubblico locale e sulle condizioni alle quali un Comune può gestire il servizio pubblico in house attraverso una società a capitale interamente pubblico e suddiviso tra più enti locali. Da evidenziale lo strumento dell'"assemblea consortile" alla quale riferire la nozione di controllo analogo; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 30 marzo 2005, n. 2784: E' legittimo l'affidamento diretto del servizio di gestione dei parcheggi ad una società a capitale interamente pubblico (*in house providing*) quando sussistono i presupposti indicati dalla Corte di Giustizia e recepiti dalla normativa nazionale. Da ultimo: TAR Bari, ordinanza di rinvio pregiudiziale, n. 885/2004 che solleva un dubbio fondamentale: l'amministrazione ha piena discrezionalità nel scegliere una delle tre forme di gestione di cui al 113, comma 5, o deve motivare la scelta soprattutto nel caso di affidamento diretto?.

© Copyright riservato www.dirittoambiente.com - Riproduzione vietata
La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18-08-2000 n°248

degli appalti pubblici di servizi, e degli artt. 43, 49 e 86 del Trattato CE nonché dei principi di non discriminazione, di trasparenza e di parità di trattamento.

La domanda pregiudiziale venne presentata nell'ambito di una controversia che vedeva contrapporsi la Società Parking Brixen, da un lato, e il Comune di Bressanone e l'ASM Bressanone S.p.A., dall'altro.

In particolare il Comune di Bressanone, in applicazione dell'art. 22 della l. n. 142/90, era ricorso, al fine di gestire alcuni servizi pubblici locali di sua competenza, alla propria azienda speciale dotata di personalità giuridica e di autonomia imprenditoriale che era legittimata, ai sensi dello Statuto, a svolgere anche attività di gestione di parcheggi. Successivamente, in applicazione dell'art. 115 del nuovo TUEL (d.lgs 267/2000) il Comune aveva provveduto a trasformare, con delibera 25 ottobre 2001 n. 97, l'azienda speciale in una società per azioni denominata ASM Bressanone S.p.A., la quale è subentrata in tutti i rapporti attivi e passivi dell'*ex* azienda speciale.

Degno di nota è anche il rilievo che ai sensi del nuovo Statuto della costituita società per azioni "la quota di partecipazione al capitale sociale di appartenenza del Comune di Bressanone non potrà mai essere inferiore alla maggioranza assoluta delle azioni ordinarie", garantendo in questo modo all'ente locale il controllo societario di maggioranza.

Ed è proprio a riguardo che il giudice del rinvio ha sollevato alcune perplessità.

Mentre infatti l'azienda speciale era subordinata al controllo diretto e all'influenza del Consiglio comunale, la nuova società è controllata dal Comune solo a mezzo di esercizio di semplici poteri di maggioranza, riconosciuti al socio in forza delle regole comuni di diritto societario. In sostanza, anticipando quanto verrà chiarito e approfondito oltre, la questione fondamentale è il dubbio sollevato dal giudice nazionale che gli strumenti di diritto societario siano sufficienti a garantire un controllo adeguato, da parte dell'ente titolare del servizio, sul gestore del servizio di proprietà interamente pubblica.

Non solo.

© Copyright riservato www.dirittoambiente.com - Riproduzione vietata
La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18-08-2000 n°248

A questo, già di per se, fondamentale rilievo va aggiunto che l'ambito di operatività della nuova società per azioni a maggioranza pubblica è stato notevolmente ampliato rispetto all'azienda speciale, dal momento che ora può compiere attività nel contesto locale, nazionale ed, altresì, internazionale, mentre di regola l'attività delle aziende speciali è sempre stata, in linea generale, circoscritta all'ambito territoriale del Comune che l'aveva costituita.

Invero, non va sottaciuto che proprio in riferimento alle aziende speciali, in dottrina e in giurisprudenza, con posizioni a volte e negli anni contrastanti, fu particolarmente acceso il dibattito sulla possibilità che alle stesse fosse consentito l'esercizio della c.d. attività *extra moenia*, vale a dire la gestione di un servizio pubblico per un ente diverso da quello di appartenenza e, conseguentemente, al di fuori del territorio dell'ente di riferimento. Sul punto la giurisprudenza maggioritaria ha avuto modo di precisare che l'assunzione dei servizi su altri territori è legittima solo qualora sussita comunque un *collegamento funzionale (o integrazione funzionale)* fra l'attività che l'azienda svolge nel comune di origine e quella che essa sarà chiamata a svolgere nel territorio dell'altro comune[2].

