

IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

Dossier

La giurisprudenza comunitaria in tema di *in house providing* insiste sull'interpretazione rigorosa dei “requisiti Teckal”

di Cristina Mirti

Considerazioni preliminari.

La finalità perseguita con la presente opera è racchiusa nel tentativo di illustrare i recenti approdi, cui è pervenuta la giurisprudenza della Corte di Giustizia, in tema di *in house providing*.

In tale sede si analizzerà il fenomeno degli affidamenti *quasi in house* anche se, in coerenza con l'uso corrente, si adotterà l'espressione di affidamento *in house* (1).

In dottrina, la spinosa tematica dell'*in house providing* è stata definita “*come modalità di organizzazione della produzione o di approvvigionamento delle prestazioni*” (2) da parte di una pubblica amministrazione. Si è aggiun-

(1) Per richiamare le chiarissime parole dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, pronunciate dallo stesso nelle Conclusioni rassegnate nella causa Parking Brixen, è necessario ribadire, al fine di correttamente inquadrare l'oggetto del presente lavoro, che “*Gli affidamenti in house in senso stretto sono procedure con cui una pubblica amministrazione affida un appalto ad un suo ente strumentale non dotato di personalità giuridica propria*”. Mentre, invece, “*in senso lato, possono rientrare nell'ambito degli affidamenti in house anche particolari casi in cui amministrazioni aggiudicatrici stipulano contratti con società loro controllate dotate di propria personalità giuridica, mentre gli affidamenti in house in senso stretto non sono affatto rilevanti per la disciplina in materia di aggiudicazione di appalti, dato che essi costituiscono vere e proprie procedure amministrative interne, per quanto riguarda gli affidamenti in house in senso lato (affidamenti quasi in house) si pone sovente la difficile questione diretta ad accertare se per essi esista o meno l'obbligo di svolgere una procedura ad evidenza pubblica*”.

(2) D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, 2003, p. 247.

to, a tale proposito, che “*l’ipotesi di una pubblica amministrazione che affidi ad un ente dalla stessa controllato la prestazione di servizi, forniture o lavori è stata denominata in house providing, con denominazione che evidenzia un’attività (provvedere) interna (in house) all’amministrazione pubblica*” (3).

L’estrema importanza cui soggiace il tema in questione è dovuta al fatto che l’affidamento *in house* costituirebbe un’eccezione all’applicazione della disciplina comunitaria sugli appalti pubblici; in tal caso, infatti, in virtù del potere di organizzazione che risiede in capo ad ogni pubblica amministrazione, ciascuna di queste potrà liberamente decidere se svolgere essa stessa il servizio oggetto dell’appalto ovvero affidarlo ad un soggetto estraneo ad essa.

Come correttamente è stato osservato (4), l’eccezione all’applicazione della disciplina comunitaria degli appalti discende dalla circostanza che nel caso di affidamento *in house* sono assenti i presupposti richiesti dalle normative comunitarie, in particolare ed in via assorbente, la stipula di un contratto a titolo oneroso come prodotto dell’incontro di due volontà *distinte*.

A tal proposito ed in linea di continuità, altra parte della dottrina, per spiegare le ragioni in virtù delle quali detti affidamenti si sottraggono alla disciplina comunitaria sugli appalti, ha affermato che “*Le prestazioni di servizi, lavori o forniture dedotte nel rapporto in house tra amministrazione aggiudicatrice ed ente controllato non costituiscono l’oggetto di un contratto di appalto pubblico (...) stipulato tra un’amministrazione aggiudicatrice ed un imprenditore (...). L’in house providing si pone a monte e costituisce piuttosto un ampliamento dell’organizzazione pubblica, formalmente alternativa al reperimento di prestazioni che potrebbero essere dedotte in un contratto di appalto pubblico, che invece – non solo formalmente – sono dedotte come oggetto di una relazione organizzativa interna alla struttura amministrativa dell’ente “appaltante”*” (5).

Nel presente lavoro si analizzeranno i recenti sviluppi cui è pervenuta la giurisprudenza comunitaria attraverso le due recentissime sentenze succedutesi proprio in tema di *in house providing* ed intervenute, rispettivamente, il

(3) Idem, in *op. cit.*

(4) F. ROSSI, *Gli affidamenti (quasi) in house: la partecipazione pubblica totalitaria come elemento essenziale. Problemi e quesiti*.

(5) D. CASALINI, in *op. cit.*, p. 255. L’autore, nella sua brillante ricostruzione, afferma che “*il rapporto in house ha ad oggetto non prestazioni di lavori, servizi o forniture nel significato fatto proprio dalle direttive comunitarie nel definire l’appalto pubblico, bensì le modalità con cui è organizzata la produzione o l’approvvigionamento di tali prestazioni. (...) L’in house providing è dunque vicenda giuridica interna all’amministrazione e solo apparentemente alternativa all’appalto, poiché ha un oggetto differente che si precisa nell’esercizio del potere di organizzazione che pertiene ad ogni amministrazione pubblica (...). In tal senso l’espressione “affidamento di un appalto pubblico in house” può essere equivoca: non essendo necessario alcun appalto, è preferibile definire il rapporto giuridico tra amministrazione controllante ed ente controllato semplicemente come approvvigionamento in house*”.

6 aprile 2006 (sentenza ANAV c. Comune di Bari), e l'11 maggio 2006 (sentenza Carbotermo c. Comune di Busto Arsizio).

Preliminarmente, tuttavia, è necessario dar conto, sia pur brevemente (6), delle precedenti pronunce dei Giudici comunitari intervenute su tale tematica, e rappresentanti, senza alcun ombra di dubbio, i postulati logici necessari degli ultimissimi approdi giurisprudenziali.

Nella sentenza del 9 settembre 1999 (causa RI.SAN. S.r.l. c. Comune di Ischia), la Corte di Giustizia – in relazione all'ambito di applicazione dell'art. 45 TCE – ha affermato il principio secondo il quale “*sono escluse dalle applicazioni delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro interessato le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri*” (7).

È, però, solo con la sentenza *Teckal*, costituente la vera e propria pietra angolare della tematica *in house*, che si delineeranno i confini dell'*in house providing*, dando origine ai cc. dd. *criteri Teckal*.

Come si è osservato, è qui che la Corte di Giustizia “*sviluppando il suesposto principio, ha fornito un contributo decisivo alla definizione di affidamento in house delineandone i limiti ed individuando due criteri cumulativi, la cui contemporanea sussistenza consente di sottrarre alle procedure di aggiudicazione previste per gli appalti pubblici, tutti quei rapporti intercorrenti tra una pubblica amministrazione ed un ente soggetto all'influenza dominante di quest'ultima*” (8).

Dunque la sentenza *Teckal* subordina il configurarsi di un affidamento *in house*, al ricorrere, cumulativamente, di detti requisiti: *a)* l'amministrazione aggiudicatrice dovrà esercitare sull'ente aggiudicatario un controllo analogo a quello che essa esercita sui suoi servizi; *b)* a sua volta il concessionario dovrà realizzare la parte più importante della propria attività con l'autorità che lo detiene.

Tuttavia, iniziano, ben presto, ad imporsi all'attenzione dell'interprete chiari segnali provenienti dalla giurisprudenza comunitaria (9), segni evidenti di una sorta di cambio di rotta, un'inversione di tendenza che appare rimettere in discussione tutto il sistema di affidamento diretto dei servizi pubblici, basato sulle *eccezioni Teckal*.

L'intenzione, evidente, della Corte di Giustizia di limitare in modo rigoroso l'applicazione delle eccezioni *Teckal*, la cui attuazione sottrarrebbe, in virtù del ragionamento fornito dagli stessi Giudici, porzioni rilevanti del

(6) Per un'analisi più approfondita si rimanda a I. MORICCA, *Lo stato degli atti sull'in house providing*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2004, n. 4, pgg. 1087 e ss; G. FIENGO, *Ulteriori sviluppi sull'in house providing*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2005, n. 3, pgg. 44 e ss.

(7) Per un'attenta disamina sulla portata di tale principio, si rinvia a I. MORICCA, *Lo stato degli atti sull'in house providing*, *cit.*

(8) I. MORICCA, in *op. cit.*

(9) Supportata dall'atteggiamento degli stessi Tribunali Amministrativi Regionali italiani, diversamente dal Consiglio di Stato.

sistema degli affidamenti dei servizi pubblici alle regole del libero mercato tutelato dalla normativa comunitaria, si manifesta efficacemente nelle sentenze, a) sentenza Stadt Halle, resa l'11 gennaio del 2005; b) sentenza Coname, resa il 21 luglio del 2005; c) sentenza Parking Brixen, resa il 13 ottobre del 2005 (10).

1. I fatti.

La prima delle questioni sottoposte alla Corte di Giustizia trae origine dall'adozione – in virtù dell'articolo 113, comma 5, D. Lgs. n. 267/2000 – da parte del Comune di Bari in data 18 dicembre 2003, di un provvedimento con cui detto comune affidava direttamente il servizio di trasporto pubblico sul territorio comunale alla AMTAB Servizio – detta azienda costituiva una società per azioni il cui capitale era interamente detenuto dal Comune di Bari – per il periodo dal 1° gennaio 2004 al 31 dicembre 2012. A fronte di ciò, in data 9 marzo 2004, l'ANAV (che rappresenta, per statuto, le imprese esercenti servizi nazionali ed internazionali di trasporto passeggeri, ed in tale veste vigila sul buon andamento del servizio pubblico, nell'interesse delle società che forniscono il servizio) depositava, dinnanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Regione Puglia, ricorso, attraverso il quale chiedeva al giudice adito di annullare il provvedimento con cui il Comune di Bari aveva disposto l'affidamento diretto del servizio pubblico di trasporto, lamentando violazione del diritto comunitario.

In ordine alla seconda sentenza, essa conclude un procedimento instauratosi a seguito dell'adozione, da parte del Comune di Busto Arsizio, di un provvedimento mediante il quale detto Comune affidava un appalto per la fornitura di combustibili, nonché per la manutenzione, l'adeguamento normativo e la riqualificazione tecnologica degli impianti termici degli edifici comunali direttamente alla ditta AGESP.

Come è dato leggere nella sentenza oggetto della presente analisi, il Comune motivava la propria scelta osservando che *“la AGESP soddisfaceva i due requisiti stabiliti dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale per concludere appalti pubblici senza gara, vale a dire che l'ente locale eserciti sull'ente aggiudicatario un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e che il suddetto ente aggiudicatario realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente locale che lo controlla”*.

