

Dossier**Ulteriori sviluppi sull'*in house providing***

(Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sentenza 21 luglio 2005 nella causa C-231/03; prima sezione, sentenza 13 ottobre 2005 nella causa C-458/03)

Nel numero 4 del 2004 della *Rassegna Avvocatura dello Stato* un brillante articolo di Iole Moricca offriva ai lettori un documentato resoconto dello stato degli atti sull'*in house providing*. In particolare veniva segnalata la tendenza della Commissione e della Corte di Giustizia ad interpretare in senso rigorosamente restrittivo i requisiti, ai quali la sentenza *Teckal* (in causa C-108/1998) subordina la legittimità di affidamenti diretti (senza gara) di appalti di fornitura servizi e lavori a persona sulla quale l'ente locale «*eserciti... un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi*» e che «*realizzi la parte più importante delle proprie attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano*».

Nel dossier venivano, in particolare, messe in evidenza le posizioni, più aperte agli affidamenti diretti, portate avanti in sede giudiziaria dalla Repubblica Italiana e le indicazioni, sostanzialmente favorevoli a tale indirizzo, assunte dall'Avvocato Generale Juliane Kokott nella causa C-458/03, relativa alla concessione di parcheggi di Bressanone alla società *Parking Brixen GmbH*, nata dalla trasformazione di una precedente azienda comunale.

È noto al riguardo che la normativa nazionale, dopo un lungo contenzioso con la Commissione UE, ha trasfuso letteralmente le indicazioni della sentenza *Teckal* nel comma 5 lettera c) dell'art 113 del Testo Unico sugli Enti Locali (decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267, così come modificato da ultimo dal decreto legge 30 settembre 2003, n. 269 e relativa legge di conversione) che disciplina la gestione delle reti e dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Ai sensi di tale disposizione «*L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea... b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedura di 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 di capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti 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 delle proprie attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano*».

A esprimere la vocazione italiana al rispetto delle regole comunitarie, la legislazione nazionale ha mantenuto anche nel nuovo assetto normativo la disposizione del comma 6 dell'articolo 113, per il quale «*Non sono ammesse a partecipare alle gare di cui al comma 5 le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi; tale divieto si estende alle società controllate o collegate con quest'ultime. Sono parimenti esclusi i soggetti di cui al comma 4*». Questo limite specifico

di legittimazione a contrattare, infatti, non si ritrova nella sentenza *Teckal*, ma appare funzionale ad un indirizzo generale, portato avanti dagli organi dell'Unione Europea, di favorire un processo di privatizzazione dei Servizi economici d'interesse generale (SIEG), nell'area di applicazione del diritto comunitario.

Recenti pronunce della Corte di Giustizia e la trattazione orale di questioni pregiudiziali, sollevate dai Tribunali Amministrativi Regionali della Puglia e della Lombardia, proprio sul comma 5 dell'art. 113 del TUEL sembrano tuttavia rimettere in discussione tutto il sistema di gestione diretta dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che il legislatore nazionale aveva fondato sull'applicazione pedissequa della sentenza *Teckal*.

Un primo segnale nasce dalla sentenza *Coname* resa dalla Corte di Giustizia il 21 luglio 2005 nella causa C-231/03. La questione pregiudiziale riguardava l'affidamento diretto da parte del piccolo comune di Cingia de' Botti della distribuzione del gas ad una società consortile, la Padania Acque S.p.A. nella quale lo stesso comune deteneva una partecipazione dello 0,97%. La particolarità del caso era nel fatto che tutte le altre partecipazioni erano possedute da comuni limitrofi, sicché la partecipazione limitata al capitale sociale e l'affidamento diretto alla società in tal modo partecipata, costituivano l'unico strumento attraverso il quale un piccolo comune potesse avere (e partecipare a) un bacino d'utenza idoneo a sorreggere la gestione *in house* di un servizio d'interesse economico generale, che non si intendeva affidare ad imprenditori privati.

La Corte di Giustizia, dopo aver qualificato l'atto di affidamento – sia pure presuntivamente e salvo verifica da parte del giudice nazionale – come concessione di pubblico servizio, ha ritenuto che «*Gli articoli 43 CE e 49 CE ostano, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, all'affidamento diretto da parte di un comune di una concessione relativa alla gestione di un servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico, capitale nel quale il detto comune detiene una partecipazione dello 0,97%, qualora tale affidamento non risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente implicare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano in particolare, tali da consentire ad un'impresa con sede nel territorio di uno stato membro diverso da quello del detto comune di avere accesso alle informazioni adeguate riguardo alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse a ottenere la detta concessione*».

La particolare cautela della Corte nel delineare l'obbligo del Comune di dar corso ad una gara è correlato al fatto che, nel caso di specie, era la prima volta che si affrontava in sede giustiziale il tema delle procedure, esperibili in sede di affidamento di una concessione di pubblici servizi, necessarie per rispettare direttamente le regole del trattato CE (principi di parità di trattamento e di non discriminazione), restando pacifico che non trovano diretta applicazione alle concessioni di pubblico servizio le direttive comunitarie in tema di appalti di lavori, di forniture e di servizi e, ovviamente, la pubblicazione preventiva del bando di gara sulla *Gazzetta Ufficiale* della Comunità Europea.

Per contro nessun dubbio si solleva sul fatto che i meccanismi di esenzione (*melius:eccezione*) previsti dalla sentenza *Teckal* non trovano applicazione allorché la società affidataria «*costituisce una società aperta, almeno in parte, al capitale privato. Il che impedisce di considerarla una struttura di gestione interna di un servizio pubblico nell'ambito dei comuni che ne fanno parte*».

La successiva affermazione della sentenza, che non fosse stata portata a conoscenza della Corte che «*nessun'altra circostanza obiettiva in grado di giustificare un eventuale differenza di trattamento*», inserisce peraltro la decisione del 21 luglio 2005 nel solco di quanto già precedentemente statuito nella sentenza *Stadt Halle* (in causa C-26/03). Secondo tale decisione, infatti, «*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 92/50, come modificata dalla direttiva 97/52, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure degli appalti pubblici previsti dalla citata direttiva devono sempre essere applicate*». Conclusione quest'ultima, della sentenza *Stadt Halle*, che appariva effettivamente fondata sulla circostanza che l'affidamento *in house* finiva nel caso di specie per offrire un ingiustificato aumento di valore alla partecipazione privata nella società affidataria del servizio, anche se la pronuncia della Corte finisce per mettere in discussione la concreta operatività, nel settore dei pubblici servizi, delle ricorrenti formule di *partenariato pubblico – privato*, soprattutto in relazione ad affidamenti successivi di attività o a proroghe degli originari affidamenti.

La vera novità nella giurisprudenza della Corte si coglie invece nella sentenza *Parking Brixen GmbH* in causa C-458/03 depositata il 13 ottobre 2005, nella quale sono state sostanzialmente disattese le conclusioni all'epoca assunte dall'Avvocato Generale Kokott.

La tesi della Corte è che «*Gli articoli 43 CE e 49 CE nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano a che un'autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di pubblica gara, una concessione di pubblici servizi ad una società per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale della detta autorità pubblica, società il cui oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale deve essere a breve termine obbligatoriamente aperto ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attività è stato ampliato a tutto il paese e all'estero e il cui consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente*».

Acquisita sicurezza sull'applicabilità diretta delle disposizioni del trattato alle concessioni di pubblico servizio e sul fatto che tale applicazione comporti la necessità di una pubblica gara nell'affidamento del servizio, la Corte fonda l'inapplicabilità dei criteri *Teckal* alla società per azioni, nata dalla trasformazione di un'azienda speciale e integralmente partecipata dall'ente concedente, su cinque ordini di considerazioni: a) la trasformazione dell'azienda speciale in società per azioni e la natura di questo tipo di società; b) l'ampliamento dell'oggetto sociale a nuovi ed importanti settori; c) la pre-

visione che, sia pure attraverso procedure di evidenza pubblica, la società concessionaria si sarebbe aperta all'ingresso di capitali privati; d) l'espansione territoriale potenziale dell'attività societaria in Italia e all'estero; e) i considerevoli poteri di gestione conferiti al consiglio di amministrazione e la mancanza di un controllo gestionale da parte dell'ente affidante. In pratica secondo la Corte di Giustizia la ASM Bressanone avrebbe definitivamente acquisito «una vocazione commerciale che rende precario il controllo del Comune».

La situazione descritta nella sentenza consente altresì alla Corte di Giustizia di non andare a verificare «se l'ente concessionario realizzi la parte essenziale delle sue attività con l'autorità pubblica concedente», restando così stabilito che, quand'anche si fosse superato l'esame del primo requisito Teckal (il controllo analogo a quello svolto su un proprio servizio), doveva considerarsi impregiudicata e non risolta la questione della ricorrenza o meno del secondo requisito (i limiti funzionali e territoriali dell'attività espletata).

Risulta chiaro che siffatta valutazione negativa della Corte di Giustizia sulla ricorrenza di un legittimo appalto *in house* colpisce alle fondamenta le caratteristiche tipiche delle società per azioni, così come disciplinate nell'ordinamento nazionale, che non conosce né pratica in generale, rispetto a tali soggetti economici, limitazioni di legittimazione negoziale, note ad altri ordinamenti (ad esempio, il principio di *common law* del *nec ultra vires*). Le caratteristiche della società creata dal Comune di Bressanone sono infatti quelle tipiche delle società di capitali, nelle quali già la sola partecipazione di controllo rende spesso gli amministratori e le strutture della società controllata un mero strumento nelle mani del controllante, ancor più duttile (anche se meno trasparente) di quanto possa risultare una sovraordinazione gerarchica rispetto un ufficio interno di una pubblica amministrazione. La società di capitali ed in particolare la società per azioni è fatta in un certo modo ed è difficile connotarla diversamente, almeno allorché si va da un notaio per redigerne l'atto costitutivo.

L'applicazione dei requisiti fissati dalla sentenza Teckal, affinché un ente locale possa procedere ad un ragionevole affidamento *in house* secondo il diritto comunitario, diviene in questo modo una sorta di corsa ad ostacoli, nei quali il giudice nazionale, soprattutto i Tribunali Amministrativi Regionali, e la stessa Corte di Giustizia finiscono per creare di volta in volta barriere non facilmente superabili. Non va al riguardo dimenticato che ragioni di trasparenza nella gestione dei servizi pubblici avevano imposto, proprio in forza del diritto comunitario, la trasformazione delle aziende autonome statali e delle municipalizzate in soggetti dotati di autonoma personalità giuridica e, per ovvie ragioni di correttezza nella gestione, in società per azioni.