Ritornando, per concludere il fatto, alla vicenda processuale l'ASM Bressanone S.p.A. oltre a subentrare nei rapporti prima facenti capo all'azienda speciale, si è vista affidare in gestione nuove aree adibite a parcheggio per un determinato periodo di tempo,

[2] Rinviando ad altra sete l'approfondimento di questa importante, ancora oggi, questione si segnalano preziosi contributi sul punto: N. Aicardi, *L'attività extraterritoriale delle aziende speciali nel nuovo ordinamento delle autonomie locali,* in Reg. e Gov. Locale, 1992, 121; E. Scotti, nota a sentenze: C. Stato, Sez. V, 3 agosto 1995, n. 1159; Tar Lombardia, Brescia, 28 dicembre 1995, n. 1396; Tar Piemonte, Sez. II, 29 giugno 1995, n. 373, (la quale, in dissonanza rispetto alle altre, ribadendo la natura di ente pubblico economico dell'azienda speciale, ammette la possibilità che la stessa partecipi alla licitazione privata per l'affidamento della gestione del servizio pubblico di un comune, diverso da quello di appartenenza, alla condizione che questa sua ulteriore attività soddisfi anche gli interessi della popolazione di questo. Pare quindi che anche la partecipazione ad una gara sia subordinata all'esistenza dell'*integrazione funzionale)*; Tar Lombardia, Brescia, 16 giugno 1995, n. 652. In *Foro it.*, 1996, III, 156. In senso contrario cfr Tar Veneto, 11 agosto 1997, n. 1304, il quale dichiarando apertamente la sua dissonanza rispetto alla giurisprudenza maggioritaria insiste, con pregevoli argomentazioni, a consentire l'attività extraterritoriale alle aziende speciali, e ritiene il modulo convenzionale non rispettoso delle regole concorrenziali; ancora: Tar Lombardia, Sez. Brescia, 24 dicembre 1996, n. 1422; e si aggiunga sul punto Autorità garante della concorrenza 20 febbraio 1997, Bollettino, 1997, fasc. 44.

© Copyright riservato www.dirittoambiente.com - Riproduzione vietata
La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18-08-2000 n°248

traendo per se dalla gestione le tasse di parcheggio e, contemporaneamente, versando al Comune una indennità annuale. Da questa operazione gestionale lamenta una lesione la Parking Brixen S.p.A. la quale aveva già in essere, a far data dal 1992, un rapporto con il Comune di Bressanone proprio per la costruzione e la gestione di un parcheggio, anche se in area diversa da quella affidata alla nuova S.p.A. del Comune. E per questo per la Parking Brixen il Comune, nell'affidare la gestione di nuove aree di parcheggio, avrebbe dovuto espletare una procedura aperta a tutto il potenziale mercato, bandendo una gara pubblica e applicando quindi la normativa in materia di appalti pubblici.

Nelle proprie difese il Comune ha contestato l'obbligo di espletamento di una gara pubblica facendo valere di controllare per intero l'ASM Bressanone S.p.A. cosicché non ci sarebbe stata attribuzione di appalto a terzi.

In sostanza, le questioni pregiudiziali rimesse alla Corte di Giustizia europea sono state due:

- se, nel caso di specie (vale a dire: gestione di parcheggi pubblici a pagamento), ci si trovi di fronte ad un appalto di pubblico servizio ai sensi della direttiva 92/50/CE ovvero ad una concessione di pubblico servizio;
- se, nel caso si trattasse di una concessione, sia compatibile con il diritto comunitario (principi di libera prestazione dei servizi e della libera concorrenza, del divieto di discriminazione, l'obbligo di parità di trattamento e di trasparenza), quella norma italiana (nella specie regionale) che affida ad una società interamente pubblica (ex municipalizzata), ma il cui Consiglio disponga di ampi poteri di ordinaria amministrazione, la gestione di un parcheggio senza espletare una gara.

LA QUALIFICAZIONE DEL SERVIZIO: SI TRATTA DI CONCESSIONE O DI APPALTO DI SERVIZI?

La questione non è di poco conto[3].

[3] Sull'istituto della concessione quale modulo di gestione dei servizi pubblici cfr. A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio,* in AA.VV., La concessione di un pubblico servizio, Milano, 1995, 11.

© Copyright riservato www.dirittoambiente.com - Riproduzione vietata
La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18-08-2000 n°248

Di fatto la soluzione del questione consente di chiarire se sia applicabile o meno, al caso di specie, la direttiva 92/50/CE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di servizi.