In via preliminare, va chiarito che la AGESP è una società per azioni costituita il 12 luglio 2000 dalla AGESP Holding ed il cui capitale sociale appartiene per il 100% a quest'ultima.

A sua volta, la AGESP Holding è una società per azioni nata dalla trasformazione, nel 1997, dell'Azienda dei Servizi Pubblici, impresa speciale del Comune di Busto Arsizio. Il capitale sociale della AGESP Holding

(10) Per un'analisi approfondita di dette questioni si rinvia a I. MORICCA, in *op. cit.*, pgg. 1100 e ss.; G. FIENGO, *Ulteriori sviluppi sull'in house providing*, *cit.*

appartiene attualmente per il 99,98% al Comune di Busto Arsizio. I rimanenti azionisti sono i comuni di Castellana, (...), ciascuno dei quali detiene solo un'azione.

La presente controversia trae origine dall'impugnazione che la Carbotermo – un'impresa specializzata negli appalti di fornitura di energia e di gestione di impianti termici ed impossibilitata a concorrere per l'affidamento dell'appalto in essere a causa della revoca della relativa gara, come sopra specificato – proponeva dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, argomentando la mancata ricorrenza delle condizioni che avrebbero reso inapplicabile la direttiva comunitaria 93/36.

2. *L'opera pretoria di arricchimento del contenuto dei requisiti "Teckal": verso una sostanziale impossibilità di applicazione degli stessi.*

Il "controllo analogo" e la circostanza che l'ente aggiudicatario, giuridicamente distinto dalla amministrazione aggiudicatrice, realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità che la controllano (punto 50 della sentenza Teckal), costituiscono i più volte citati "requisiti Teckal".

Nel corso degli anni e nell'ambito di una continua fervente giurisprudenza su tali tematiche, si è assistito ad un'interpretazione sempre più rigorosa e restrittiva fornita dai Giudici comunitari in ordine a tali presupposti, fatto che, come giustamente è stato osservato, riduce l'applicazione di detti requisiti ad 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" (11).

In primo luogo, la giurisprudenza ha avuto modo di pronunciarsi soprattutto sulla spinosa tematica del "controllo analogo", fornendone, appunto, come anticipato, una lettura al limite della sostanziale inapplicabilità (12).

A tal proposito, nella sentenza *Stadt Halle*, che acquista particolare importanza in virtù dell'ulteriore specificazione del requisito sopra detto, i Giudici lussemburghesi hanno ritenuto che la partecipazione pubblica totalitaria del soggetto aggiudicatario fosse indispensabile per assicurare un "controllo analogo" e, dunque, un affidamento *in house* (13), in virtù di un duplice ordine di ragioni: a) in tal modo si scongiurerebbe la diversità ontologica

(11) G. FIENGO, *op. cit.*, in questa rivista, 2005, n. 3, pag. 47.

(12) A tal proposito, si condividono, senza voler anticipare i tempi, le considerazioni espresse dall'Avvocato Generale Cristine Stix-Hackl nell'ambito delle Conclusioni sulla causa C-340/04, " (...) i requisiti Teckal consistono in un insieme di concetti indeterminati, che hanno comportato tutta una serie di problemi giuridici e di distinzioni problematiche. Sulla base di tale esperienza si pone il problema di come la Corte possa garantire la massima chiarezza giuridica e, in tal modo, la massima certezza del diritto per gli interessati: una possibilità potrebbe essere quella di non raffinare la propria giurisprudenza solo con riferimento a casi specifici, ma di precisarla in termini più generali di quanto fatto sino ad ora".

(13) Si rimanda per un'analisi più compiuta sull'argomento a F. ROSSI, *op. cit.*

degli interessi perseguiti, rispettivamente, dalla P.A. e dal socio privato; b) si eviterebbe qualsiasi forma di pregiudizio alla libera concorrenza ed alla parità di trattamento, “nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un’impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti” (14).

Successivamente, su tale argomento, è intervenuta, nell’ottobre del 2005, la sentenza *Parking Brixen*, nell’ambito della quale la Corte ha avuto modo di chiarire, in aggiunta a quanto sinora detto, che il criterio del controllo analogo risulta soddisfatto solo se sussiste una “possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti (punto 65) (15).

I Giudici comunitari hanno, altresì, specificato, contribuendo ad un’interpretazione decisamente angusta dei requisiti Teckal, che i due criteri – quello del “controllo analogo” e quello della “prevalenza” – devono essere soddisfatti permanentemente. Su tale tematica, si richiamano, esaustivamente, le parole dell’Avvocato Generale L. A. Geelhoed, espresse dallo stesso nell’ambito delle Conclusioni rassegnate nella causa ANAV c. Comune di Bari, “(...) nell’ipotesi in cui, una volta soddisfatti i due primi criteri all’atto dell’attribuzione della gestione del servizio di cui trattasi, l’amministrazione competente procedesse alla cessione di una parte, “anche di minoranza”, delle quote della società interessata ad un’impresa privata, ne conseguirebbe che – mediante una costruzione artificiale comprendente varie fasi distinte (...) la concessione di un servizio pubblico potrebbe venire attribuita ad un’impresa ad economia mista senza previa aggiudicazione in regime di concorrenza (16).

Arrivando alle ultimissime pronunce, la sentenza ANAV ribadisce pienamente, con lo stesso rigore concettuale, i criteri come sopra interpretati; in essa infatti può leggersi: “Qualora durante la vigenza del contratto (...) il capitale dell’AMTAB Servizio fosse stato aperto ad azionisti privati, la conseguenza di ciò sarebbe l’affidamento di una concessione di servizi pubblici ad una società mista senza procedura concorrenziale, il che contrasterebbe con gli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario (...). Infatti, la partecipazione, ancorché minoritaria, di un’impresa privata nel capitale di una società alla quale partecipa pure l’autorità pubblica concedente esclude in ogni caso che la detta autorità pubblica possa esercitare su una tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Quindi, se la società concessionaria è una società aperta, anche solo in parte, al capitale privato, tale circostanza impe-

(14) Sentenza *Stadt Halle*, punti 49, 50, 51 e 52, in *op. cit.*

(15) Si segnala l’intervento, da ultimo, della sentenza 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo S.p.a. e Comune di Busto Arsizio, punti 38 e ss.

(16) Conclusioni presentate il 12 gennaio 2006, nella causa C-410/04.

(17) Pur condividendo alcune delle preoccupazioni, espresse dalla Corte, alle quali può dar vita una realtà di *Public-Private-Partnership* in un settore delicato come quello degli affidamenti *in house*, in particolare per i concreti rischi a cui si espongono i principi comunitari in tema di parità di trattamento e di non discriminazione su base nazionale, non ci si può esimere dal notare, con piglio

disce di considerarla una struttura di gestione “interna” di un servizio pubblico nell’ambito dell’ente pubblico che la detiene” (17).

Si aggiunge, a tale scenario, quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nella sentenza Carbotermo c. Comune di Busto Arsizio.

Preliminarmente, appare necessario avvisare il lettore della profonda diversità intercorrente tra le posizioni dell’Avvocato Generale e quelle espresse dalla Corte nella propria pronuncia. In particolare, quest’ultima, non senza un evidente pregiudizio in merito all’applicazione delle *eccezioni* Teckal, mira ad arginare il più possibile, riducendolo ad un mero fenomeno episodico, l’affidamento diretto di servizi pubblici, tradendo, in realtà, un’oltranzistica difesa delle regole del libero mercato.

Nel caso in analisi, la Corte di Giustizia ha negato categoricamente che ricorressero i presupposti per la configurazione di un affidamento *in house*, con il conseguente obbligo di indire una gara pubblica per l’affidamento del relativo servizio pubblico. Il ragionamento dei Giudici comunitari si articola nei seguenti passi:

critico, l’estrema drammatizzazione dei toni con cui i Giudici comunitari affrontano le questioni in tema di *in house providing*. In particolare, la semplice circostanza che il capitale sociale dell’ente aggiudicatario sia potenzialmente aperto a soci privati, non pare, di per sé, motivo sufficiente per ritenere insussistente il requisito del “controllo analogo”.

Ed in effetti, se come ha chiarito la giurisprudenza comunitaria, il requisito del controllo analogo deve avere un riscontro sotto un duplice versante, quello strutturale e quello dell’attività dell’ente, l’integrazione di detto presupposto non può negarsi in via meramente astratta ed ipotetica. In particolare, nel momento dell’aggiudicazione del servizio la circostanza che il capitale dell’ente aggiudicatario sia potenzialmente aperto a soci privati non dovrebbe tradursi in un motivo di impedimento della fattispecie *in house*, se il requisito del controllo analogo, nei termini sopra precisati, nonché il presupposto della “prevalenza”, risultassero perfettamente rispettati.

A tale proposito, pare utile fare una distinzione: in primo luogo potrebbe aversi una situazione, come quella della presente causa, in cui si ha un fenomeno di *Public-Public-Partnership*, ed in cui, tuttavia, il capitale risulta, per il futuro, potenzialmente aperto anche a soci privati, in virtù, anche, della veste giuridica adottata dall’ente aggiudicatario (Spa). In secondo luogo, potrebbe configurarsi una situazione già in origine contraddistinta da un rapporto di *Public-Private-Partnership*, in cui, pertanto, l’affidamento opererebbe nei confronti di una società mista.

Stando alla giurisprudenza comunitaria, nel secondo caso descritto risulterebbe categoricamente escluso un affidamento diretto del servizio; in effetti, qui ricorre, in via di principio, un rischio concreto di ledere gli obiettivi comunitari. Tuttavia, anche in questo caso il rischio paventato potrebbe scongiurarsi, in concreto, se il socio privato fosse, a suo tempo, stato scelto attraverso una gara pubblica, nel pieno rispetto delle regole sulla concorrenza.

A fortiori, dovrebbe concludersi per l’insussistenza di qualsiasi contrasto con le norme comunitarie nella prima delle ipotesi immaginate, ossia nel caso in cui l’ente aggiudicatario, al momento dell’affidamento, risultasse esclusivamente in mano pubblica, sia pure in presenza della mera possibilità dell’apertura, del proprio capitale sociale, a futuri soci privati. Tale conclusione sembra imporsi, per tre diverse ragioni: *a)* non c’è traccia di un pregiudizio concreto ed attuale alle norme comunitarie; *b)* il principio di parità di trattamento ed il rispetto della concorrenza potranno agevolmente essere assicurati, nel momento in cui un socio privato volesse aggiungersi al partenariato, attraverso una pubblica gara per la scelta del socio medesimo; *c)* *last but not least*, una partecipazione, magari minoritaria del socio privato, non può escludere a priori ed in via meramente astratta la reale sussistenza del “controllo analogo”, la cui ricorrenza dipenderà, ciascuna volta, dal singolo caso concreto.