Di questo difficile stato dell'arte dell'*in house providing* danno contezza due discussioni orali, tenute rispettivamente il 27 ottobre e il 10 novembre 2005 innanzi alla prima sezione della Corte di Giustizia a Lussemburgo, nelle quali è intervenuta ovviamente anche la Repubblica Italiana con la difesa erariale. Il resoconto di quanto in esse avvenuto e degli argomenti trattati può costituire un utile abbozzo per il disegno che si va componendo nella materia.

Nella prima causa pregiudiziale il TAR della Puglia, nell'ambito di una causa promossa contro l'affidamento *in house*, da parte del Comune di Bari, del servizio di trasporto pubblico urbano a società, interamente partecipata dal Comune stesso, ha posto un dubbio di conformità al diritto comunitario, ed in particolare con gli articoli 46, 49 e 86 del Trattato CE, proprio del nuovo comma 5 dell'art 113 del TUEL «*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.*».

Il carattere generale del quesito e la rilevanza degli interessi in gioco nel settore dei servizi pubblici hanno consentito una discussione sui principi fondanti della stessa Unione Europea.

In particolare sono state portate all'attenzione della Corte di Giustizia alcune affermazioni svolte dalla stessa Commissione nel libro bianco sui servizi d'interesse generale edito il 12 maggio 2004 e specificatamente:

a pagina 7: «*La Commissione rispetta il ruolo fondamentale degli Stati membri e delle autorità regionali e locali nel settore dei servizi d'interesse generale. Tale ruolo trova riscontro nelle politiche comunitarie riguardanti i servizi d'interesse generale che prevedono vari livelli di intervento e l'impiego di diversi strumenti in linea con il principio di sussidiarietà*»;

a pagina 8: «*Tuttavia in talune situazioni la realizzazione dell'obiettivo della politica pubblica nazionale potrebbe necessitare di un coordinamento con altri obiettivi della Comunità. Al livello di trattato tali situazioni sono disciplinate dall'articolo 86, paragrafo 2, che stabilisce che i servizi di interesse economico generale non sono soggetti all'applicazione delle norme del trattato nella misura in cui ciò risulti necessario per consentire loro di adempiere il loro compito d'interesse generale. Ciò significa che in base al trattato CE e in presenza delle condizioni di cui all'art. 86, paragrafo 2, l'effettiva prestazione di un compito d'interesse generale prevale, in caso di controversia sull'applicazione delle norme del trattato. Pertanto, la normativa tutela i compiti, piuttosto che le loro modalità di esecuzione...*»;

a pagina 11: «*In tale contesto va osservato che la proposta di direttiva relativa ai servizi nel mercato interno si concentra soltanto sui servizi che corrispondono ad un'attività economica. Essa non riguarda i servizi non economici di interesse generale bensì solamente i servizi di interesse economico generale. Inoltre nella proposta in questione alcune attività che potrebbero essere considerate dagli stati membri come servizi d'interesse economico generale sono escluse dal campo di applicazione della proposta (ad es. i trasporti) o sono soggette a deroghe riguardo il paese d'origine (per es. i servizi postali e di distribuzione dell'energia elettrica, del gas, dell'acqua). Un aspetto ancora più importante risiede nel fatto che la proposta non impone agli Stati membri di aprire i servizi d'interesse economico generale alla concorrenza e non interferisce sulle modalità di finanziamento e di organizzazione*»;

a pagina 12 «*Nel contempo è stato sottolineato che è essenziale che le politiche comunitarie rispettino e riflettano le diverse caratteristiche dei differenti servizi e le diverse realtà degli Stati membri:*

Ancora più chiaro sulla natura del conflitto in essere è il parere reso il 24 febbraio 2005 dal Comitato economico e sociale europeo in merito al citato libro bianco della Commissione sui servizi d'interesse economico generale. Se ne riportano alcuni stralci essenziali:

«1.4 ...Il Trattato riconosce il principio di libera amministrazione degli enti locali e fa della possibilità che questi ultimi forniscano essi stessi dei servizi d'interesse economico generale un principio costituzionale, il quale concretizza in tal modo il principio di sussidiarietà per quanto riguarda le competenze rispettive dell'Unione e degli Stati membri per i servizi d'interesse generale.

1.5 Nonostante ciò, nella sostanza il diritto derivato continua ad essere caratterizzato da uno squilibrio generale tra il diritto della concorrenza, corpo giuridico comunitario dettagliato e con effetti diretti, da un lato, e, dall'altro, gli obiettivi d'interesse generale che si configurano come eccezione a tale diritto.

1.6 L'Unione Europea continua a trovare difficoltà nel superare le contraddizioni tra l'impegno a costruire un mercato che ha come strumento la concorrenza e la necessità di assicurare un controllo pubblico di processi che non possono dipendere soltanto da meccanismi economici. I servizi d'interesse generale non sono tecniche o strumenti, dando essi espressione a diritti della persona, a legami sociali, all'inclusione e all'integrazione...»

Va detto per completezza che la Commissione Europea in relazione all'affidamento del servizio pubblico di trasporto nel Comune di Bari in forza dell'art 113 comma 5 lett. c del TUEL ha rassegnato conclusioni favorevoli alla legittimità comunitaria dello stesso.

Un carattere più tecnico, ma in certa misura più contrastato, ha assunto invece la discussione del secondo caso trattato dalla Corte di Giustizia all'udienza del 10 novembre scorso.

Si discuteva, su ordinanza del TAR per la Lombardia, della conformità al trattato CE dell'affidamento diretto del servizio di fornitura di energia e di manutenzione degli impianti termici da parte del Comune di Busto Arsizio a società per azioni integralmente partecipata da una Holding S.p.A. nella quale lo stesso Comune conservava una partecipazione pari al 99,98 % del capitale sociale, restando la rimanente partecipazione pari allo 0,2 % attribuita a comuni limitrofi. Controllo indiretto quindi e partecipazione azionaria formalmente non totalitaria, che potrebbero indurre la Corte di Giustizia a confermare anche nel caso di specie l'orientamento espresso in tema di affidamento a società di capitali da ultimo con la sentenza *Parking Brixen GmbH*, con un probabile approfondimento, nel caso di specie, anche del secondo requisito previsto dalla sentenza *Teckal* circa lo svolgimento della maggior parte dell'attività dell'affidatario *in house* con l'ente o gli enti che lo controllano. Contro tale prospettiva si sono svolte, tra le altre, le osservazioni della Repubblica tedesca e l'intervento in udienza del Regno Unito; la Commissione invece ha concluso per la declaratoria di contrasto dell'affidamento *in house* con la normativa comunitaria.

La difesa della Repubblica Italiana, integrando le osservazioni a suo tempo svolte, ha portato all'attenzione della Corte alcuni profili ed in particolare:

a) risulta dalla stessa ordinanza di rinvio del TAR Lombardia che il problema sollevato nel quesito pregiudiziale ha carattere generale: attiene

alla mancanza di un rapporto di subordinazione gerarchica, essendo la società affidataria del servizio «*una società di diritto privato, i cui organi e legali rappresentanti agiscono autonomamente con capacità di diritto privato*» ;

b) in siffatto contesto la sentenza *Teckal*, ove se ne chieda la trasposizione al caso di specie, diventa un *boomerang*, nel senso che ponendo regole per l'affidamento *in house* in relazione ad un'azienda comunale speciale, ovverosia a figura giuridica soggettiva distinta e non commisurabile alla società di capitali, diviene di per sé inapplicabile.

c) occorre tener conto del fatto che il diritto comunitario, laddove riconosce la possibilità di essere forgiato direttamente dalle pronunce della Corte di Giustizia, pone regole funzionali e mai formali.

d) il diritto comunitario per i servizi d'interesse economico generale conosce regole differenti rispetto alla tutela della concorrenza, fondate sul rispetto primario della missione affidata all'ente pubblico e sul sistema di autoproduzione dei servizi, del tutto paritetico e non residuale rispetto al ricorso al mercato.

e) la missione di un soggetto affidatario di un pubblico servizio deriva dall'atto costitutivo e tra gli organismi creati per finalità non d'interesse industriale e commerciale ben possono figurare società per azioni (il principio si ricava dall'art. 1 della direttiva unificata n. 18/2004 in materia di appalti pubblici, che riproduce precedenti disposizioni presenti in tutte le direttive sugli appalti)

f) le società per azioni affidatarie di missioni pubbliche devono necessariamente aprire la loro partecipazione a soggetti diversi dall'ente che le aveva create, per evitare la responsabilità illimitata del socio unico e quindi una posizione peggiore rispetto ai privati che gestiscono i servizi pubblici, spesso forieri di rischi e obbligazioni, giovandosi in tal modo della limitazione della responsabilità connessa all'uso dello strumento societario.

g) l'ordinamento comunitario conosce ed applica regole per evitare che la gestione diretta da parte dei soggetti pubblici d'interesse generali crei distorsioni nel mercato attraverso: regole di separazione e trasparenza nella gestione; obbligo di considerare l'affidatario diretto di un servizio *in house* a sua volta *organismo di diritto pubblico* allorché richiede prestazioni e servizi all'esterno della sua organizzazione; attenzione da parte delle autorità preposte alla tutela della concorrenza sul come questo soggetto affidatario di servizi *in house* si comporta concretamente nel mercato.

Le conclusioni dell'Avvocato generale su entrambe le cause sono attese per il nuovo anno. Nel frattempo la Commissione ha notificato alla Repubblica Italiana un ricorso per inadempimento (Causa C- 371/05) nel quale viene mossa contestazione di violazione della direttiva 92/50/CEE del Consiglio per aver affidato il Comune di Mantova, in via diretta e senza la previa pubblicazione del bando di gara sulla *Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea*, la manutenzione e lo sviluppo dei propri servizi informatici alla società A.S.I. S.p.A., società a prevalente capitale pubblico partecipata in via maggioritaria dal Comune stesso.

Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sentenza 21 luglio 2005 nella causa C-231/03 – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia con ordinanza 14 febbraio 2003, pervenuta in cancelleria il 28 maggio 2003 – Consorzio Aziende Metano (Coname) c/ Comune di Cingia de' Botti, con l'intervento di Padania Acque S.p.A. – Pres. V. Skouris – Rel. C.W.A. Timmermans – Avv. Gen. C. Stix-Hackl. Governo italiano (ag. I.M. Braguglia, avv. dello Stato G. Fiengo), dei Paesi Bassi (ag. D.J.M. de Grave), austriaco (ag. M. Fruhmann), finlandese (ag. A. Guimaraes – Purokoski) e Commissione delle Comunità europee. (Artt. 43 CE, 49 CE e 81 CE).

«1. – La domanda di pronuncia pregiudiziale in esame concerne l'interpretazione degli artt. 43 CE, 49 CE e 81 CE.

2. – Tale domanda è stata proposta nel contesto di una controversia che vede il Consorzio Aziende Metano (in prosieguo: il «Coname») contrapposto al Comune di Cingia de' Botti in merito all'attribuzione da parte di quest'ultimo alla Padania Acque S.p.A. (in prosieguo; la «Padania») del servizio per la gliene della distribuzione e la manutenzione degli impianti di gas metano.

CONTESTO NORMATIVO

3. – In forza dell'art. 22, n. 3, della legge 8 giugno 1990, n. 142, recante ordinamento delle autonomie locali (*Supplemento ordinario* alla *GURI* del 12 giugno 1990, n. 135; in prosieguo: la «legge n. 142/1990»), un servizio come quello riguardante la gestione, la distribuzione e la manutenzione degli impianti di distribuzione di gas metano può essere garantito dall'ente pubblico stesso, oppure mediante concessione a terzi, o facendo ricorso ad imprese terze o anche, ai sensi del detto art. 22, n. 3, lett. e), «a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati».

CAUSA PRINCIPALE E QUESTIONE PREGIUDIZIALE

4. – Il Coname aveva concluso con il Comune di Cingia de' Botti, per il periodo 1° gennaio 1999 – 31 dicembre 2000, un contratto per l'affidamento del servizio di manutenzione, conduzione e sorveglianza della rete di gas metano.

5. – Con lettera del 30 dicembre 1999 il detto Comune ha informato il Coname che, con delibera 21 dicembre 2000, il Consiglio comunale aveva affidato alla Padania il servizio avente ad oggetto la gestione, la distribuzione e la manutenzione dell'Impianto di distribuzione del gas metano per il periodo 1° gennaio 2000 – 31 dicembre 2005. Quest'ultima società è a prevalente capitale pubblico, detenuto dalla Provincia di Cremona nonché da quasi tutti i comuni di tale provincia. Il Comune di Cingia de' Botti detiene una partecipazione dallo 0,97% nel capitale della detta società.

6. – Il servizio controverso nella causa principale è stato attribuito alla Padania con affidamento diretto, in applicazione dell'art. 22, n. 3, lett. e), della legge n. 142/1990.

7. – Il Coname, che chiede al giudice del rinvio, in particolare, l'annullamento della delibera 21 dicembre 1999, fa valere che l'attribuzione del detto servizio avrebbe dovuto essere effettuata mediante gara d'appalto.

8. – Considerando che la soluzione della controversia della quale è investito richiede l'interpretazione di talune disposizioni del Trattato CE, il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «Se gli artt. 43 [CE] 49 [CE] e 81 [CE], laddove vietano rispettivamente le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato ed alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità nei confronti dei cittadini degli Stati membri, nonché le pratiche commerciali e societarie idonee ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nell'ambito dell'Unione Europea, ostino a che sia previsto l'affidamento diretto e, cioè, senza l'indizione di una gara, della gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas a società a partecipazione pubblica comunale, ogni volta che detta partecipazione al capitale sociale sia tale da non consentire alcun possibile controllo diretto sulla gestione stessa e se debba conseguentemente affermarsi che, come ricorre nel caso di specie, ove la partecipazione è pari allo 0,97%, non si configurino gli estremi della gestione *in house*».

QUESTIONE PREGIUDIZIALE

9. – Occorre osservare preliminarmente che la causa principale sembra riguardare, come risulta dalla risposta fornita dal giudice del rinvio ad una richiesta di chiarimenti formulata dalla Corte ai sensi dell'art. 104, n. 5, del suo regolamento di procedura, un servizio qualificato come concessione, che non rientra nell'ambito di applicazione né della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (*Gazzetta Ufficiale* L 209, pag. 1), né della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti eroganti di acque e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (*Gazzetta Ufficiale* L 199, pag. 84) (v., in questo senso, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/1998, Teleaustria e Telefonadress, *Racc.* pag. I-10745, punto 56, e ordinanza 30 maggio 2002, causa C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, *Racc.* pag. I-4685, punto 28).

10. – La presente sentenza si basa dunque sul presupposto che la controversia nella causa principale concerna l'attribuzione di una concessione, presupposto che spetta al giudice del rinvio verificare.

11. – Ciò precisato, con la questione proposta il giudice del rinvio chiede un'interpretazione degli artt. 43 CE, 49 CE e 81 CE.

12. – Occorre ricordare che l'art. 81 CE, che si applica, secondo la sua formulazione letterale, agli accordi «tra imprese» non si riferisce in linea di principio, ai contratti di concessione conclusi da un comune, nella sua veste pubblica, con un concessionario incaricato dell'esecuzione di un pubblico servizio (v., in questo senso, sentenza 4 maggio 1988, causa 30/1987, Bodson, *Racc.* pag. 2479, punto 18).

13. – Pertanto, come giustamente osservano il governo finlandese e la Commissione, la detta disposizione non è applicabile alla controversia di cui alla causa principale, come descritta nell'ordinanza di rinvio.

14. – Non occorre pertanto risolvere la questione sotto questo profilo.

SUGLI ARTT. 43 CE E 49 CE

15. – Con la questione proposta, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli artt. 43 CE e 49 CE ostino all'affidamento diretto cioè senza l'indizione di una gara, da parte di un comune, di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico, capitale nel quale il detto comune detiene una partecipazione dello 0,97%.

16. – Occorre ricordare che l'attribuzione di simile concessione non è disciplinata da nessuna delle direttive con cui il legislatore comunitario ha disciplinato il settore degli appalti pubblici. In mancanza di una disciplina del genere, è alla luce del diritto primario e, più in particolare, delle libertà fondamentali previste dal Trattato che devono essere esaminate le conseguenze di diritto comunitario relative all'affidamento di tali concessioni.

17. – Al riguardo, occorre osservare che, nella misura in cui la detta concessione può interessare anche un'impresa con sede in uno Stato membro diverso da quello del Comune di Cingia de' Botti, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale concessione ad un'impresa con sede in quest'ultimo Stato membro costituisce una differenza di trattamento a danno dell'impresa avente sede nell'altro Stato membro (v., in questo senso, sentenza Telaustria e Telefonadress, citata, punto 61).

18. – Infatti, in mancanza di qualsiasi trasparenza, quest'ultima impresa non ha alcuna reale possibilità di manifestare il suo interesse ad ottenere la detta concessione.

19. – Orbene a meno che non sia giustificata da circostanze obiettive, siffatta differenza di trattamento, che, escludendo tutte le imprese aventi sede in un altro Stato membro, opera principalmente a danno di queste ultime, costituisce una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE (v. in particolare, in questo senso, sentenze 10 marzo 1993, causa C-111/1991, Commissione/Lussemburgo, *Racc.* pag. I-817, punto 17; 8 giugno 1999, causa C-337/97, Meeusen, *Racc.* pag. I-3289, punto 27, nonché 26 ottobre 1999, causa C-294/1997, Eurowings Luftverkehr, *Racc.* pag. I-7447, punto 33 e giurisprudenza ivi citata).

20. – Per quanto riguarda la controversia nella causa principale, non risulta dal fascicolo che, a causa di circostanze particolari, come un valore economico molto limitato, si possa ragionevolmente sostenere che un'impresa con sede in uno Stato membro diverso da

quello cui appartiene il Comune di Cingia de' Botti non avrebbe interesse alla concessione controversa e che gli effetti sulle libertà fondamentali di cui trattasi dovrebbero quindi essere considerati troppo aleatori e troppo indiretti perché si possa concludere nel senso di un'eventuale violazione di queste ultime (v, in questo senso, sentenze 7 marzo 1990, causa C-69/1988, Krantz, *Racc.* pag. I-583 punto 11; 21 settembre 1999, causa C-44/1998, BASF, *Racc.* pag. I-6269, punto 16, nonché ordinanza 12 settembre 2002, causa C-431/01, Mertens, *Racc.* pag. I-7073, punto 34).

21. – In tale contesto, spetta al giudice del rinvio verificare se l'affidamento della concessione da parte del Comune di Cingia de' Botti alla Padania risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente comportare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un'impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello della Repubblica Italiana di aver accesso alle informazioni adeguate relative alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse ad ottenere la detta concessione.

22. – Se ciò non avviene, è necessario concludere per l'esistenza di una differenza di trattamento a danno di tale impresa.

23. – Per quanto riguarda le circostanze obiettive che possono giustificare tale differenza di trattamento, va osservato che il fatto che il Comune di Cingia de' Botti detenga una partecipazione dello 0,97% nel capitale della Padania non costituisce di per sé una di tali circostanze obiettive.

24. – Infatti, anche supponendo che la necessità per un comune di esercitare un controllo su un concessionario che gestisce un servizio pubblico possa costituire una circostanza obiettiva tale da giustificare un'eventuale differenza di trattamento, va rilevato che, come osserva lo stesso giudice del rinvio, una partecipazione dello 0,97% è talmente esigua da non consentire tale controllo.

25. – All'udienza il governo italiano ha fatto valere, in sostanza, che, a differenza di alcune grandi città italiane la maggior parte dei comuni non ha i mezzi per garantire mediante strutture interne servizi pubblici come quello della distribuzione del gas sul suo territorio e si vede pertanto costretto a fare ricorso a strutture, come quella della Padania, nel capitale delle quali più comuni detengono partecipazioni.

26. – Al riguardo occorre constatare che una struttura come quella della Padania non può essere equiparata ad una struttura mediante la quale un comune o una città gestisce, a livello interno, un servizio pubblico. Infatti, come risulta dal fascicolo, la Padania costituisce una società aperta, almeno in parte, al capitale privato, il che impedisce di considerarla come una struttura di gestione «interna» di un servizio pubblico nell'ambito dei comuni che ne fanno parte.

27. – Non è stata portata a conoscenza della Corte nessun'altra circostanza obiettiva in grado di giustificare un'eventuale differenza di trattamento.