La Corte, in linea con le conclusioni dell'Avv. J. Kokott del 1° marzo 2005, ha osservato che a differenza del pubblico appalto di servizi, la concessione di servizi è caratterizzata dal fatto che la controprestazione che il gestore del servizio in questione ottiene dall'amministrazione aggiudicatrice consiste nel diritto di sfruttare, al fine della sua remunerazione, la propria prestazione. E ancora, nel caso di concessione di servizi la società sopporta i rischi collegati alla prestazione del servizio ed ottiene la sua controprestazione, almeno in parte, dagli utenti del servizio, attraverso la riscossione di un prezzo[4]. Esiste pertanto un rapporto giuridico trilaterale tra affidante, affidatario ed utente del servizio.

In ipotesi di appalto di servizi, viceversa, esiste un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi.

Nel caso in discussione, invero, la remunerazione del prestatore di servizi proviene non già dall'autorità pubblica interessata, bensì dagli importi versati dai terzi per l'utilizzazione del parcheggio di cui si tratta. Pertanto, in una situazione come quella della causa principale, non si è di fronte ad un appalto pubblico di servizi, ma ad una concessione di pubblici servizi.

E la Corte non omette di rilevare che una tale interpretazione è confermata ad oggi dalla nuova Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativamente al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi (anche se, si badi bene, non applicabile all'epoca dei fatti). Infatti, ai sensi dell'art. 1, n. 4, di questa direttiva, per la prima volta viene definita la "concessione di servizi" come un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che *il corrispettivo della fornitura di*

[4] Cfr anche Comunicazione 29 febbraio 1999 della Commissione, concernente l'interpretazione delle concessioni nel diritto comunitario (GU 2000, C 121, pag. 2), in particolare sezione 2.2. In giurisprudenza vedi Ordinanza 30 maggio 2002, causa C-358/00, Buchhändler-Vereinigung (Racc. pag. I-4685, pp. 29 e 30); Sent. 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Teleaustria e Telefonadress.

© Copyright riservato www.dirittoambiente.com - Riproduzione vietata
La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18-08-2000 n°248

servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tal diritto accompagnato da un prezzo".

Da ciò la Corte conclude che trattandosi di una concessione di pubblici servizi siamo fuori dal campo di applicazione della direttiva servizi 92/50[5].

LA COMPATIBILITA' CON IL DIRITTO COMUNITARIO DELL'ATTRIBUZIONE DELLA CONCESSIONE ALLA *EX* AZIENDA SPECIALE

Con la sentenza n. C-458/03 del 13 ottobre 2005, la Corte europea di giustizia ha affermato che è illegittimo l'affidamento diretto di una concessione di servizi ad una società per azioni locale, risultante dalla trasformazione di un azienda speciale, senza procedere all'esperimento di una gara a evidenza pubblica, anche nell'ipotesi in cui il capitare sia interamente detenuto dall'ente titolare del servizio.

La Corte ha pertanto affermato che gli Stati membri non devono mantenere in vigore una normativa che consenta l'attribuzione di concessioni di pubblici servizi senza gara, poiché essa viola gli artt. 43 CE o 49 CE o i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza.

Se questa è la regola generale la Corte ritaglia una eccezione e motiva la sua scelta avendo riguardo alle altre particolari caratteristiche ascrivibili a questa società in mano pubblica.

Tale eccezione, rispetto agli indicati principi generali, si verifica quando un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, eserciti sul soggetto con il quale ha stipulato un contratto a titolo oneroso, un ***controllo analogo*** a quello esercitato sui propri servizi e quest'ultimo realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali detentori. La Corte, quindi, riprende l'attuale formulazione dell'art. 113, comma 5, lett. c) del TUEL (d.lgs. 267/90), senza di fatto contestarne *tout cours* la legittimità, ma continua a fornire chiarimenti fondamentali sulle caratteristiche di tale controllo. E in particolare, è chiaro l'assunto che *il controllo di tipo puramente*

[5] Sul punto, pacifico peraltro in giurisprudenza, vedi Ordinanza 30 maggio 2002, causa C-358/00, Buchhändler-Vereinigung.

© Copyright riservato www.dirittoambiente.com - Riproduzione vietata
La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18-08-2000 n°248

societario non sufficiente ad integrare la nozione di "controllo analogo", in quanto incapace di governare appieno l'attività gestione cioè, aziendalisticamente parlando, tutte le attività poste in essere per raggiungere il risultato societario.