È indiscutibile la circostanza che l'amministrazione aggiudicatrice detenga la stragrande maggioranza del capitale sociale della società aggiudicataria; la parte restante del capitale è in possesso di altri enti pubblici. Tale circostanza ad una prima analisi sembrerebbe idonea a ritenere integrato il requisito del controllo analogo.

La Corte, tuttavia, sottolinea che gli statuti della AGESP Holding e della AGESP attribuiscono ai relativi consigli di amministrazione i più ampi poteri, tanto in seno alla gestione ordinaria, quanto in merito a quella straordinaria.

Questo significa, a detta dei Giudici, che *“il controllo esercitato dal comune di Busto Arsizio su queste due società si risolve nei poteri che il diritto societario riconosce alla maggioranza dei soci, la qual cosa limita considerevolmente il suo potere di influire sulle decisioni delle società di cui trattasi”*. È interessante, a tal proposito, mettere a confronto le affermazioni della Corte con quelle dell'Avvocato Generale:

62. *“Per valutare la configurazione concreta – del controllo – occorre in ogni caso fare riferimento ai poteri effettivamente spettanti ad ogni socio (...)”*. (Omissis)

68. *“Poiché il criterio del controllo si riferisce alla capacità di influenzare la gestione della società nel suo complesso, il comportamento tenuto dal soggetto da valutare nell'ambito di una concreta procedura di appalto può non essere decisivo”*.

69. *“In concreto, per valutare se le disposizioni generali ed astratte del diritto nazionale e la concreta configurazione dello statuto della società interessata (...) consentano un controllo sufficiente, è necessario esaminare la fattispecie concreta. Questa valutazione però (...) ai sensi di cui all'art. 234 CE non spetta alla Corte, ma al giudice nazionale”*.

A tal stato dei fatti, i Giudici aggiungono che il legame del Comune con l'ente aggiudicatario è rappresentato solo da partecipazioni indirette, fatto che, a parere della Corte, rafforza le considerazioni suesposte.

La Corte di Giustizia ritiene che tutte queste circostanze ostino all'esercizio sulla società aggiudicataria, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di un controllo analogo a quello da questa esercitato sui suoi servizi.

Con il suo ragionamento, il Collegio sembra allinearsi perfettamente a quanto, a suo tempo, già sostenuto dalla Commissione Europea in una nota del 26 giugno 2002 (18) in cui si sottolineava che *“affinché il controllo analogo sussista non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario (...)”*.

La Repubblica Italiana, nel corpus delle proprie osservazioni, ha invece, a più riprese, sottolineato che l'affidamento in questione costituirebbe una semplice *modalità organizzativa nella gestione pubblica dei servizi d'interesse generale*. Si aggiunge che *“La conferma indiretta della legittimità di*

(18) Si rimanda, per un'analisi più approfondita, a I. MORICCA, *op. cit.*, pag. 1094.

tale modello organizzativo si ricava dalla stessa ordinanza n. 140/04 del TAR per la Lombardia laddove il giudice rimettente, (...) implicitamente conferma l'intenzione della AGESP di procedere all'acquisto del gasolio con gara ad evidenza pubblica (...)".

Secondo la Repubblica Italiana, la necessità che la AGESP S.p.A. indichi una gara pubblica per detto approvvigionamento, costituisce la riprova che il Comune di Busto Arsizio, la AGESP Holding e la AGESP S.p.A. – quest'ultima 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.

La Corte di Giustizia ha negato la ricorrenza di detta prospettazione, articolando la propria decisione nei punti 44, 45, 46, 47; discutibile appare, in particolare, quanto la Corte afferma nel punto 44: "Tale argomento non può essere accolto. Da un lato, il Comune di Busto Arsizio rientra nella nozione di "ente locale" e non in quella di "organismo di diritto pubblico".

Il motivo addotto dalla Corte non sembra condivisibile alla luce di una serie di considerazioni; in effetti, la nozione di *organismo di diritto pubblico* si pone come trasversale rispetto alle categorie pubblico-privato proprie dei singoli ordinamenti giuridici (19), in quanto, e questo è quello che qui più conta, tale categoria, basata sulla normativa comunitaria, è finalizzata ad individuare tutti quei soggetti tenuti ad applicare la normativa comunitaria sugli appalti. Proprio in virtù di ciò, gli organismi di diritto pubblico sono "amministrazioni aggiudicatrici", al pari dello Stato e degli enti locali, e proprio per tali ragioni essi sono sì tenuti a porre in essere le procedure di scelta dei contraenti in modo non discriminatorio, ma, soprattutto, essi sono esclusi dalle procedure di gara per gli affidamenti che essi ricevono dallo Stato o dagli enti locali (20) e da altri organismi di diritto pubblico.

È proprio in virtù della considerazione di tali punti che emergerebbe la contraddittorietà dell'obiezione formulata dai Giudici lussemburghesi, in ragione della quale "il Comune di Busto Arsizio rientra nella nozione di "ente locale" e non in quella di "organismo di diritto pubblico".

3. Il "requisito" del controllo analogo e la compatibilità di quest'ultimo con il fenomeno delle partecipazioni indirette: l'ottica dell'Avvocato Generale.

Il procedimento svoltosi tra la Carbotermo ed il Comune di Busto Arsizio ha permesso, inoltre, di affrontare delle interessanti tematiche, in ordine alle quali appare opportuno riportare i passi più salienti delle conclusioni rassegnate dall'Avvocato Generale.

Come, dunque, ha sottolineato l'Avvocato Generale, Cristine Stix-Hackl, nelle proprie Conclusioni, in tale contesto "si pone il problema del-

(19) G. Rossi, *L'organizzazione*, in *Diritto Amministrativo*, 2005 p. 245.

(20) Ancora G. Rossi, in *op. cit.*, p. 245.

l'applicabilità, in via di principio, dei criteri Teckal a situazioni di partecipazione indiretta".

Lo stesso Avvocato Generale ha, in un primo tempo, affermato che su tale tematica non sembrerebbe potersi trarre alcuna indicazione conclusiva; in un secondo momento è stato costretto a riconoscere che, tuttavia, *"a favore della generale applicabilità dei criteri Teckal anche nei casi di partecipazione indiretta depone il fatto che la Corte, nella causa Stadt Halle, ha appunto verificato la sussistenza dei presupposti per entrambi i criteri Teckal. Se ne potrebbe inferire un implicito riconoscimento di principio. (...) Il presupposto è, però, che il requisito del controllo sia rispettato a tutti i livelli di partecipazione"* (21).

Due aspetti ulteriori, considerati dall'Avvocato Generale, concernono da un lato la tematica della pluralità di partecipazioni pubbliche in seno al soggetto aggiudicatario, dall'altro il rapporto intercorrente tra il requisito del controllo analogo ed uno statuto sociale di una Spa che sancisca la *possibilità* di partecipazione, al capitale, di soci privati.

In ordine al primo profilo, a ben vedere esso non dovrebbe costituire un ostacolo alla configurabilità di un *controllo analogo* e, pertanto, non dovrebbe ostare ad un *affidamento in house*. A riprova di ciò, in coerenza con quanto sostenuto dallo stesso Avvocato Generale, possono richiamarsi gli illustri precedenti giurisprudenziali già sopra rievocati: in primo luogo, nello stesso caso *Teckal* ricorreva una partecipazione di più enti pubblici all'ente aggiudicatario, circostanza che, con tutta evidenza, non ha, di per sé, impedito di ravvisare un affidamento *in house* nel caso detto; in aggiunta ed a sostegno di tale ordine di idee, sia consentito richiamare le parole dell'Avvocato Generale, nelle quali si è correttamente osservato (22) che *"A favore dell'applicabilità dell'eccezione Teckal a soggetti le cui quote sono detenute da più enti pubblici depone, oltre alla sentenza Teckal, anche il fatto che per la Corte, nella causa Stadt Halle l'elemento decisivo – ai fini dell'esclusione di un affidamento in house – è stato la considerazione"* della sussistenza, nel caso di specie, di una c.d. "Public-Private-Partnership", da cui consegue *"che le imprese private perseguono fini differenti rispetto a quelli degli enti locali"*, circostanza incompatibile, a detta di una intransigente giurisprudenza comunitaria, con un affidamento *in house*.

Nel caso in esame, al contrario, *"vi è però soltanto una partecipazione di comuni, e non vi sono interessi di privati. Poiché i comuni perseguono fini di pubblico interesse, quanto meno ad un primo esame si potrebbe concludere che il requisito del controllo è rispettato perfino nella sua interpretazio-*

(21) Così l'Avvocato Generale C. Stix-Hackl, nelle Conclusioni rassegnate nell'ambito del procedimento oggetto del presente lavoro, punti 22 e ss. La sentenza Stadt-Halle costituirebbe, a ben vedere, un importante precedente circa la possibilità di ravvisare un affidamento *in house providing* anche a fronte di partecipazioni indirette tra l'ente aggiudicatario e l'amministrazione aggiudicatrice, in particolare in virtù della circostanza che nel caso richiamato l'ente aggiudicatario era rappresentato da una società addirittura pro-nipote della amministrazione aggiudicatrice, fatto che, tuttavia, di per sé non esclude la possibilità di un affidamento *in house*.

(22) Punti 31 e ss. delle Conclusioni, presentate in data 12 gennaio 2006, da parte dell'Avvocato C. Stix-Hackl, nel presente procedimento, causa C-340/04.

ne più rigorosa. (...) ne consegue dunque, in via di principio, che anche i soggetti che hanno più soci possono ricadere nell'eccezione Teckal" (23).

In relazione al secondo aspetto, decisamente importanti appaiono le parole espresse, su tale tematica, dall'Avvocato Generale:

"Poiché in questo caso, ai sensi dello statuto, sussiste la possibilità della partecipazione di soggetti privati, sotto il profilo del controllo è necessario verificare se una futura apertura del capitale sociale a privati possa avere un rilievo giuridico. Relativamente all'apertura del capitale sociale a privati è possibile distinguere il caso in cui una partecipazione di privati sia soltanto legalmente possibile da quello in cui essa sia giuridicamente obbligatoria (...). A tale proposito la Commissione ha sostenuto che anche una partecipazione solo potenziale di privati (...) depone nel senso di una mancata soddisfazione del criterio del controllo. Contro tale posizione estrema, sostenuta dalla Commissione, militano innanzitutto considerazioni di principio. In tal modo la qualificazione giuridica di piani di cooperazione tra pubblico e privato dipenderebbe da semplici possibili futuri sviluppi".