28. – In tale contesto, occorre risolvere la questione proposta nel senso che gli artt. 43 CE e 49 CE ostano, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, all'affidamento diretto da parte di un comune di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico, capitale nel quale il detto comune detiene una partecipazione dello 0,97%, qualora tale affidamento non risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente comportare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un'impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello del detto comune di avere accesso alle informazioni adeguate riguardo alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse a ottenere la detta concessione.

SULLE SPESE

29. – Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute per presentare osservazioni alla Corte, diverse da quelle delle parti, non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

Gli artt. 43 CE e 49 CE ostano, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, all'affidamento diretto da parte di un comune di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico, capitale nel quale il detto comune detiene una partecipazione dello 0,97%, qualora tale affidamento non risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente implicare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un'impresa con sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello del detto comune di avere accesso alle informazioni adeguate riguardo alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse a ottenere la detta concessione».

Corte di Giustizia delle Comunità europee, Prima Sezione, sentenza 13 ottobre 2005 nella causa C-458/03 – Domanda di pronuncia pregiudiziale del *Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen (Italia)*, con decisione del 23 luglio 2003, pervenuta in cancelleria il 30 ottobre 2003 – Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG – Pres. P. Jann – Avv. Gen. J. Kokott. Governi italiano (ag. I.M. Bragaglia, avv. dello Stato G. Fiengo), dei Paesi Bassi (ag. C. Wissels), austriaco (ag. M. Fruhmann), e Commissione delle Comunità europee.

«1. – La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (*Gazzetta Ufficiale* L 209, pag. 1), degli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, nonché dei principi di non discriminazione, di trasparenza e di parità di trattamento.

2. – Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, la società Parking Brixen GmbH (in prosieguo: la «Parking Brixen») e, dall'altro, la Gemeinde Brixen (in prosieguo: il «comune di Bressanone») e la società Stadtwerke Brixen AG (in prosieguo: la «ASM Bressanone Spa») in ordine all'aggiudicazione, a quest'ultima della gestione di due parcheggi situati sul territorio del detto comune.

CONTESTO NORMATIVO

Diritto comunitario

3. – L'art. 43 CE così dispone:

«Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro vengono vietate (...).

La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'art. 48, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali».

4. – L'art. 49, primo comma, CE prevede quanto segue:

«Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione».

5. – L'ottavo 'considerando' della direttiva 92/50 precisa quanto segue:

«(...) la prestazione di servizi è disciplinata dalla presente direttiva soltanto quando si fondi su contratti d'appalto; (...) la prestazione di servizi su altra base, quali leggi o regolamenti ovvero contratti di lavoro, esula dal campo d'applicazione della presente direttiva».

6. – L'art. 1 della detta direttiva così recita:

«Ai fini della presente direttiva s'intendono per:

a) «*appalti pubblici di servizi*», i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice (...)

b) «*amministrazioni aggiudicatrici*», lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico (...).

Normativa nazionale

7. – L'art. 22, n. 3, della legge 8 giugno 1990, n. 142, relativa all'ordinamento delle autonomie locali (*supplemento ordinario* alla *GURI* n. 135 del 12 giugno 1990; in prosieguo: la

«legge n. 142/1990»), stabilisce che i comuni e le province possono avvalersi, per lo svolgimento dei servizi pubblici locali attribuiti dalla legge alla loro competenza, delle seguenti forme di gestione:

a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda;

b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;

c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;

d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;

e) a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati».

8. – L'art. 44 della legge regionale 4 gennaio 1993, n. 1, nella versione iniziale, ha ampiamente ripreso l'art. 22 della legge n. 142/1990. L'art. 44 è stato poi modificato dalla legge regionale 23 ottobre 1998, n. 10.

9. – L'art. 44 della legge regionale n. 1, come modificata dalla legge regionale n. 10, dispone quanto segue:

«(...) 6. I Comuni disciplinano con regolamento le procedure e i criteri per la scelta delle forme organizzative di gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica ed imprenditoriale tra le seguenti:

a) costituzione di aziende speciali;

b) costituzione o partecipazione ad apposite società per azioni o a responsabilità limitata ad influenza dominante pubblica locale;

c) affidamento della gestione di servizi pubblici a terzi, prevedendo adeguate procedure concorrenziali per la loro individuazione. Salvo diverse disposizioni di legge, il rapporto non può avere durata superiore a venti anni e non può essere rinnovato con lo stesso soggetto se non nei modi di cui alla presente lettera. Le cooperative, le associazioni che rappresentano per legge gli invalidi ed i disabili, nonché le associazioni di volontariato e le imprese senza fini di lucro, a parità di condizioni, vengono privilegiate (...).

18. Alle società costituite ai sensi del comma 6 e alle società di cui al comma 17, gli enti locali soci possono affidare in qualunque momento lo svolgimento di ulteriori servizi pubblici compatibili con l'oggetto della società mediante deliberazione consiliare che approva contestualmente il relativo contratto di servizio».

10. – Le disposizioni dell'art. 44, nn. 6 e 18, della legge regionale n. 1, come modificata dalla legge regionale n. 10 sono riprese testualmente come art. 88, nn. 6 e 18, del Testo coordinato delle disposizioni sull'ordinamento dei comuni della Regione autonoma Trentino-Alto Adige.

11. – L'art. 115 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (*supplemento ordinario* alla GURI n. 227 del 28 settembre 2000; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 267/2000»), autorizza i comuni a trasformare le aziende speciali in società per azioni di cui possono restare azionisti unici per un periodo comunque non superiore a due anni dalla trasformazione.

CONTROVERSIA PRINCIPALE E QUESTIONI PREGIUDIZIALI

12. – In applicazione dell'art. 22 della legge n. 142/1990, il comune di Bressanone era ricorso per la gestione di alcuni servizi pubblici locali rientranti nella sua competenza, alla Stadtwerke Brixen (in prosieguo: la «Servizi Municipalizzati Bressanone»), azienda speciale di proprietà del comune.

13. – In virtù dell'art. 1 dello statuto, dal 1° gennaio 1999 la Servizi Municipalizzati Bressanone era dotata di personalità giuridica e di autonomia imprenditoriale, ed era un ente del comune preposto specialmente all'esercizio unitario e integrato dei servizi pubblici locali.

14. – Ai sensi dell'art. 2 dello statuto, la Servizi Municipalizzati Bressanone aveva per oggetto, tra gli altri: «la gestione di parcheggi ed autosilo compreso l'esercizio di tutte le attività connesse».

15. – In applicazione dell'art. 115 del decreto legislativo n. 267/2000, con la deliberazione comunale del 25 ottobre 2001, n. 97, il comune di Bressanone ha trasformato l'azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone in una società per azioni denominata «ASM Bressanone Spa».

16. – In virtù dell'art. 1, terzo comma, dello statuto di quest'ultima, «[t]utti i diritti e gli obblighi preesistenti in capo all'azienda speciale [Servizi Municipalizzati Bressanone] permangono anche dopo la trasformazione e la società [ASM Bressanone S.p.a.] subentra pertanto in tutti i rapporti attivi e passivi dell'Azienda [speciale] Servizi Municipalizzati Bressanone».

17. – Ai sensi dell'art. 4 dello statuto, la ASM Bressanone S.p.a. può gestire, tra le altre, le attività che seguono su base locale, nazionale ed internazionale: «g) la gestione di parcheggi ed autosilos e le attività connesse».

18. – L'art. 18 dello statuto della ASM Bressanone S.p.a. prevede che al Consiglio di amministrazione vengano delegati i seguenti poteri:

«1) Al Consiglio di Amministrazione spettano i più ampi poteri per l'ordinaria amministrazione della società, con facoltà di compiere tutti gli atti ritenuti opportuni o necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale.

2) Salvo preventiva autorizzazione da parte dell'assemblea, il Consiglio di Amministrazione non potrà rilasciare garanzie eccedenti il limite di 5 (cinque) milioni di euro, nonché firmare pagherò o accettare tratte oltre al detto limite.

3) Sono considerati atti di ordinaria amministrazione l'acquisto e la cessione di partecipazioni in altre società, l'acquisto, la cessione e l'affitto di aziende o rami di aziende nonché l'acquisto e la vendita di veicoli per un valore massimo per ciascun atto di 5 (cinque) milioni di euro.

4) Spetta alla competenza esclusiva del Consiglio di Amministrazione ogni deliberazione relativa alla determinazione e/o la modifica degli emolumenti per cariche speciali ai sensi dell'art. 2389, secondo comma, del Codice Civile».

19. – Ai sensi dell'art. 5, n. 2, dello statuto della ASM Bressanone S.p.a., «la quota di partecipazione al capitale sociale di appartenenza del comune di Bressanone non potrà mai essere inferiore alla maggioranza assoluta delle azioni ordinarie». Inoltre, il comune di Bressanone ha la facoltà di nominare la maggioranza dei componenti del Consiglio di amministrazione della società. Il Collegio Sindacale è composto da tre membri effettivi e due supplenti, di cui almeno due membri effettivi ed un membro supplente nominati dal comune.

20. – Secondo il giudice del rinvio, la trasformazione di un'azienda speciale in società per azioni comporta un manifesto incremento di autonomia a favore di quest'ultima. L'ambito di attività della ASM Bressanone S.p.a. è stato infatti considerevolmente ampliato rispetto a quello della Servizi Municipalizzati Bressanone, dal momento che può compiere attività in ambito locale nazionale e internazionale, mentre l'attività dell'azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone era limitata al territorio del comune di Bressanone. Inoltre, l'azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone era subordinata al controllo diretto e all'influenza del Consiglio comunale, mentre, nel caso della ASM Bressanone S.p.a., il controllo da parte del comune è limitato alla libertà di azione di cui gode, ai sensi del diritto societario, la maggioranza dei soci.

21. – Con deliberazione comunale 23 marzo 2000, n. 37, il Consiglio comunale di Bressanone ha affidato la costruzione e la gestione di una piscina pubblica alla Servizi Municipalizzati Bressanone. Al momento della trasformazione di questa in società per azioni, avvenuta il 25 ottobre 2001, la ASM Bressanone S.p.a. è subentrata in tutti i diritti e gli obblighi derivanti da quella deliberazione.