Con riferimento al caso di specie, e quindi, lo si ribadisce, con riguardo alla struttura conferita alla nuova S.p.A., la Corte ha, però, dichiarato che gli artt. 43 CE e 49 CE nonché i principi sopra menzionati devono essere interpretati nel senso che ostano a che un'autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di pubblica gara, una concessione di pubblici servizi a una società per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale della stessa autorità pubblica.

Va a questo punto chiarito che la Corte si è, nella fattispecie, trovata di fronte ad una struttura societaria connotata di alcune particolari caratteristiche, che l'hanno indotta a escludere che sulla stessa il Comune, pur titolare dell'intero capitale, possa esercitare un "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi". Di fatto la Corte ha rilevato la presenza di cinque elementi:

1- la natura di questo tipo di società;
2- l'estensione dell'oggetto sociale a nuovi importanti settori;
3- l'ampliamento dell'ambito territoriale, a tutto il paese e all'estero;
4- gli amplissimi poteri di gestione di cui è stato dotato il Consiglio di amministrazione, esercitabili autonomamente;
5- l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali.

Conclude la Corte, punto 70, che qualora "un ente concessionario fruisce di un margine di autonomia caratterizzato da elementi come quelli messi in rilievo […] è escluso che l'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi". E questi sono elementi sufficienti per escludere che l'attribuzione di un concessione ad un tale ente "non può essere considerata un'operazione interna a quell'autorità" e per esimere il collegio dall'indagare sulla sussistenza dell'altro requisito vale a dire l'autorizzazione della parte più importante dell'attività con l'autorità pubblica concedente.

© Copyright riservato www.dirittoambiente.com - Riproduzione vietata
La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18-08-2000 n°248

Ma l'organo giudicante, richiamando quanto già statuito nella sentenza Stadt Halle et RPL Lochau[6], punto 48, ribadisce che 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 intesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entità esterne.

Concludendo, nel settore delle concessioni di pubblici servizi, anche se non sia applica la direttiva 92/50 (che, sostanzialmente, come tutte le altre direttive in materia di appalti, cioè forniture e lavori, sono norme dettate per la tutela della concorrenza e quindi per favorire la creazione di un mercato interno) vanno comunque ossequiate quelle regole comunitarie enunciate negli artt. 12 CE, 43 CE E 49 CE nonché i principi generali (parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza) solo qualora ricorrano le condizioni di "controllo analogo" e la "prevalenza dell'attività".

Un ultima considerazione. E' difficile in questo quadro capire perché, in generale, la gestione dei servizi pubblici abbia offerto alle amministrazioni la possibilità di operare per il tramite di società per azioni se poi, nei fatti, la struttura gestionale descritta dal 113, comma 5, lett. c) si traduca in una appendice operativa dell'ente stesso, cioè si sostanzia, operativamente, come una azienda speciale, nella veste acquisita con la 142/90, alla quale era precluso operare imprenditorialmente, cioè operare per il raggiungimento di un interesso proprio di carattere puramente economico[7].

Roberta Agnoletto

[6] Corte di giustizia europea, Sez. I, 11 gennaio 2005, n. C-26/03 (**c.d. Stadt Hall**):sulla impossibilità di *affidamento diretto* di un servizio ad una società partecipata dall'amministrazione aggiudicatrice se a questa partecipino, anche se in via minoritaria, imprese private (trattasi quindi, in questo caso, di una società mista pubblica privata).

[7] SCOTTI, nota alle sentenza Cons. Stato, 3 agosto 1995, n. 1159; TAR Lombardia, Sez. Brescia, 28 dicembre 1995, n. 1396; TAR Piemonte, Sez. II, 29 giugno 1995, n. 373; TAR Lombardia, Sez. Brescia, 16 giugno 1995, n. 652. In dottrina: GOTTI, *Rilievi in tema di attività extraterritoriale delle aziende municipalizzate,* in Dir. Regione, 1994, p. 338; Id, *Questioni varie in tema di affidamento dei servizi pubblici locali: situazione tutelabili e requisiti soggettivi nella partecipazione alle gare,* in Rass. Giur. Energia elettrica, 1993, p. 236; MIELE, *I poteri degli enti autarchici fuori dal loro territorio,* in Arch, studi corp., 1931, 303.

© Copyright riservato www.dirittoambiente.com - Riproduzione vietata
La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18-08-2000 n°248