4. Il requisito della "prevalenza": le conclusioni dell'Avvocato Generale e le posizioni della Corte di Giustizia.

Nelle *conclusioni intermedie* del procedimento Carbotermo c. Comune di Busto Arsizio, l'Avvocato Generale afferma, punto 116, *"Il criterio in base al quale il soggetto controllato deve realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano può essere soddisfatto anche nei casi di imprese partecipate da più enti pubblici e di partecipazione indiretta. A tale proposito devono essere ascritte al soggetto controllante anche determinate prestazioni erogate a favore di terzi"*.

L'Avvocato ha articolato le suesposte conclusioni in virtù delle seguenti ragioni:

a) in primo luogo, ha concluso ritenendo che per verificare la sussistenza della seconda eccezione Teckal andasse considerato anche l'aspetto *qualitativo* dell'attività svolta dall'ente aggiudicatario. Ciò sotto molteplici profili: 1. *"È indispensabile chiarire se si debba fare riferimento solo alle attività effettivamente esercitate o invece anche allo scopo dell'impresa (...)"* (24); 2. *"Ci si deve inoltre chiedere se abbiano rilievo soltanto alcune specifiche attività dell'impresa, oppure tutte (...)"* (25).

(23) Ancora l'Avvocato Generale.

(24) Punto 100 delle conclusioni.

(25) Punto 101 delle conclusioni. A tal proposito l'Avvocato aggiunge, ai punti 101, 102 e 103, *"(...) Si potrebbe in effetti anche intendere il requisito della prevalenza nel senso che si deve guardare soltanto a quelle attività dell'impresa che devono essere fornite al soggetto controllante (...). A mio parere già solo il fatto che si sia in presenza di un'eccezione al regime previsto dalla direttiva depone contro una simile interpretazione (...). Come sembra risultare necessario sia dal testo della sentenza Teckal che dalla vicenda alla base del procedimento, il requisito della prevalenza non può però essere considerato soddisfatto solo perché l'attività a favore di un detentore di quote supera la soglia*

In merito a tali profili, l'Avvocato ha stabilito, al punto 103, che *“(...) il requisito della prevalenza non può però essere considerato soddisfatto solo perché l'attività a favore di un detentore supera la soglia della prevalenza; è invece necessario considerare l'insieme delle attività svolte per tutti i detentori di quote, insieme che deve poi essere posto in relazione con l'insieme di tutte le attività svolte”*.

b) in secondo luogo, l'Avvocato ha ritenuto indispensabile verificare la ricorrenza del criterio della *prevalenza* appurandone il profilo *quantitativo*; a tal proposito, ha aggiunto che accanto all'analisi del fatturato debbano essere considerati altri elementi indicativi economici dell'impresa (26).

c) In relazione al requisito della prevalenza, rileva anche il momento in cui detto presupposto dovrà sussistere; secondo la tesi prospettata dall'Avvocato Generale, detto momento dovrebbe identificarsi con quello in cui la amministrazione aggiudicatrice affida l'appalto o, a seconda dei casi, la concessione.

d) Ulteriore ed ultimo punto da considerare ai fini del ricorrere del requisito della *prevalenza*, è rappresentato dall'attività svolta dall'ente aggiudicatario nei confronti di terzi; più precisamente, l'Avvocato rileva che, *“Poiché la AGESP non svolge prestazioni soltanto per il Comune, ma anche per soggetti terzi nel territorio comunale, sia imprese che privati, si pone poi la questione di capire se, ed eventualmente a quali condizioni, anche prestazioni non erogate direttamente al Comune possano essere considerate prestazioni svolte per il Comune, cioè per l'ente controllante, ai sensi del secondo criterio Teckal”*. A tale proposito, il Procuratore aggiunge, al punto 113, che *“(...) Viene innanzitutto in considerazione il tipo di relazione esistente fra i terzi e il soggetto controllante, in questo caso il comune. Una imputazione al comune è particolarmente verosimile nei casi in cui il comune è tenuto a fornire a terzi una prestazione (...). Anche in tal caso la risposta dovrebbe dipendere dall'esistenza, a fianco della prestazione materiale, di un rapporto giuridico tra il comune e il soggetto che fornisce le prestazioni”*.

Un ultimo cenno al profilo quantitativo del criterio della prevalenza; l'Avvocato Generale esclude che a tal fine possa richiamarsi la regola dell'80% di cui all'art. 13 della direttiva 93/38, per le seguenti ragioni:

– la rigidità di una percentuale fissa potrebbe, in concreto, risolversi in un ostacolo per una soluzione corretta, oltre a eludere, totalmente, la rilevanza del suesposto profilo qualitativo del requisito della prevalenza;

– inoltre, e soprattutto, osta alla trasponibilità della regola dell'80% la circostanza che si tratta di una disposizione eccezionale contenuta in una direttiva valida solo per taluni settori.

della prevalenza ; è invece necessario considerare l'insieme delle attività svolte per tutti i detentori di quote, insieme che deve poi essere posto in relazione con l'insieme di tutte le attività svolte”.

(26) Per una attenta disamina si rinvia alle stesse conclusioni, ai punti 106 e ss.

Rispetto a quest'ultimo profilo, la Corte ha precisato, al punto 55 della propria sentenza, che *“Dal momento che le eccezioni devono essere interpretate restrittivamente, ne deriva che non si deve estendere l'operatività dell'art. 13 della direttiva 93/38 all'ambito di applicazione della direttiva 93/36”* (quella rilevante nel caso in analisi).

Per quanto riguarda la corretta applicazione del criterio della prevalenza, la Corte ne ha fornito un'interpretazione assolutamente restrittiva e rigorosa; i Giudici, infatti, affermano che la integrazione del requisito della prevalenza può intendersi avverata solo se *“le prestazioni di detta impresa – l'ente aggiudicatario – siano sostanzialmente destinate in via esclusiva all'ente locale (...) – aggiungendo che – entro tali limiti, risulta giustificato che l'impresa di cui trattasi sia sottratta agli obblighi della direttiva 93/36, in quanto questi ultimi sono dettati dall'intento di tutelare una concorrenza che, in tal caso, non ha più ragion d'essere”*.

La Corte aggiunge che, *“In applicazione di detti principi, si può ritenere che l'impresa in questione svolga la parte più importante della sua attività con l'ente che la detiene (...) solo se l'attività di detta impresa è principalmente destinata all'ente in questione e ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale”*.

Fin qui i Giudici hanno considerato la “soglia” di attività necessaria ad integrare il secondo requisito Teckal; con riferimento, invece, alle componenti di detta attività è interessante rilevare come i Giudici lussemburghesi abbiano sostanzialmente aderito al ragionamento dell'Avvocato Generale, in particolare con riguardo alla circostanza che sia il profilo *quantitativo* che quello *qualitativo* siano parimenti essenziali per verificare la ricorrenza del requisito in questione.

A tal proposito valgono le parole della Corte:

64. *“(...) il giudice deve prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative”*.

65. *“Quanto all'accertare se occorra tener conto in tale contesto solo del fatturato realizzato con l'ente locale controllante o di quello realizzato nel territorio di detto ente, occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni”*.

66. *“Infatti, le attività di un'impresa aggiudicataria da prendere in considerazione sono tutte quelle che quest'ultima realizza nell'ambito di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni”*.

67. *“Non è rilevante sapere chi remunera le prestazioni dell'impresa in questione, potendo trattarsi sia dell'ente controllante sia di terzi utenti di prestazioni fornite in forza di concessioni o di altri rapporti giuridici instaurati dal suddetto ente. Risulta parimenti ininfluyente sapere su quale territorio siano erogate tali prestazioni”*.

70. *“Nel caso in cui diversi enti locali detengano un'impresa, la condizione relativa alla parte più importante della propria attività può ricorrere*

qualora l'impresa in questione svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o quell'ente locale ma con tali enti locali complessivamente considerati".

5. Conclusioni

S'impone con evidenza, ancora una volta, il rigore con cui la Corte interpreta il requisito del *controllo analogo* (27), addirittura disattendendo, nella sentenza Carbotermo c. Comune di Busto Arsizio, le conclusioni dell'Avvocato Generale.

Tale atteggiamento chiaramente tradisce l'intenzione degli stessi Giudici di ribadire, ogni volta che se ne presenti l'occasione, l'eccezionalità dei criteri Teckal nonché il ristretto campo di applicazione degli stessi.

Nella sentenza ANAV c. Comune di Bari vi è stata una rinnovata aderenza, da parte dei Giudici lussemburghesi, ad un indirizzo rigido e di difficile percorrenza in tema di *in house providing*. La Corte, in effetti, sembra non perdere occasione per sottolineare l'estrema ristrettezza del terreno d'applicazione dei "requisiti – forse meglio sarebbe definirli – eccezioni Teckal".

Tale intransigenza viene pienamente riaffermata nella sentenza Carbotermo c. Comune di Busto Arsizio.

E', comunque, necessario qualche ulteriore cenno conclusivo sull'argomento: la c.d. "gestione *in house*" dei servizi pubblici, prevalentemente locali, costituisce la scelta di una pubblica amministrazione appaltante di gestire in proprio il servizio pubblico; dunque, solo apparentemente l'affidamento è destinato ad un terzo.

A tal proposito appare utile sottolineare quanto già la Repubblica Italiana aveva ribadito nelle proprie osservazioni (Causa C-340/04): "*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*" (28).

A ben vedere, già nella sentenza RI.SAN. si era escluso che dai principi generali del Trattato si potesse ricavare un generale obbligo, per la pubblica amministrazione che dovesse provvedere alla gestione di pubblici servizi, di ricorrere, necessariamente all'espletamento di una pubblica gara.

Inoltre, è appena il caso sottolineare, in piena analogia con le conclusioni formulate dall'Avvocato Generale, che la questione posta dal Giudice

(27) Correttamente in dottrina si è osservato che "qualora il requisito del controllo analogo verrà inteso in modo rigoroso e restrittivo, sarà difficile immaginare che una persona giuridica formalmente distinta potrà mai soddisfare una siffatta condizione", così M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Il diritto dell'unione europea*, 2001, nn. 2 e 3, pgg. 554 e ss.

(28) G. FIENGO, in *op. cit.*, pag. 65.

nazionale e concernente le modalità mediante le quali l'amministrazione aggiudicatrice esercita sull'ente affidatario del servizio il necessario "controllo gestionale e finanziario stringente" – indispensabile, secondo i Giudici comunitari, per ravvisare un affidamento *in house* – appare riguardare, più che l'applicazione del Trattato e della normativa comunitaria, l'esatta interpretazione del diritto nazionale al fine di verificare se in virtù di detta normativa si sia, o meno, in presenza di un controllo gestionale e finanziario stringente.