22. – Con deliberazione 18 novembre 2001, n. 118, il Consiglio comunale di Bressanone ha concesso alla ASM Bressanone S.p.a. un diritto di superficie sopra il suolo e sotto il suolo del terreno destinato alla piscina, in particolare sulla particella fondiaria 491/11, situata nel territorio del comune di Bressanone, per la realizzazione di garage sotterranei.

23. – Nell'attesa che tale progetto di parcheggio fosse realizzato, è stato previsto un parcheggio di superficie provvisorio. A tale scopo la particella fondiaria 491/11, fino ad allora utilizzata come campo di calcio, è stata rivestita temporaneamente in *macadam* per servire

come parcheggio da circa 200 posti auto. Secondo il giudice del rinvio, per la gestione della particella fondiaria 491/11 come parcheggio di superficie non è stata stipulata alcuna convenzione.

24. – Al fine di predisporre ulteriori posti auto, il limitrofo parcheggio di superficie situato sul terreno adiacente, cioè sulla particella 491/6, sita parimenti nel territorio del comune di Bressanone, con una capienza di circa 200 posti auto e direttamente gestito dal comune da oltre dieci anni, è stato affidato in gestione alla ASM Bressanone S.p.a. con deliberazione del Consiglio comunale di Bressanone 28 novembre 2002, n. 107. In tale deliberazione si precisa che «per l'attività degli stabilimenti balneari è già stato costruito da parte dell'Azienda Servizi Municipalizzati S.p.a. provvisoriamente un parcheggio vicino all'area comunale» e che si ritiene pertanto «necessario e opportuno di assegnare all'Azienda Servizi Municipalizzati S.p.a. anche provvisoriamente la gestione dell'area accanto, costituita dalla p.f. 491/6, (...) con una superficie di 5137 m², che al momento viene amministrata direttamente dal comune».

25. – Il 19 dicembre 2002, al fine dell'applicazione della deliberazione n. 107, il comune di Bressanone ha concluso una convenzione con la ASM Bressanone S.p.a., affidandole per un periodo di nove anni la gestione del parcheggio sulla particella 491/6.

26. – Come corrispettivo per la gestione del parcheggio, la ASM Bressanone S.p.a. riscuote le tasse di parcheggio. A sua volta però, versa al comune di Bressanone un'indennità annuale pari a EUR 151 700, che è indicizzata sulla base del prezzo del biglietto di parcheggio, cosicché un aumento di questo si traduce in un aumento dell'indennità versata al comune. Oltre alla gestione del parcheggio, la ASM Bressanone S.p.a. si assume il servizio di locazione gratuita di biciclette e accetta che il mercato settimanale continui a tenersi in quell'area. La ASM Bressanone S.p.a. ha altresì assunto il personale, precedentemente alle dipendenze del comune di Bressanone sull'area predetta. Infine, la manutenzione ordinaria e straordinaria dell'area spetta alla detta società, che se ne assume tutte le relative responsabilità.

27. – Sulla base di un contratto di concessione stipulato con il comune di Bressanone in data 19 giugno 1992, la Parking Brixen aveva assunto la costruzione e la gestione di un parcheggio, distinto da quelli su cui verte la causa principale, sempre situato nel territorio di quel comune. Dinanzi al *Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen* (Tribunale amministrativo, Sezione autonoma per la provincia di Bolzano), la Parking Brixen ha contestato l'attribuzione alla ASM Bressanone S.p.a. della gestione dei parcheggi ricavati sulle particelle 491/6 e 491/11. A suo dire, il comune di Bressanone avrebbe dovuto applicare la normativa in materia di pubblici appalti.

28. – Le convenute nella causa principale, cioè la ASM Bressanone S.p.a. e il comune di Bressanone, hanno contestato l'obbligo di espletamento di una pubblica gara. Il comune ha fatto valere a questo proposito di controllare per intero la ASM Bressanone S.p.a., cosicché non vi sarebbe stata attribuzione di un appalto a terzi.

29. – In tale contesto, il *Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen*, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se nel caso di attribuzione della gestione di parcheggi pubblici a pagamento, oggetto della materia controversa, si tratti di un appalto di pubblico servizio ai sensi della direttiva 92/50/CEE ovvero di una concessione di pubblico servizio, nei cui confronti si applicano le regole sulla concorrenza della Comunità europea, in particolare gli obblighi di parità di trattamento e trasparenza.

2) Se – qualora si dovesse effettivamente trattare di una concessione di pubblico servizio avente ad oggetto la gestione di un servizio pubblico locale – l'attribuzione della gestione di un pubblico parcheggio a pagamento, che può essere effettuata senza svolgimento di pubblica gara ai sensi dell'art. 44, n. 6, lett. b), della legge regionale 4 gennaio 1993, n. 1, modificata dall'art. 10 della legge regionale 23 gennaio 1998, n. 10, e ai sensi dell'art. 88, n. 6, lett. a) e b), del testo coordinato delle disposizioni sull'ordinamento dei comuni, sia compatibile con il diritto comunitario e, in particolare, con i principi della libera prestazione dei servizi e della libera concorrenza, del divieto di discriminazione e degli obblighi che ne conseguono di parità di trattamento e di trasparenza come pure del principio di proporzionalità, nel caso in cui si tratti di una società per azioni che, conformemente all'art. 115 del decreto

legislativo n. 267/2000, è stata costituita mediante la trasformazione di un'azienda speciale di un comune e il cui capitale azionario al momento dell'attribuzione era detenuto al 100% dal comune, ma il cui Consiglio di amministrazione dispone dei più ampi poteri di ordinaria amministrazione entro un valore di EUR 5000 000 per affare.

30. – Con ordinanza del presidente della Corte 25 maggio 2004, la domanda di intervento presentata dalla Energy Service S.r.l. è stata dichiarata irricevibile.

SULLA PRIMA QUESTIONE

31. – Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede se l'attribuzione della gestione dei parcheggi pubblici a pagamento su cui verte la causa principale costituisca un appalto pubblico di servizi, ai sensi della direttiva 92/50, o una concessione di pubblici servizi.

32. – Si deve precisare innanzitutto che non spetta alla Corte qualificare concretamente le operazioni controverse nella causa principale. Infatti, a tale scopo è competente il solo giudice nazionale. Il ruolo della Corte si limita a fornire al detto giudice un'interpretazione del diritto comunitario utile per la decisione da adottare nella controversia che gli è sottoposta.

33. – A tale scopo, la Corte può estrapolare dal fascicolo della causa principale gli elementi pertinenti per l'interpretazione del diritto comunitario.

34. – In tale contesto occorre rilevare che la causa principale riguarda l'attribuzione della gestione di due distinti parcheggi: da una parte, quello situato sulla particella 491/11 e, dall'altro, quello situato sulla particella 491/6.

35. – In relazione al parcheggio di superficie situato sulla particella 491/11, la decisione di rinvio indica solamente che non è stata conclusa alcuna convenzione per il suo sfruttamento. In particolare, la decisione non contiene informazioni relative alle condizioni di remunerazione del gestore di quel parcheggio.

36. – Pertanto, la Corte può solo constatare di non disporre di elementi di informazione sufficienti per procedere a un'interpretazione utile del diritto comunitario in risposta a questa parte della questione.

37. – Per quanto riguarda il parcheggio situato sulla particella 491/6, dalla decisione di rinvio, come rilevato ai punti 24-26 della presente sentenza, risulta che esso era gestito direttamente dal comune di Bressanone da più di dieci anni allorché la gestione è stata affidata, per un periodo di nove anni, alla ASM Bressanone S.p.a. grazie ad una convenzione stipulata da questa e dal detto comune il 19 dicembre 2002. Come corrispettivo per la gestione del parcheggio, la ASM Bressanone S.p.a. riscuote dagli utenti una tassa di parcheggio; essa versa poi al comune di Bressanone un'indennità annuale. Inoltre, la ASM Bressanone S.p.a. acconsente a che il mercato settimanale continui a svolgersi nella zona in questione, assicura il servizio di locazione gratuita di biciclette e si assume l'onere della manutenzione della zona.

38. – Alla luce di questi elementi, si deve intendere che il giudice del rinvio, con la prima questione, chiede in sostanza se l'attribuzione, da parte di un'autorità pubblica ad un prestatore di servizi, della gestione di un parcheggio pubblico a pagamento, per la quale il prestatore riceve come corrispettivo le somme versate dai terzi per l'utilizzo del parcheggio, costituisca un appalto pubblico di servizi, ai sensi della direttiva 92/50, ovvero una concessione di pubblici servizi a cui tale direttiva non è applicabile.

39. – Come risulta dal suo ottavo 'considerando', la direttiva 92/50 si applica agli «appalti pubblici di servizi», i quali sono definiti all'art. 1, lett. a), della stessa come «contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice». Da tale definizione discende che un appalto pubblico di servizi ai sensi di quella direttiva comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi.

40. – Nella situazione descritta dalla prima questione, invece, la remunerazione del prestatore di servizi proviene non già dall'autorità pubblica interessata bensì dagli importi versati dai terzi per l'utilizzo del parcheggio di cui si tratta. Tale forma di remunerazione implica che il prestatore assume il rischio della gestione dei servizi in questione, delineando in tal modo una concessione di pubblici servizi. Conseguentemente, 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.

41. – A questo proposito, è opportuno rilevare che tale interpretazione è confermata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa

al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (*Gazzetta Ufficiale* L 134, pag. 114), benché essa non fosse applicabile all'epoca dei fatti nella causa principale. Infatti, ai sensi dell'art. 1, n. 4, di questa direttiva, la «“concessione di servizi” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

42. – È pacifico che le concessioni di pubblici servizi sono escluse dall'ambito di applicazione della direttiva 92/50 (v. ordinanza 30 maggio 2002, causa C-358/00, *Buchhändler-Vereinigung*, *Racc.* pag. 1-4685, punto 28).

43. – Si deve pertanto risolvere la prima questione dichiarando che l'attribuzione, da parte di un'autorità pubblica ad un prestatore di servizi, della gestione di un parcheggio pubblico a pagamento, per la quale il prestatore riceve come corrispettivo le somme versate dai terzi per l'utilizzo del parcheggio, costituisce una concessione di pubblici servizi a cui la direttiva 92/50 non è applicabile.

SULLA SECONDA QUESTIONE

44. – Con la seconda questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'attribuzione di una concessione di pubblici servizi senza svolgimento di pubblica gara sia compatibile con il diritto comunitario qualora l'impresa concessionaria sia una società costituita mediante la trasformazione di un'azienda speciale di un'autorità pubblica e il cui capitale sociale al momento dell'attribuzione sia interamente detenuto dall'autorità pubblica concedente, il cui Consiglio di amministrazione disponga però dei più ampi poteri di ordinaria amministrazione e possa concludere autonomamente, senza l'accordo dell'assemblea dei soci, taluni negozi entro un valore di cinque milioni di euro.