Un elemento che, invece, contraddistingue la pronuncia in analisi rispetto a quella intervenuta nella causa tra la Anav ed il Comune di Bari, è rappresentato dall'opera chiarificatrice, almeno in parte, condotta dalla Corte in merito al secondo criterio Teckal, quello della *prevalenza*.

In particolare, la Corte sottolinea tre punti di estrema importanza:

L'inapplicabilità, al criterio in questione, della regola dell'80% di cui all'art. 13 della direttiva 93/38;

La medesima importanza, nell'ambito delle componenti del criterio detto, dei profili quantitativo e qualitativo;

La rilevanza, ai fini dell'accertamento di detto criterio, dell'attività che l'ente aggiudicatario svolge nei confronti di terzi per conto dell'amministrazione aggiudicatrice, in relazione all'affidamento *in house*.

Tuttavia, la Corte si appresta a precisare, fornendo anche in codesto caso un'interpretazione restrittiva del secondo presupposto Teckal, la necessità che le prestazioni fornite dall'ente aggiudicatario debbano essere sostanzialmente destinate in via *esclusiva* all'ente aggiudicatore; infatti, solo laddove l'attività dell'impresa affidataria sarà stata principalmente destinata all'amministrazione aggiudicatrice, con la marginalità di ogni altra attività, il secondo requisito Teckal potrà considerarsi rispettato.

ALLEGATO I

Corte di Giustizia delle Comunità europee, Prima Sezione, sentenza 6 aprile 2006 nella causa C-410/04 – Domanda di pronuncia pregiudiziale del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, con ordinanza 22 luglio 2004, pervenuta in cancelleria il 27 settembre 2004 – Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) c/ Comune di Bari, AMTAB Servizio Spa – Pres. P. Jann – Avv. Gen. L. A. Geelhoed. Governi italiano (ag. I. M. Braguglia, avv. dello Stato G. Fiengo), tedesco (ag. C. Schulze-Bahr), austriaco (ag. M. Fruhmann), polacco (T. Nowakowski), e Commissione delle Comunità europee.

IL FATTO

In virtù della normativa contenuta nell'art. 113, comma 5°, D. Lgs. N. 267/2000, il Comune di Bari procedeva ad affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico sul territorio comunale (tramite concessione) alla AMTAB Servizio. Contro detto provvedimento ricorreva al TAR l'Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV), denunciando la violazione del diritto comunitario (Articoli 43 Ce, 49 CE e 86 CE) e chiedendo, altresì, al giudice adito di annullare il provvedimento con cui il Comune di Bari aveva disposto l'affidamento diretto del servizio pubblico di trasporto.

IL QUESITO.

Se sia compatibile con il diritto comunitario, ed in particolare con gli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli artt. [43 CE], 49 CE e 86 CE, l'art. 113, comma quinto, D.Lgs. n. 267/00, come modificato dall'art. 14 D.L. n. 269/03, nella parte in cui non pone alcun limite alla libertà di scelta dell'Amministrazione pubblica tra le diverse forme di affidamento del servizio pubblico, ed in particolare tra l'affidamento mediante procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto a società da essa interamente controllata.

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE.

« (Omissis).

IV – *Analisi*

11.– Nella specie si chiede se gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE ostino ad una normativa, come quella oggetto della questione pregiudiziale, che lasci alle amministrazioni locali la scelta di affidare la gestione di un servizio, quale il trasporto pubblico, ad una società appartenente alla relativa amministrazione locale o di avviare la procedura di appalto con gara pubblica ai fini dell'attribuzione della concessione del servizio medesimo ad un soggetto privato.

12.– Questa è, sostanzialmente, la questione sulla quale il giudice del rinvio si interroga e che, alla luce della giurisprudenza recente e recentissima della Corte (4), appare relativamente agevole da risolvere.

13.– Dagli atti della causa principale, depositati presso la cancelleria della Corte, emerge che il servizio di cui trattasi viene finanziato, quantomeno in parte, per mezzo dell'acquisto di titoli di trasporto da parte degli utenti, ragion per cui si tratta di una concessione di servizi che ricade non nella sfera delle direttive comunitarie sugli appalti pubblici, bensì direttamente nella sfera delle disposizioni di diritto primario, in particolare delle libertà fondamentali previste dal Trattato CE (5). Il giudice del rinvio sembra essere giunto alla stessa conclusione, in quanto nella questione pregiudiziale fa unicamente riferimento agli artt. 43 CE (6), 49 CE e 86 CE, e non alla direttiva 92/50/CEE (7).

14.– Gli elementi più importanti ai fini della soluzione della questione sono racchiusi nel punto 50 della sentenza Teckal, citata supra, nonché nel punto 49 della sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, citata supra. Da tale giurisprudenza risulta che l'appello alla concorrenza non è obbligatorio, anche se la controparte contrattuale è un ente giuridicamente distinto dall'autorità aggiudicatrice, nell'ipotesi in cui l'autorità pubblica, che è un'autorità aggiudicatrice, eserciti sull'ente distinto di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e in cui tale ente realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano (8).

15.– Orbene, ponendo a raffronto il nuovo testo dell'art. 113, comma 5, lett. c), del decreto legislativo n. 267/00 [«società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano»] con i passi della giurisprudenza della Corte richiamati al punto precedente, si rileverà che il legislatore italiano si è evidentemente conformato a tale giurisprudenza.

16.– Ciò è confermato dalla Commissione delle Comunità europee, la quale rileva, nelle proprie osservazioni scritte, che il testo attuale del detto art. 113, comma 5, lett. c), è conseguente ad una procedura d'infrazione avviata dall'Istituzione nei confronti della Repubblica italiana.

17.– Alla luce della conformità della normativa nazionale con la giurisprudenza della Corte, qualsiasi decisione di un'amministrazione locale che, a sua volta, risulti conforme a tale normativa dev'essere parimenti considerata compatibile con il diritto comunitario.

18.– A tal riguardo, si deve tuttavia osservare che i criteri che consentono di ritenere susistenti situazioni «interne» devono essere applicati restrittivamente. In particolare, dalle menzionate sentenze *Parking Brixen* e *Commissione/Austria* emerge, da un lato, che il controllo esercitato dalla autorità aggiudicatrice non deve essere diluito per effetto della partecipazione, «anche di minoranza», di un'impresa privata nel capitale della società cui sia stata affidata la gestione del servizio di cui trattasi e, dall'altro, che la detta società deve realizzare la parte essenziale delle proprie attività unitamente all'ente o gli enti che la controllano.

19.– Alla luce delle circostanze di fatto da cui è scaturita la controversia principale, tali due criteri appaiono soddisfatti, ragion per cui potrei terminare la mia analisi con tale rilievo, se dalla menzionata sentenza *Commissione/Austria* (9) non emergesse peraltro un terzo criterio, vale a dire l'esigenza che i due detti criteri devono risultare soddisfatti permanentemente.

20.– Infatti, nell'ipotesi in cui, una volta soddisfatti i due primi criteri all'atto dell'attribuzione della gestione del servizio di cui trattasi, l'amministrazione competente procedesse alla cessione di una parte, «anche di minoranza», delle quote della società interessata ad un'impresa privata, ne conseguirebbe che – mediante una costruzione artificiale comprendente varie fasi distinte, vale a dire la creazione della società, l'attribuzione della gestione del servizio di trasporto pubblico alla medesima e la cessione di parte delle sue quote ad un'impresa privata – la concessione di un servizio pubblico potrebbe venire attribuita ad un'impresa ad economia mista senza previa aggiudicazione in regime di concorrenza.

21.– Lo stesso ragionamento vale per il caso in cui all'ente concessionario originario dovessero essere attribuiti, altri servizi pubblici, senza previo esperimento della procedura di appalto in regime di concorrenza, da parte di enti pubblici diversi da quelli che lo controllino.

22.– Nelle due suesposte ipotesi, non risulterebbero più soddisfatti i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, rammentati dalla Corte nelle menzionate sentenze *Coname* e *Parking Brixen*.

V – *Conclusioni*

23.– Alla luce delle suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di risolvere la questione pregiudiziale posta dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia nei termini seguenti:

Gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE devono essere interpretati nel senso che non ostano all'applicazione di una disposizione quale l'art. 113, comma 5, del decreto legislativo italiano n. 267/00, nel testo attualmente vigente, sempreché i due criteri ivi previsti, vale a dire che la società concessionaria sia soggetta ad un controllo analogo a quello esercitato dall'amministrazione sui propri servizi e che realizzi la parte essenziale dei propri servizi unitamente all'ente che la controlli, risultino continuamente soddisfatti successivamente all'attribuzione, alla società medesima, della gestione di un servizio pubblico».

RISPOSTA DELLA CORTE AI QUESITI

«(Omissis) Sulla questione pregiudiziale

15.– Con la propria questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se il diritto comunitario, in particolare gli obblighi di trasparenza e di libera concorrenza di cui agli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, osti a una disciplina nazionale, come quella oggetto della causa

principale, che non pone alcun limite alla libertà, per un ente pubblico, di scegliere tra le diverse forme di affidamento di un servizio pubblico, in particolare tra l'affidamento mediante procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto ad una società di cui tale ente detiene l'intero capitale.

16.– Risulta dagli atti della causa principale che il servizio di trasporto pubblico sul territorio del Comune di Bari è finanziato, almeno in parte, attraverso l'acquisto di titoli di trasporto da parte degli utenti. Tale sistema di finanziamento caratterizza la concessione di servizi pubblici (sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, *Racc.* pag. I-8585, punto 40).

17.– È pacifico che le concessioni di servizi pubblici sono escluse dall'ambito di applicazione della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (*GU L* 209, pag. 1) (sentenza *Parking Brixen*, *cit.*, punto 42). Essa è stata sostituita 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 (*GU L* 134, pag. 114), il cui art. 17 prevede esplicitamente l'inapplicabilità alle concessioni di servizi.

18.– Anche se i contratti di concessione di servizi pubblici sono esclusi dall'ambito applicativo della direttiva 92/50, sostituita dalla direttiva 2004/18, le pubbliche autorità che li concludono sono tuttavia tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato CE in generale, e il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità in particolare (v., in tal senso, sentenze 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria e Telefonadress*, *Racc.* pag. I-10745, punto 60; 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Coname*, *Racc.* pag. I-7287, punto 16; e *Parking Brixen*, *cit.*, punto 46).

19.– Le disposizioni del Trattato specificamente applicabili alle concessioni di servizi pubblici comprendono in particolare gli artt. 43 CE e 49 CE (sentenza *Parking Brixen*, *cit.*, punto 47).