45. – La questione riguarda, da un lato, la condotta dell'autorità concedente in relazione all'attribuzione di una concessione specifica e, dall'altro, la normativa nazionale che permette l'attribuzione di tale concessione senza bando di gara.

46. – Nonostante il fatto che i contratti di concessione di pubblici servizi, allo stadio attuale del diritto comunitario sono esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 92/50, gli enti aggiudicatori che li stipulano sono comunque tenuti a rispettare le norme fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare (v., in questo senso, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/1998, *Telaustria* e *Telefonadress*, *Racc.* pag. I-10745, punto 60, e 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Coname*, *Racc.*, pag. I-0000, punto 16).

47. – Il divieto di discriminazione in base alla nazionalità è sancito dall'art. 12 CE. Le norme del Trattato più specificamente applicabili alle concessioni di pubblici servizi comprendono in particolare l'art. 43 CE, il cui primo comma enuncia che le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate, e l'art. 49 CE, che dispone, al primo comma, che le restrizioni alla prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione.

48. – Secondo la giurisprudenza della Corte, gli artt. 43 CE e 49 CE sono specifica espressione del principio della parità di trattamento (v. sentenza 5 dicembre 1989, causa C-3/1988 *Commissione/Italia*, *Racc.* pag. 4035, punto 8). Il divieto di discriminazione in base alla nazionalità è parimenti un'espressione specifica del principio generale di parità di trattamento (v. sentenza 8 ottobre 1980, causa 810/1979, *Überschär*, *Racc.* pag. 2747, punto 16). Nella sua giurisprudenza relativa alle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici la Corte ha precisato che il principio della parità di trattamento degli offerenti ha lo scopo di consentire che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte, a prescindere dalla loro nazionalità (v., in questo senso, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/1994, *Commissione/Belgio*, *Racc.* pag. I-2043, punti 33 e 54). Ne risulta che il principio di parità di trattamento tra offerenti deve applicarsi alle concessioni di pubblici servizi anche quando non vi sia discriminazione sulla base della nazionalità.

49. – I principi di parità di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano, in particolare, un obbligo di trasparenza, che permette all'autorità pubblica concedente di assicurarsi che tali principi siano rispettati. L'obbligo di trasparenza

che incombe alla detta autorità consiste nella garanzia, a favore di ogni potenziale offerente, di un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (v. in questo senso, sentenza *Telaustria e Telefonadress*, *cit.*, punti 61 e 62).

50. – Spetta all'autorità pubblica concedente valutare, sotto il controllo delle giurisdizioni competenti, se le modalità di gara siano adeguate alle specificità della concessione di pubblici servizi di cui si tratta. Tuttavia, la totale mancanza di gara nel caso di un'attribuzione di concessione di pubblici servizi come quella controversa nella causa principale non è conforme a disposto degli artt. 43 CE e 49 CE, né ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza.

51. – Inoltre, l'art. 86, n. 1, CE, stabilisce che gli Stati membri non emanano né mantengono nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi alcuna misura contraria alle norme del Trattato, specialmente a quelle contemplate dagli artt. 12 CE e 81 CE-89 CE.

52. – Ne risulta che gli Stati membri non devono mantenere in vigore una normativa nazionale che consenta l'attribuzione di concessioni di pubblici servizi senza gara, giacché una simile attribuzione viola gli artt. 43 CE o 49 CE o i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza.

53. – Per sostenere che le disposizioni del Trattato e i principi generali menzionati ai punti 46-52 della presente sentenza non si applicano a una concessione di pubblici servizi attribuita in circostanze quali quelle della causa principale sono invocati due argomenti.

54. – Innanzitutto, la ASM Bressanone S.p.a. sostiene che gli artt. 43 CE-55 CE non sono applicabili a una situazione quale quella della causa principale perché si tratta di una situazione puramente interna ad un solo Stato membro, visto che la Parking Brixen, la ASM Bressanone S.p.a. e il comune di Bressanone hanno tutti sede in Italia.

55. – Quest'argomento non può essere accolto. Infatti, non si può escludere che, nella causa principale, imprese stabilite in Stati membri diversi dalla Repubblica italiana potessero essere interessate a fornire i servizi di cui si tratta (v., in questo senso, sentenza *Commissione/Belgio*, *cit.*, punto 33). Ora, in mancanza di pubblicità e di apertura alla concorrenza dell'attribuzione di una concessione di pubblici servizi quale quella di cui alla causa principale, si ha discriminazione, perlomeno potenzialmente, a danno delle imprese degli altri Stati membri che non possono fruire della libertà di fornire servizi e della libertà di stabilimento previste dal Trattato (v., in questo senso, sentenza *Coname*, *cit.*, punto 17).

56. – In secondo luogo, la Repubblica italiana, la ASM Bressanone S.p.a. e il comune di Bressanone fanno valere che l'applicazione delle regole del Trattato e dei principi generali del diritto comunitario a una situazione quale quella controversa nella causa principale è esclusa per il fatto che la ASM Bressanone S.p.a. non è un ente indipendente da quel comune. A sostegno di quest'argomento invocano la sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/1998, *Teckal* (*Racc.* pag. 1-8121, punti 49-51).

57. – A questo proposito, si deve ricordare che, nella citata sentenza *Teckal*, la Corte ha dichiarato che la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (*Gazzetta Ufficiale* L 199, pag. 1), è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti.

58. – In relazione all'esistenza di un tale contratto, la Corte ha precisato, al punto 50 della citata sentenza *Teckal*, che, conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36, in linea di principio basta che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da un soggetto giuridicamente distinto da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti su tale soggetto 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.

59. – La Corte ha confermato che le medesime considerazioni si applicano alla direttiva 92/50, relativa agli appalti pubblici di servizi, e alla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (*Gazzetta Ufficiale* L 199, pag. 54) (v., rispettivamente, sentenze 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*, *Racc.* pag. 1-1, punti 48, 49 e 52, e 13 gennaio 2005, causa C-84/03, *Commissione/Spagna*, *Racc.* pag. 1-139, punto 39).

60. – Queste considerazioni partono dalla premessa che l'applicazione delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37 dipende dall'esistenza di un contratto concluso tra due soggetti distinti (v. sentenza Teckal, punti 46 e 49). Ebbene, l'applicazione degli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, nonché dei principi di uguaglianza, non discriminazione e trasparenza che sono loro collegati, non dipende dall'esistenza di un contratto. Conseguentemente, le considerazioni sviluppate nella giurisprudenza citata ai punti 56-59 della presente sentenza non si applicano automaticamente a quelle disposizioni del Trattato né a quei principi.

61. – Ciò nondimeno, occorre constatare che le dette considerazioni possono essere trasposte alle disposizioni del Trattato e ai principi che si rapportano a concessioni di pubblici servizi escluse dall'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici. Infatti, nel settore degli appalti pubblici e delle concessioni di pubblici servizi, il principio di parità di trattamento e le sue specifiche manifestazioni del divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità e degli artt. 43 CE e 49 CE trovano applicazione nel caso in cui un'autorità pubblica affidi la prestazione di attività economiche ad un terzo. Al contrario 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 (v., in questo senso, sentenza Stadt Halle et RPL Lochau, *cit.*, punto 48).

62. – 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.

63. – Trattandosi di un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le due condizioni enunciate al punto precedente debbono formare oggetto di un'interpretazione restrittiva e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene (v. sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, *cit.*, punto 46).

64. – Occorre esaminare, innanzitutto, se l'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato di propri servizi.

65. – Tale valutazione deve tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest'esame deve risultare che l'ente concessionario in questione è soggetto ad un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti.

66. – Dalla decisione di rinvio si ricava che, in virtù dell'art. 1 dello statuto dell'azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone, questa costituiva un ente del comune preposto specificamente all'esercizio unitario e integrato dei servizi pubblici locali. Il Consiglio comunale determinava gli indirizzi generali, conferiva il capitale di dotazione, provvedeva alla copertura di eventuali costi sociali, controllava i risultati della gestione ed esercitava la vigilanza strategica, assicurando all'azienda la necessaria autonomia imprenditoriale.

67. – La ASM Bressanone S.p.a. ha invece acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo del comune. In questo senso militano:

a) la trasformazione della Servizi Municipalizzati Bressanone – azienda speciale del comune di Bressanone – in una società per azioni (ASM Bressanone S.p.a.) e la natura di questo tipo di società;

b) l'ampliamento dell'oggetto sociale, giacché la società ha cominciato ad operare in nuovi importanti settori, in particolare quelli del trasporto di persone e merci, dell'informatica e delle telecomunicazioni. Si deve rilevare che la società ha conservato la vasta gamma di attività precedentemente esercitate dall'azienda speciale, tra cui quella di adduzione dell'acqua e di depurazione delle acque reflue, di fornitura di calore ed energia, di smaltimento dei rifiuti e di costruzione di strade;

c) l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali;

d) l'espansione territoriale delle attività della società e tutta l'Italia e all'estero;

e) i considerevoli poteri conferiti al Consiglio di amministrazione, senza che in pratica venga esercitato alcun controllo gestionale da parte, del comune.

68. – Concretamente, per quanto riguarda i poteri conferiti al detto Consiglio di amministrazione, dalla decisione di rinvio risulta che lo statuto della ASM Bressanone S.p.a., in particolare l'art. 18, affidano a tale organo ampi poteri di gestione della società, poiché dispone della facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale. Inoltre, il potere, previsto al detto art. 18, di rilasciare garanzie fino al limite di EUR 5.000.000 o di realizzare altre operazioni senza il previo accordo dell'assemblea dei soci indica che tale società dispone di un'ampia autonomia nei confronti dei suoi azionisti.

69. – La decisione di rinvio indica altresì che il comune di Bressanone ha la facoltà di designare la maggioranza dei membri del Consiglio di amministrazione della ASM Bressanone S.p.a.. Tuttavia, il giudice del rinvio sottolinea che il controllo esercitato dal comune è in pratica limitato a quei provvedimenti consentiti ai sensi del diritto societario alla maggioranza dei soci, riducendo così sensibilmente il rapporto di dipendenza che esisteva tra il comune e l'azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone, soprattutto alla luce degli ampi poteri di cui dispone il Consiglio di amministrazione della ASM Bressanone S.p.a.