20.– Oltre al principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, si applica alle concessioni di servizi pubblici anche il principio della parità di trattamento tra offerenti, e ciò anche in assenza di discriminazione sulla base della nazionalità (sentenza *Parking Brixen*, *cit.*, punto 48).

21.– 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 posto a carico di detta autorità consiste nel dovere di garantire, ad ogni potenziale offerente, 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 tal senso, citate sentenze *Telaustria e Telefonadress*, punti 61 e 62, e *Parking Brixen*, punto 49).

22.– In linea di principio, l'assenza totale di procedura concorrenziale per l'affidamento di una concessione di servizi pubblici, come quella di cui alla causa principale, non è conforme alle esigenze di cui agli artt. 43 CE e 49 CE, e nemmeno ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza (sentenza *Parking Brixen*, *cit.*, punto 50).

23.– Risulta inoltre dall'art. 86, n. 1, CE che gli Stati membri non possono mantenere in vigore una normativa nazionale che consenta l'affidamento di concessioni di servizi pubblici senza procedura concorrenziale, poiché un simile affidamento viola gli artt. 43 CE o 49 CE o ancora i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza (sentenza *Parking Brixen*, *cit.*, punto 52).

24.– Tuttavia, nel settore delle concessioni di servizi pubblici, 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 sul concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, e se il detto concessionario realizza la parte più importante della propria attività con l'autorità che lo detiene (sentenza *Parking Brixen*, *cit.*, punto 62).

25.– Una normativa nazionale che riprenda testualmente il contenuto delle condizioni indicate al punto precedente, come fa l'art. 113, quinto comma, del D.Lgs. n. 267/2000, come modificato dall'art. 14 del D.L. n. 269/2003, è in linea di principio conforme al diritto comunitario, fermo restando che l'interpretazione di tale disciplina deve a sua volta essere conforme alle esigenze del diritto comunitario.

26.– Va precisato che, trattandosi di un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le due condizioni enunciate al punto 24 della presente sentenza devono essere interpretate restrittivamente, 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. sentenze 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle* e *RPL Lochau*, *Racc.* pag. I-1, punto 46, e *Parking Brixen*, *cit.*, punto 63).

27.– Stando alle osservazioni scritte presentate alla Corte dall'AMTAB Servizio, il Comune di Bari ha deciso, in data 27 dicembre 2002, di cedere una partecipazione corrispondente all'80% delle azioni di tale società da esso detenute, e in data 21 maggio 2004 ha deciso di avviare, a tal fine, la procedura di gara ad evidenza pubblica per la selezione del socio privato di maggioranza. Tale informazione è stata confermata dall'ANAV nel corso dell'udienza dinanzi alla Corte.

28.– Nella stessa udienza, però, il Comune di Bari ha sostenuto di aver rinunciato all'intenzione di cedere una parte delle proprie azioni dell'AMTAB Servizio. Esso avrebbe deciso, in data 13 gennaio 2005, di non dare seguito alla propria delibera precedente, e di non privatizzare più detta società. Tale provvedimento non sarebbe stato inserito nei documenti inviati dal giudice *a quo* in quanto adottato successivamente all'ordinanza di rinvio.

29.– Spetta al detto giudice, e non alla Corte, chiarire se il Comune di Bari intenda aprire il capitale dell'AMTAB Servizio ad azionisti privati. Tuttavia, allo scopo di fornire a tale giudice elementi utili per risolvere la controversia sottopostagli, va precisato quanto segue.

30.– Qualora, durante la vigenza del contratto di cui alla causa principale, il capitale dell'AMTAB Servizio fosse aperto ad azionisti privati, la conseguenza di ciò sarebbe l'affidamento di una concessione di servizi pubblici ad una società mista senza procedura concorrenziale, il che contrasterebbe con gli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario (v., in tal senso, sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, *Commissione/Austria*, *Racc.* pag. I-9705, punto 48).

31.– Infatti, la partecipazione, ancorché minoritaria, di un'impresa privata nel capitale di una società alla quale partecipa pure l'autorità pubblica concedente esclude in ogni caso che la detta autorità pubblica possa esercitare su una tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (v., in tal senso, sentenza *Stadt Halle* e *RPL Lochau*, *cit.*, punto 49).

32.– Quindi, se la società concessionaria è una società aperta, anche solo in parte, al capitale privato, tale circostanza impedisce di considerarla una struttura di gestione «interna» di un servizio pubblico nell'ambito dell'ente pubblico che la detiene (v., in tal senso, sentenza *Coname*, *cit.*, punto 26).

33.– Alla luce delle considerazioni svolte, la questione pregiudiziale va risolta dichiarando che gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, nonché i principi di parità di trattamento, di non

discriminazione sulla base della nazionalità e di trasparenza non ostano ad una disciplina nazionale che consente ad un ente pubblico di affidare un servizio pubblico direttamente ad una società della quale esso detiene l'intero capitale, a condizione che l'ente pubblico eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la detiene".

ALLEGATO 2

Corte di Giustizia delle Comunità europee, Prima Sezione, sentenza 11 maggio 2006 nella causa C-340/04 – Domanda di pronuncia pregiudiziale del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, con ordinanza 27 maggio 2004, pervenuta in cancelleria il 9 agosto 2004 – Carbotermo Spa, Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio, AGESP Spa – Pres. P. Jann – Avv. Gen. C. Stix-Hackl. Governi italiano (ag. I. M. Braguglia), tedesco (ag. W. D. Plessing), austriaco (ag. M. Fruhmann), polacco (ag. T. Nowakowski), Regno Unito (ag. M. Hoskins), e la Commissione delle Comunità europee.

I FATTI.

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (*GU* L 199, pag. 1).

2. Tale domanda è stata sollevata nell'ambito di una controversia che vede contrapporsi l'impresa Carbotermo SpA (in prosieguo: la «Carbotermo») e il consorzio Alisei al comune di Busto Arsizio e all'impresa AGESP SpA (in prosieguo: la «AGESP») in merito all'affidamento a quest'ultima di un appalto relativo alla fornitura di combustibili, alla manutenzione, all'adeguamento normativo e alla riqualificazione tecnologica degli impianti termici degli edifici del suddetto comune.

I QUESITI.

1.– Se sia compatibile con la direttiva 93/36 (...) 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 (...), e possa ritenersi sussistente nel caso in cui la suddetta impresa realizzi la prevalenza dei preventi con l'Ente pubblico controllante o, in alternativa, nel territorio dell'Ente stesso.

LE CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE.

«(Omissis)

IV – *Sulle questioni pregiudiziali*

15.– Tutte e due le questioni pregiudiziali riguardano in sostanza i due presupposti cumulativi che consentono a determinati appalti quasi *in house* di essere sottratti alla diret-

tiva 93/36 (la c.d. «eccezione Teckal», o i «requisiti Teckal»): un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e lo svolgimento della parte più importante della propria attività a favore di chi detiene le quote. Se tali presupposti sussistono, non sono applicabili le disposizioni della direttiva, tra le quali l'obbligo di seguire specifiche procedure.

16.– Va chiarito che nel presente procedimento è rilevante la vecchia disciplina normativa, non la nuova (quella del c.d. «pacchetto legislativo»).

V – Osservazioni preliminari

17.– Il presente procedimento, come anche quelli precedenti, dimostra che i requisiti Teckal consistono in un insieme di concetti indeterminati, che hanno comportato tutta una serie di problemi giuridici e di distinzioni problematiche. Sulla base di tale esperienza si pone il problema di come la Corte possa garantire la massima chiarezza giuridica e, in tal modo, la massima certezza del diritto per gli interessati: una possibilità potrebbe essere quella di non raffinare la propria giurisprudenza solo con riferimento a casi specifici, ma di precisarla in termini più generali di quanto fatto sino ad ora. Un'altra possibilità potrebbe essere quella di superare le incertezze introdotte con l'eccezione Teckal attraverso una completa revisione della propria giurisprudenza. Nel novembre 1999 la Corte, con la sentenza Teckal, ha aperto le porte ad eccezioni alla direttiva. Resta però non chiaro quanto tale spiraglio sia largo.

18.– Proprio il presente procedimento indica che tale situazione ha effetti anche sui supremi giudici nazionali, come il Consiglio di Stato italiano. Stando all'ordinanza di rinvio, le linee guida fissate dal Consiglio di Stato per gli appalti quasi *in house* si rifanno ad una decisione della Corte. A prescindere dalla questione dell'aderenza di tale giurisprudenza a quella della Corte, resta il fatto che il procedimento principale, come altri in diversi Stati membri, dimostra che, evidentemente, la giurisprudenza della Corte non fornisce alcuna chiara indicazione per gli ambienti economici interessati e per i giudici degli Stati membri.

19.– Per rendere possibile alla Corte una scelta tra le diverse opzioni, nel prosieguo preciserò in termini più generali, nonostante i dubbi espressi, l'eccezione Teckal. Alla Corte resta comunque sempre aperta l'altra opzione.

VI – Primo requisito: controllo analogo a quello esercitato su un proprio servizio

20.– Il presente procedimento presenta varie particolarità, che lo distinguono nel suo insieme da altre cause, pendenti o già decise, in materia di c.d. «*Public-Private-Partnerships*».

21.– A differenza che nella vicenda esaminata nella causa Stadt Halle, qui manca, a quanto risulta dagli atti, una partecipazione di imprese private. Inoltre, nel presente procedimento è in gioco uno strumento societario diverso da quello della causa Stadt Halle, e cioè una società per azioni. A differenza che nelle cause Parking Brixen e Teckal, in questo caso l'appalto non è andato ad una società figlia, ma ad una «nipote» dell'ente locale.

A – Valutazione giuridica delle partecipazioni indirette

22.– Il primo elemento che connota la vicenda che deve essere esaminata nel presente procedimento è la circostanza, analoga a quella della causa Stadt Halle, che l'appalto non è andato direttamente al soggetto a cui l'ente locale direttamente partecipa.

23.– In tale contesto si pone il problema dell'applicabilità in via di principio dei criteri Teckal a situazioni di partecipazione indiretta; in altri termini, se siano sottratte alle regole delle direttive sugli appalti anche fattispecie in cui l'ente pubblico a favore del quale è svolta la prestazione partecipa al soggetto interessato solo tramite un'altra società.

24.– La Commissione e il governo polacco respingono recisamente tale ipotesi, per ragioni di principio.

25.– Dalla giurisprudenza della Corte non si può trarre alcuna indicazione conclusiva. Ciò vale anche dopo la sentenza nella causa Parking Brixen.

26.– A favore della generale applicabilità dei criteri Teckal anche nei casi di partecipazione indiretta depone il fatto che la Corte, nella causa Stadt Halle, ha appunto verificato la sussistenza dei presupposti per entrambi i criteri Teckal. Se ne potrebbe inferire un implicito riconoscimento di principio.

27.– Il testo della sentenza Stadt Halle sembra però fornire un'indicazione opposta. Al punto 49 è affermato quanto segue: «(...) realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano». Se ne potrebbe dedurre che lo scambio di prestazioni deve avvenire direttamente tra l'amministrazione aggiudicatrice, detentrica delle quote, e il soggetto di cui l'amministrazione aggiudicatrice possiede le quote.

28.– Poiché tuttavia tale diversa interpretazione si riferisce espressamente al secondo criterio, cioè allo svolgimento della parte principale della propria attività, se ne potrebbe in realtà concludere che la sentenza Teckal non contiene alcuna esplicita indicazione sulla possibilità che anche partecipazioni indirette possano soddisfare il primo criterio.

29.– D'altra parte, il fatto che alla base della causa Teckal vi fosse una partecipazione di più enti pubblici, e che la Corte abbia implicitamente riconosciuto simili situazioni, introducendo i c.d. requisiti Teckal, depone invece nel senso che in via di principio anche le partecipazioni indirette possono essere comprese. Il presupposto è però che il requisito del controllo sia rispettato a tutti i livelli di partecipazione.

30.– Tale criterio è soddisfatto, stando alla sentenza Parking Brixen, se sussiste una «possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti». A tal fine è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. D'altra parte, secondo tale sentenza non sembra necessario che tale influenza sia anche concretamente esercitata.

B – Valutazione giuridica delle imprese partecipate da più enti pubblici

1. In generale

31.– La vicenda del procedimento principale presenta anche un'altra particolarità che la distingue da quella alla base della sentenza Stadt Halle. Nel presente procedimento non siamo in presenza di un ente misto pubblico-privato, ma di un soggetto, o meglio della sua società controllante, del quale non fanno parte imprese private. Ciò non risulta dall'ordinanza di rinvio, ma dagli altri atti di causa. Peraltro la partecipazione di altri soggetti riguarda solo lo 0,02 %. Poiché tale quota residua è in possesso di altri comuni, e quindi di soggetti pubblici, siamo in presenza di un'impresa partecipata da più enti pubblici, ovvero di una c.d. «*Public-Public-Partnership*».

32.– Se si contestualizza la situazione del procedimento in esame nella giurisprudenza elaborata dalla Corte fino ad oggi, risulta il quadro seguente. Da un lato vi è una chiara differenza rispetto alla causa Stadt Halle, al centro della quale era un soggetto pubblico-privato, dall'altro appare chiara la prossimità alla vicenda Teckal, che ruotava attorno ad un soggetto le cui quote erano detenute da più enti pubblici. Infatti il soggetto che in tale secondo caso doveva effettuare eseguire l'appalto di fornitura, l'AGAC, possedeva sì una propria personalità giuridica, ma era il prodotto dell'iniziativa di più comuni.

33.– A favore dell'applicabilità dell'eccezione Teckal a soggetti le cui quote sono detenute da più enti pubblici depone, oltre alla sentenza Teckal, come già esposto, anche il fatto

che per la Corte, nella causa Stadt Halle, l'elemento decisivo è stata la considerazione che le imprese private perseguono fini differenti rispetto a quelli degli enti locali.

34.– Nel presente procedimento vi è però soltanto una partecipazione di comuni, e non vi sono interessi di privati. Poiché i comuni perseguono fini di pubblico interesse, quanto meno ad un primo esame si potrebbe concludere che il requisito del controllo è rispettato perfino nella sua interpretazione più rigorosa. Ciò è senza dubbio vero qualora si interpreti il requisito della coincidenza degli interessi nel senso che esso è garantito già dall'assenza di interessi privati. D'altra parte non è escluso, ed è anzi confermato dalla partecipazione dei comuni alla vita economica, che i comuni possano anche perseguire interessi diversi. In un simile caso la coincidenza degli interessi non esiste più.

35.– Non si può infine ignorare il fatto che nella causa Teckal la questione riguardava una c.d. «azienda municipalizzata», e non una società per azioni, come nel presente caso. Sul significato della forma societaria si ritornerà più avanti.

36.– La risposta alla questione relativa al modo di considerare i soggetti le cui quote sono detenute da più enti pubblici deve però essere data anche alla luce dei principi interpretativi esplicitamente affermati nella sentenza Stadt Halle, in base ai quali ogni eccezione all'obbligo di applicare le disposizioni comunitarie deve essere interpretata restrittivamente.

37.– Anche nella sentenza Stadt Halle, in cui pure non si trattava di una partecipazione di più soci, la Corte ha avvalorato la sostanziale applicabilità dell'eccezione Teckal a soggetti con più soci. Ciò si può ricavare dal fatto che la Corte non solo ha ripreso letteralmente l'eccezione Teckal, ma ha anche ricordato che nella causa Teckal il soggetto era controllato da «autorità pubbliche». Qui dunque la Corte ha utilizzato la pluralità di soci non solo in riferimento al secondo criterio dell'eccezione Teckal.

38.– Ne consegue dunque che, in via di principio, anche i soggetti che hanno più soci possono ricadere nell'eccezione Teckal.

39.– Per poter ricorrere all'eccezione Teckal anche nel presente caso è però necessario fare ancora un altro passo, poiché qui ci si trova anche in presenza di una partecipazione indiretta. A mio parere, anche in un simile caso non si può escludere a priori, in via generale ed astratta, l'applicabilità dell'eccezione Teckal.

40.– È invece necessario verificare in concreto se il criterio del controllo sia rispettato. In proposito, va tenuta a mente l'indicazione formulata dalla Corte nella causa Parking Brixen. Si tratta di verificare se l'entità controllata disponga soltanto di una limitata autonomia, in particolare nei confronti dei soci.

41.– Poiché in questo caso, ai sensi dello statuto, sussiste la possibilità della partecipazione di soggetti privati, sotto il profilo del criterio del controllo è necessario verificare se una futura apertura del capitale sociale a privati possa avere un rilievo giuridico.

42.– Relativamente all'apertura del capitale sociale a privati è possibile distinguere il caso in cui una partecipazione di privati sia soltanto legalmente possibile da quello in cui essa sia giuridicamente obbligatoria. Per quanto riguarda il primo caso, si potrà poi ulteriormente distinguere a seconda che di tale possibilità si sia poi realmente fatto uso – in tal caso la situazione della preventiva apertura a privati, come nel caso Stadt Halle, è fuori discussione fin dall'inizio – oppure no.

43.– A tale proposito la Commissione ha sostenuto che anche una partecipazione solo potenziale di privati, come quella prevista dallo statuto di una società di capitali, depone nel senso di una mancata soddisfazione del criterio del controllo.

44.– Contro tale posizione estrema, sostenuta dalla Commissione, militano innanzitutto considerazioni di principio. In tal modo la qualificazione giuridica di piani di cooperazio-

ne tra pubblico e privato dipenderebbe da semplici *possibili* futuri sviluppi. Che questi si verifichino *effettivamente* diverrebbe invece irrilevante. Un tale approccio è inusuale rispetto al sistema delle direttive sugli appalti. Inoltre, secondo il diritto dello Stato membro interessato potrebbe anche essere vietato proibire, nello statuto, il trasferimento di quote a privati.

45.– D'altra parte il principio della protezione dagli abusi, che permea le direttive in materia di appalti, richiede, viceversa, che siano tenuti in considerazione determinati eventi che si dovessero verificare dopo l'assegnazione dei servizi, vale a dire dopo l'aggiudicazione. Ciò riguarda in particolare il caso in cui al momento dell'affidamento un'apertura non sia ancora avvenuta, ma sia già in concreto programmata.

46.– Ci si può chiedere se la sentenza Parking Brixen modifichi qualcosa in tale valutazione. A favore di una risposta negativa depone il fatto che lì, al contrario che nel caso presente, l'apertura della società al capitale esterno era necessariamente prevista, ed ha costituito soltanto uno dei cinque elementi fondamentali per la decisione. Ciò non esclude ancora, tuttavia, che già l'apertura possibile – anche se solo insieme ad altre particolarità che caratterizzano la situazione oggetto del procedimento principale – possa condurre al fatto che, qui, non sia raggiunta la soglia minima di controllo. È dunque necessario ancora esaminare tali particolarità, e il loro significato per il controllo.

47.– A tale proposito è necessario richiamare la situazione alla base di un procedimento d'infrazione contro la Repubblica d'Austria, e la valutazione giuridica che ne ha di recente fatto la Corte.

48.– Nella causa Commissione/Austria la questione era quella dell'affidamento del servizio di smaltimento dei rifiuti, da parte della città di Mödling, ad una società a responsabilità limitata, dunque da parte di un comune ad una società controllata al 100 %. Circa due settimane dopo l'affidamento del servizio l'amministrazione comunale aveva deciso di cedere il 49 % delle quote ad un'impresa privata. Tale cessione aveva a sua volta luogo dopo altre due settimane circa. Qualche settimana più tardi era iniziato lo svolgimento del servizio affidato.

49.– Nella relativa sentenza, del 10 novembre 2005, la Corte ha affermato che tutte le fasi devono essere considerate nel loro insieme e in funzione del loro obiettivo, e non isolatamente. Ciò significa che devono essere tenuti in considerazione anche gli sviluppi successivi all'aggiudicazione del servizio, come la Corte ha in quel procedimento anche affermato in modo esplicito. Lì però, a differenza che nel presente caso, si trattava di sviluppi *effettivamente* verificatisi: in particolare, era stato già fatto uso della possibilità di aprire la società a partecipazioni private. Ciò era già avvenuto nel momento in cui la Corte si è pronunciata sulla vicenda.

50.– Nel presente procedimento invece non risulta dagli atti se – ed eventualmente quando – si sia avuta una cessione di quote a privati, né che si siano elaborati piani in tal senso. In tale prospettiva né la sentenza Parking Brixen né quella Commissione/Austria forniscono una chiara indicazione del fatto che la semplice *possibilità* di apertura della società a privati possa essere sufficiente.

51.– Si può pertanto concludere che la giurisprudenza, ad oggi, non esclude necessariamente dall'eccezione Teckal gli appalti affidati a soggetti partecipati da più enti pubblici. Si devono quindi vedere ora le caratteristiche che tali situazioni devono presentare.