70. – Allorché un ente concessionario fruisce di un margine di autonomia caratterizzato da elementi come quelli messi in rilievo ai punti 67-69 della presente sentenza, è escluso che l'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

71. – Pertanto, senza che sia necessario verificare se l'ente concessionario realizzi la parte essenziale della sua attività con l'autorità pubblica concedente, l'attribuzione di una concessione di pubblici servizi da parte di un'autorità pubblica a un simile ente non può essere considerata un'operazione interna a quell'autorità, a cui le norme comunitarie sono inapplicabili.

72. – Ne consegue che la seconda questione proposta dev'essere risolta dichiarando quanto segue:

Gli artt. 43 CE e 49 CE nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza 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 detta autorità pubblica, società il cui oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale dev'essere a breve termine obbligatoriamente aperto ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attività è stato ampliato a tutto il paese e all'estero, e il cui Consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente.

SULLE SPESE

73. – Nei confronti delle parti della causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese (*omissis*).»

Pubblichiamo di seguito le osservazioni svolte dal Governo italiano nelle due cause discusse recentemente in Corte di Giustizia, in cui si dà sommario resoconto dei temi in discussione.

Avvocatura Generale dello Stato – Osservazioni del Governo della Repubblica italiana nella causa C- 410/04 – Questione pregiudiziale (cont. 942/05, avv. dello Stato G. Fiengo).

«In data 5 ottobre 2004 è stata notificata alla Repubblica italiana copia dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale proposta davanti alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, dal T.A.R. Puglia, nell'ambito di una causa promossa dall'ANAV contro l'affidamento *in house*, da parte del Comune di Bari, del servizio di trasporto pubblico urbano ad un'altra società, interamente partecipata dal Comune stesso.

Con la suindicata ordinanza, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, propone il 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 CE, l'art. 113, V comma, del decreto legislativo n. 267/2000, come modificato dall'art. 14 decreto legge n. 269/2003, 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*”.

Il Governo della Repubblica italiana osserva quanto segue:

APPLICABILITÀ AL CASO DI SPECIE DEI PRINCIPI SANCITI NELLA SENTENZA RĪSAN.

La Corte di Giustizia ha stabilito che gli affidamenti di pubblici servizi non ricadono nell'ambito precettivo del Trattato, sul presupposto che esso non trova applicazione in vicende che, come il caso di specie, sono circoscritte all'interno di un medesimo Stato membro.

L'Avvocato generale Siegbert Alber affermava nelle sue conclusioni che, trattandosi di una situazione puramente interna ad uno Stato membro, in definitiva non sono qui applicabili le norme sulla libertà di circolazione, cosicché non occorre nemmeno accertare se possa entrare in gioco la deroga prevista dall'art. 55 del Trattato. Né reputa necessario affrontare la questione, implicitamente sollevata dal giudice *a quo*, se dai principi generali del Trattato si ricavi un obbligo generale di ricorrere ad una pubblica gara; tuttavia ritiene che non sia individuabile un tale obbligo (punto 38 Conclusioni).

LIBERTÀ DI SCELTA IN CAPO ALLE AMMINISTRAZIONI SULLE MODALITÀ DI PRESTAZIONE DEI PUBBLICI SERVIZI.

L'art. 16 del Trattato dispone “*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 nel campo di applicazione del presente Trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base ai principi e condizioni che consentano loro di assolvere ai loro compiti*”.

In relazione ai servizi di interesse economico, pertanto, l'esigenza di garantire un servizio universale consente gli affidamenti diretti a condizione che si tenda alla realizzazione di uno scopo pubblico; in altri termini, si deve trattare di attività ascrivibili al novero dei «servizi di interesse generale», quali appunto nel caso di specie il servizio di trasporto locale.

È noto che il concetto di servizio di interesse generale deriva dalla dottrina francese; nel caso Corbeau del 1993, la Corte di Giustizia, chiamata a valutare la compatibilità dell'assetto normativo belga con l'art. 86 del Trattato, ha introdotto l'idea che il servizio postale abbia un *nocciolo duro* (la distribuzione della posta ordinaria), intorno al quale si vengono a costituire dei servizi *a valore aggiunto*, uno dei quali è appunto il servizio di posta celere. Il servizio corrispondente al nocciolo duro, chiamato dalla Corte di Giustizia *servizio universale*, deve essere erogato a tutti ad un prezzo ragionevole a prescindere dalla collocazione territoriale dell'utente. In tal senso viene giustificato il monopolio della *Regie des postes*, in vista della realizzazione di un interesse pubblico di rilevanza essenziale. Pertanto nell'ambito del servizio universale è legittima una ragionevole limitazione della concorrenza, trattandosi in definitiva della realizzazione di un interesse di carattere economico generale.

La nozione di servizio universale indicata dalla Corte di Giustizia penetra quindi nella normativa europea, che mira ad individuare un'area di servizio universale con riferimento ad ogni singola categoria di servizi.

Nella Comunicazione del 20 settembre 2000, è la stessa Commissione Europea a fornire per la prima volta chiarimenti sulla nozione di pubblico servizio nel diritto comunitario. Il termine viene riferito espressamente agli obblighi di servizio pubblico, intesi come quelle prestazioni che il regolatore pubblico può imporre ai soggetti che svolgono l'attività corrispondente a pubblico servizio. La comunicazione collega strettamente l'idea di missione del servizio di interesse generale ai bisogni espressi dai cittadini.

Per i criteri relativi all'organizzazione del servizio si applicano i principi di: *a*) neutralità (quanto alla natura pubblica o privata del prestatore dei servizi); *b*) di libertà di definizione (spetta agli Stati membri definire che cosa considerino servizi d'interesse economico generale); *c*) di sussidiarietà (lasciandosi agli Stati membri la libertà di definire i servizi di interesse generale); *d*) proporzionalità (tra limitazioni della libertà di concorrenza ed obiettivi di interesse pubblico che si intendono perseguire).

In riferimento alla clausola di sussidiarietà, questa deve intendersi nel senso che l'amministrazione è legittimata ad occupare spazi di mercato che altrimenti rimarrebbero aperti all'iniziativa privata solo se si dimostra che l'intervento che si attua nei moduli amministrativi sia più efficiente o efficace a realizzare gli obiettivi di interesse pubblico che ci si propongono. In questi casi non si può parlare di impresa, ma di amministrazione, e quindi si accede alle sfere della libertà di autorganizzazione e/o autoproduzione

In riferimento invece alla proporzionalità, tale principio (enunciato al punto 3.1.3 della comunicazione interpretativa della commissione) assume una valenza generale ed esige, conformemente alla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, che *“ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti. Uno Stato membro, infatti, nella scelta dei provvedimenti da adottare deve ricorrere a quelli che comportino le minori turbative per l'esercizio di una attività economica”*.

In definitiva, nell'ordinamento comunitario non è riscontrabile un principio generale in base al quale le amministrazioni debbano provvedere alla gestione dei servizi pubblici locali attraverso il necessario espletamento di una pubblica gara: al contrario viene riconosciuta la massima libertà sulle modalità di prestazione del servizio, fermo restando l'obbligo del rispetto dei principi sanciti dal Trattato nel caso in cui decidano di avvalersi dell'affidamento tramite gara. Infatti, già nella sentenza RISAN, si era escluso che dai principi generali del Trattato potesse ricavarsi un obbligo generale di ricorrere ad una pubblica gara.

Così anche la giurisprudenza del Supremo Organo Nazionale di Giustizia Amministrativa, il Consiglio di Stato, ha affermato che le norme di derivazione comunitaria *“non interferiscono sui poteri delle pubbliche amministrazioni di adottare soluzioni organizzative che siano le più rispondenti alle esigenze che esse stesse ritengano di dover soddisfare, conformemente alle leggi che le disciplinano”* (Consiglio di Stato, n. 5316/2003).

APPLICABILITÀ DEI PRINCIPI SANCITI DALLA CORTE DI GIUSTIZIA NELLA CAUSA C-108/1998 TECKAL E DA ULTIMO RIBADITI NELLA SENTENZA STADT HALLE NELLA CAUSA C-26/03

L'affidamento diretto della gestione del servizio pubblico di trasporti oggetto della presente questione, risulta perfettamente in linea con i principi sanciti dalla Corte in tema di affidamento *in house*: a) controllo analogo a quello svolto sui propri servizi; b) svolgimento dell'attività in prevalenza per l'ente territoriale di riferimento. Il Comune ha pertanto esercitato delle facoltà previste nell'ambito dell'ordinamento comunitario, il quale non pone alcuna limitazione all'affidamento diretto se non quella del rispetto dei principi sopra esposti.

Pertanto, l'*in house providing*, se contenuto entro i suddetti limiti, è insindacabile dal giudice nazionale, il quale andrebbe indebitamente a sostituirsi all'amministrazione pubblica nelle valutazioni di opportunità. Così, sulla scorta delle osservazioni che precedono, le determinazioni dell'amministrazione pubblica saranno censurabili esclusivamente sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità dei mezzi impiegati rispetto agli obiettivi prefissati.

Il fine ultimo dell'amministrazione è infatti la migliore realizzazione dell'interesse pubblico, in questo caso la gestione del pubblico servizio: così nell'ambito delle opzioni tutte egualmente possibili spetta alla stessa l'individuazione del mezzo più idoneo. Nel caso di specie, l'affidamento diretto non è qualificabile assolutamente come eccezione alla regola dell'espletamento della gara, visto che entrambi sono qualificabili come mezzi egualmente idonei in vista della migliore gestione del servizio pubblico.

È evidente tuttavia che, nell'ordinamento italiano come in tutti gli ordinamenti conformi al diritto europeo, la concreta scelta amministrativa, ancorché non limitata da specifici criteri (in relazione alla pluralità di circostanze che possono rendere opportuna l'assunzione diretta da parte dei pubblici poteri di un servizio d'interesse generale) resta assoggettata a procedure di ricorso per motivi di legittimità, soprattutto sotto il profilo della motivazione, della logicità e ragionevolezza.

Si propone pertanto di rispondere al quesito posto dal giudice *a quo* nei seguenti termini:

“È 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 CE, l'art. 113, V comma, del decreto legislativo n. 267/2000, come modificato dall'art. 14 decreto legge n. 269/2003, nella parte in cui non pone alcun limite alla libertà di ragionevole 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”.

Roma, li 23 gennaio 2005 – Avvocato dello Stato Giuseppe Fiengo».

Avvocatura Generale dello Stato – Osservazioni del Governo della Repubblica italiana, nella causa C- 340/04 – Questione pregiudiziale (cons. 51881/04, avv. dello Stato G. Fiengo).

«In data 5 ottobre 2004 è stata notificata alla Repubblica italiana copia dell'ordinanza n. 140/04 del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, emessa il 30 giugno 2004, con la quale si pongono le seguenti questioni pregiudiziali:

1) *se sia compatibile con la direttiva 93/36/CEE l'affidamento diretto dell'appalto per la fornitura di combustibili e calore per impianti termici di edifici di proprietà o competenza del Comune, e relativa gestione, conduzione, manutenzione (con prevalenza del valore della fornitura), ad una Società per azioni il cui capitale è, allo stato attuale, interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale è a sua volta socio di maggioranza (al 99,98%) il Comune appaltante, ovvero ad una società (AGESP) che non è partecipata direttamente dall'Ente Pubblico, ma da un'altra società (Agesp Holding) il cui capitale è attualmente posseduto al 99,98% dalla Pubblica Amministrazione;*

2) *se il requisito dello svolgimento, da parte dell'impresa alla quale è stata direttamente affidata la fornitura, della parte più importante dell'attività con l'Ente pubblico che la controlla, debba essere accertato facendo applicazione dell'art. 13 della direttiva 93/38/CEE, e possa ritenersi sussistente nel caso in cui la suddetta impresa realizzi la prevalenza dei proventi con l'Ente pubblico controllante o in alternativa, nel territorio dell'Ente stesso».*

L'ordinanza del T.A.R. per la Lombardia ha per oggetto specificatamente la cosiddetta gestione «*in house*» di servizi pubblici da parte di autorità nazionali, prevalentemente locali.

Il paradigma di questa modalità di gestione dei pubblici servizi si sostanzia nella scelta da parte della stazione appaltante di gestire *in proprio* un determinato servizio pubblico, del quale ha la titolarità, affidandolo direttamente ad una Società per Azioni di cui detiene la totalità (o la maggioranza) del capitale sociale e che, normalmente, ha creato a tali precisi fini. Pur potendo apparire come un affidamento ad un terzo, in quanto l'attribuzione del servizio avviene a favore di un soggetto avente formalmente natura giuridica di diritto privato, in realtà questa distinta persona giuridica non rappresenta altro che una *longa manus* della stessa amministrazione pubblica. L'utilità del ricorso a questa particolare modalità di gestione dei servizi pubblici è quella di consentire all'ente pubblico l'utilizzo di strumenti più duttili e flessibili alle esigenze del mercato, pur mantenendo sull'ente affidatario del servizio controlli analoghi a quelli che può esercitare sulle proprie articolazioni interne. L'individuazione e la disciplina di questa particolare modalità di gestione trova fondamento nello stesso diritto comunitario, (si veda al riguardo il *libro verde sui servizi di interesse generale COM(2003)270*, la relazione sullo stesso al Parlamento europeo di Philippe Herzog nonché la successiva conforme risoluzione del Parlamento europeo sul predetto libro verde – punto 35 – ove si parla in maniera espressa del «*diritto all'autoproduzione dei servizi*» da parte degli enti pubblici) ed è stata riconosciuta legittima della stessa Corte di giustizia del Lussemburgo (sentenza Teckal del 18 novembre 1999 in causa C -107/1998).

Il problema posto dal giudice nazionale riguarda le modalità attraverso cui l'ente pubblico esercita sul soggetto affidatario del servizio quel «*controllo gestionale e finanziario stringente*» che, secondo la giurisprudenza comunitaria, consente di assimilarne la struttura ad una propria, particolare, articolazione organizzativa.

In via preliminare si osserva che si tratta di un quesito che non sembra riguardare l'applicazione del Trattato e delle norme comunitarie, quanto piuttosto l'interpretazione del diritto interno al fine di verificare in concreto se si sia in presenza, nel caso dedotto in lite, di un controllo gestionale e finanziario stringente, ai fini dell'applicazione della deroga alla pubblica gara, consentita dalla normativa comunitaria e nazionale.

Già in occasione della causa C 458-03 il T.A.R. di Bolzano ha sollevato una questione analoga in presenza di un controllo finanziario e di gestione, che avveniva attraverso l'articolazione del capitale sociale, del soggetto beneficiario dell'affidamento *in house*, in più comuni di una stessa provincia, nessuno dei quali conseguentemente aveva la maggioranza assoluta della partecipazione. In quella occasione il Governo Italiano ha avuto modo di osservare che l'organizzazione *in house* dei pubblici servizi potesse avvenire legittimamente (secondo il diritto comunitario), allorché il *controllo stringente* fosse comunque nelle mani di un consorzio e/o associazione di enti parimenti pubblici: tale soluzione razionalmente si impone, infatti, allorché la dimensione ridotta di un singolo comune non consente la costitu-

zione di strutture amministrative e finanziarie idonee ad assumere il servizio per il singolo territorio comunale, ma sia necessaria invece la presa in considerazione, sul piano organizzativo e funzionale, di un bacino d'utenza più vasto.

Nel caso sottoposto oggi all'esame di codesta Ecc.ma Corte di Giustizia analoghe esigenze organizzative e funzionali (e, non ultime, di trasparenza nella gestione) impongono al Comune di Busto Arsizio di articolare in più società per azioni le strutture privatistiche affidatarie *in house* di singoli diversi pubblici servizi e di collegare ad un'unica *holding*, di pari proprietà pubblica, il controllo finanziario e gestionale, che l'ente esercita sui gestori di pubblico servizio.

Sembra evidente che si tratta comunque di semplici modalità organizzative nella gestione pubblica dei servizi d'interesse generale in relazione alle quali non hanno ragion d'essere i dubbi sollevati dal giudice nazionale in ordine alla conformità al diritto comunitario. La conferma indiretta della legittimità di siffatto modello organizzativo si ricava dalla stessa ordinanza n. 140/04 del T.A.R. per la Lombardia laddove il giudice rimettente, pur non soffermandosi in modo diffuso sul punto, implicitamente conferma l'intenzione della AGESP (società controllata dall'ente pubblico attraverso una *holding*) di procedere all'acquisto del gasolio con gara ad evidenza pubblica (Confronta pagina 3 dell'ordinanza ove si richiama la richiesta della ricorrente di annullamento del «*bando di gara per la fornitura di gasolio pubblicato il 23/1/2004 da AGESP S.p.A.*».)

La necessità per la AGESP S.p.A., società di diritto privato di procedere all'acquisto di gasolio attraverso gara pubblica, ancorché la sua dipendenza diretta si articoli solo attraverso il controllo di un'altra società (Agest Holding S.p.A) di diritto privato, fa comprendere come, unitariamente considerati il Comune di Busto Arsizio, la Agest Holding S.p.A e la Agesp S.p.A, affidataria del servizio «*in house*» siano unitariamente da considerare come un unico «*organismo di diritto pubblico*», sul quale grava l'onere di procedere ad appalti e forniture attraverso gare, ai sensi delle normative comunitarie e nazionali in materia.

Quanto al secondo quesito si osserva che la materia dei limiti territoriali cui viene ristretta la legittimazione delle società di diritto privato, affidatarie di servizi «*in house*», ad operare – ovviamente attraverso gare pubbliche – in realtà diverse da quelle per le quali sono state costituite è in rapida evoluzione. Lo stesso limite previsto dall'art. comma 1 lettera b) della direttiva 93/38/CEE non si ritrova più nella nuova direttiva 2004/17/CE che ha unificato la disciplina della materia

Nell'ordinamento italiano è stato mantenuto invece, anche a fronte di una recente riforma del settore degli appalti *in house* il comma 6 dell'articolo 113 TUEL sul divieto di partecipazione alle gare da parte «*delle società che in Italia ed all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi*», fatta salva la norma transitoria di cui al successivo comma 15 *quater* che sposta la data di entrata in vigore del divieto di cui al comma 6 al 1° gennaio 2007.

Si tratta tuttavia di una normativa nazionale che è stata dettata in funzione dell'accelerazione del processo di liberalizzazione dei pubblici servizi locali, ma che, in un assetto definitivo della materia, potrebbe anche venire meno, in quanto il comportamento di una società destinataria di appalti *in house* che partecipa a gare in aree diverse da quelle per le quali è stata costituita (ed è rimasta assegnataria senza gara di servizi) potrebbe ragionevolmente trovare eventuale sanzione sotto altri e diversi aspetti della disciplina della concorrenza.

Su piano strettamente interpretativo del diritto comunitario non sembra che sussistano ragioni per le quali lo svolgimento della parte più importante dell'attività a favore dell'ente pubblico che controlla una società affidataria di pubblici servizi *in house* debba avvenire secondo i parametri previsti dall'articolo 13 della direttiva 93/38/CEE.

Sulla base di tali premesse si suggerisce di rispondere al quesito nel senso:

1) è compatibile con la direttiva 93/36/CEE l'affidamento diretto dell'appalto per la fornitura di combustibili e calore per impianti termici di edifici di proprietà o competenza del Comune, e relativa gestione, conduzione, manutenzione (con prevalenza del valore della fornitura), ad una Società per azioni il cui capitale è, allo stato attuale, interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale è a sua volta socio di maggioranza (al 99,98%) il

Comune appaltante, ovvero ad una società (AGESP) che non è partecipata direttamente dall'Ente Pubblico, ma da un'altra società (Agesp Holding) il cui capitale è attualmente posseduto al 99,98% dalla Pubblica Amministrazione;

2) il requisito dello svolgimento, da parte dell'impresa alla quale è stata direttamente affidata la fornitura, della parte più importante dell'attività con l'Ente pubblico che la controlla, non deve essere necessariamente accertato facendo applicazione dell'art. 13 della direttiva 93/38/CEE e il controllo finanziario e gestionale da parte dell'ente pubblico, che giustifica l'affidamento senza gara di un servizio pubblico può sussistere, ricorrendo determinati presupposti, anche nei casi in cui la suddetta impresa non realizzi la prevalenza dei proventi con l'Ente pubblico controllante o in alternativa, nel territorio dell'Ente stesso.

Roma li, 28 novembre 2004 – Avvocato dello Stato Giuseppe Fiengo.