2. Le specifiche condizioni

52.– Le condizioni necessarie affinché un appalto affidato ad un soggetto partecipato da più enti pubblici possa ricadere nell'eccezione Teckal si riferiscono al rapporto tra il soggetto interessato e i soggetti pubblici che direttamente o indirettamente ne detengono le quote.

53.– Va innanzitutto respinto l'argomento, dedotto nel corso del procedimento, secondo il quale l'eccezione Teckal riguarderebbe soltanto i casi di «delegazione interorganica (o interorganizzativa)» e di articolazioni della struttura organizzativa di un ente locale. Nella giurisprudenza della Corte non si rinviene alcun riferimento a tali categorie.

54.– In generale in tale ambito la Corte, in particolare anche nella sentenza *Parking Brixen*, muove da considerazioni di tipo sostanziale, e non formale. Bisogna quindi esaminare, come si vedrà meglio più avanti, la struttura dei rapporti tra i soci. Andranno specificamente esaminate tanto disposizioni generali ed astratte, come il diritto societario nazionale, quanto la configurazione concreta, come lo statuto del soggetto interessato.

55.– Nel presente caso il soggetto che deve svolgere il servizio non è, come nella sentenza *Stadt Halle*, una società a responsabilità limitata di diritto tedesco, ma una società per azioni di diritto italiano.

56.– Sono qui applicabili le disposizioni rilevanti del codice civile italiano.

57.– Vi è una differenza anche rispetto al soggetto preso in esame nella causa *Teckal*. Mentre lì la forma giuridica era quella dell'azienda municipalizzata, qui siamo in presenza di un soggetto, la *AGESP*, che era tale in origine, ma che è stata trasformata in società per azioni con deliberazione 24 settembre 1997, n. 148.

58.– Anche secondo il diritto italiano le società per azioni dispongono in generale di autonomia più ampia delle società a responsabilità limitata.

59.– A mio giudizio un esame astratto delle possibilità di influenza dei soci sulle società per azioni in base al codice civile e della loro capacità di influire sulle relative società controllate non è sufficiente. Come ho già indicato, si tratta invece di esaminare la concreta configurazione dei rapporti tra la società «nonna» e la società madre, nonché tra la società madre e la società figlia.

60.– La forma giuridica della società per azioni, ad esempio di quella secondo il diritto italiano, di per sé non crea problemi. Ciò si ricava del resto anche dalla sentenza *Parking Brixen*, che riguarda proprio una società per azioni di diritto italiano. Già dal fatto che per la Corte tale elemento non sia stato sufficiente per affermare l'autonomia della società, e quindi l'assenza del controllo, si ricava che la forma giuridica della società per azioni di diritto italiano, di per sé, non esclude l'esistenza di un sufficiente controllo.

61.– D'altra parte, la trasformazione di un'azienda municipalizzata in una società per azioni è quantomeno una delle varie circostanze di cui va tenuto conto per valutare l'autonomia.

62.– Per valutare la configurazione concreta occorre in ogni caso fare riferimento ai poteri effettivamente spettanti ad ogni socio, e non al loro effettivo esercizio nella prassi. Tale principio è stato ora confermato dalla Corte nella sentenza *Parking Brixen*, in cui essa ha esaminato lo statuto della società per azioni in oggetto.

63.– Inoltre i diritti di controllo del socio o dei soci non devono necessariamente riguardare soltanto le decisioni di aggiudicazione degli appalti in generale o il singolo specifico affidamento, ma devono estendersi alla gestione della società in generale.

64.– Quanto ai mezzi per esercitare il controllo, in genere si tratta di poteri direttivi, ispettivi e di nomina. Sul punto occorre muovere dal principio secondo il quale si guarda alla possibilità di esercitare un'influenza, e non soltanto alle disposizioni normative.

65.– In conclusione, bisogna ancora fare riferimento all'argomento, dedotto nel corso del procedimento, secondo il quale la valutazione di una procedura di affidamento e l'utilizzo dell'eccezione *Teckal* dipendono dal comportamento delle parti, vale a dire del soggetto controllante e del soggetto controllato, in occasione del singolo specifico appalto.

66.– Si potrebbe così, sulla base del comportamento delle parti – in primo luogo del soggetto partecipato da più enti pubblici – nella procedura di appalto, valutare il loro grado di autonomia rispetto all'ente aggiudicatore.

67.– Nel presente procedimento si è fatto essenzialmente riferimento al contenuto del contratto. In particolare, secondo questa tesi si dovrebbe valutare, quale indizio dell'autonomia della AGESP, la penale prevista nel contratto per il caso del mancato raggiungimento di determinati obiettivi.

68.– Poiché il criterio del controllo si riferisce alla capacità di influenzare la gestione della società nel suo complesso, il comportamento tenuto dal soggetto da valutare nell'ambito di una concreta procedura di appalto può non essere decisivo. Ciò potrebbe infatti in particolare condurre ad una situazione in cui il medesimo soggetto ricade nell'eccezione Teckal in una procedura di affidamento e non vi ricade in un'altra. Tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte non si ricava un tale metodo valutativo «caso per caso». Al contrario, la qualificazione del rapporto, e quindi la sussistenza del criterio del controllo, è ricondotta dalla Corte ad elementi che caratterizzano i soggetti interessati.

69.– In concreto, per valutare se le disposizioni generali ed astratte del diritto nazionale e la concreta configurazione dello statuto della società interessata, in questo caso in particolare l'art. 19, consentano un controllo sufficiente, è necessario esaminare una fattispecie concreta. Questa valutazione però, così come l'interpretazione del diritto nazionale, ai sensi della ripartizione di competenze di cui all'art. 234 CE non spetta alla Corte, ma al giudice nazionale.

C – Conclusioni intermedie

70.– Il criterio del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi può essere soddisfatto anche nel caso di imprese partecipate da più enti pubblici. La valutazione del caso concreto oggetto del procedimento principale spetta al giudice nazionale. Egli deve valutare la situazione sulla base dei seguenti elementi:

- gli interessi dei detentori delle quote;
- la trasformazione dell'azienda municipalizzata in una società per azioni;
- la circostanza che l'apertura della società al capitale esterno non sia prevista obbligatoriamente, né sia di fatto avvenuta;
- la possibilità per la AGESP di aprire filiali anche all'estero;
- l'ampiezza della possibilità di influenzare la nomina del consiglio di amministrazione e la dirigenza della società;
- i poteri del consiglio di amministrazione della AGESP, nonché
- la circostanza che il comune partecipi alla AGESP indirettamente, attraverso la AGESP Holding.

71.– Naturalmente la Corte potrebbe anche in questo caso – come già nelle cause Stadt Halle e Parking Brixen - dare già una valutazione conclusiva di una vicenda come quella oggetto del procedimento principale. Poiché la situazione che si è esposta coincide largamente con quella della causa Parking Brixen, a cui si aggiunge qui la partecipazione indiretta, si potrebbe concludere – sulla base della giurisprudenza formatasi fino ad oggi, da molti considerata troppo rigorosa – che nella situazione di cui alla causa principale non sia soddisfatto il primo criterio, vale a dire quello del controllo sufficiente, analogo a quello esercitato sui propri servizi.

72.– Se invece la Corte ritenesse di cogliere l'occasione per precisare ulteriormente la propria giurisprudenza affermando che almeno alcune *partnership* di enti pubblici possono

soddisfare il requisito del controllo, e pervenisse alla conclusione che è quanto avviene anche nel caso in esame, la Corte avrebbe la possibilità di chiarire – per la prima volta – il secondo criterio Teckal, vale a dire quello della prevalenza.

VII – *Secondo requisito: svolgimento prevalente della propria attività a favore del titolare delle quote*

73.– A differenza che per il primo, per il secondo criterio Teckal non esiste una giurisprudenza della Corte, successiva a tale sentenza, che lo abbia precisato. Il presente procedimento offre ora alla Corte l'occasione di farlo.

74.– Il procedimento principale riguarda peraltro una situazione in cui al primo livello, vale a dire tra il Comune e la AGESP Holding, vi è una partecipazione quasi del 100 %, e al secondo livello, cioè tra la AGESP Holding e la AGESP, una partecipazione del 100 %.

75.– Come già nella causa Stadt Halle, anche qui si ha un caso di partecipazione indiretta. Si tratta dunque di verificare se anche l'attività di una «società nipote» a favore della «nonna» possa essenzialmente soddisfare il secondo requisito Teckal.

A – Ipotesi di partenza

76.– Poiché la Corte, nella sentenza Stadt Halle, a causa dell'interpretazione che ha scelto per il primo criterio, non ha dovuto affrontare l'analisi del secondo, è ora logico che io riprenda quanto ho affermato nelle mie conclusioni in quella causa.

77.– Il secondo criterio indicato nella sentenza Teckal, relativo alla prevalenza, riguarda una determinata quota minima delle attività svolte nel complesso dal soggetto controllato. Di conseguenza, si tratta di accertare la portata delle attività complessivamente svolte nonché di quelle svolte, in senso ampio, per l'ente titolare delle quote.

78.– Tuttavia, a questo proposito, occorre osservare che dalla circostanza che la nozione di ente titolare delle quote non va interpretata in senso troppo restrittivo non si può concludere che in essa siano incluse anche attività prestate a favore di terzi, che però l'ente stesso dovrebbe altrimenti fornire. Nella pratica ciò riguarda innanzi tutto i servizi di interesse generale e nella fattispecie segnatamente le amministrazioni comunali, sulle quali grava l'obbligo di fornire determinate prestazioni nei confronti di determinati soggetti.

79.– Occorre inoltre chiarire che assumono rilievo le attività effettive, e non anche le attività astrattamente consentite dalla legge o dallo statuto sociale, o addirittura le attività che il soggetto controllato è obbligato a svolgere.

80.– Orbene, la questione fondamentale è a partire da quale percentuale venga raggiunta la soglia di applicabilità del secondo criterio Teckal. A questo riguardo ci sono diverse tesi, e nel ventaglio di soluzioni proposte la quota necessaria va da più del 50 % a «considerevole», «decisamente prevalente», «quasi esclusiva», fino ad «esclusiva».

81.– Quanto alla soglia, oltre ad un approccio positivo, consistente nel determinare la portata delle prestazioni fornite all'ente che detiene le quote, viene propugnato anche un approccio negativo. Secondo tale approccio negativo occorrerebbe considerare l'entità della quota di prestazioni fornite a soggetti diversi dall'ente detentore delle quote. Quest'ultima tesi è quella sostenuta nelle conclusioni presentate dall'avvocato generale Léger nella causa ARGE. L'avvocato generale sostiene che «la direttiva è applicabile quando tale ente svolge essenzialmente la propria attività con operatori o enti territoriali *diversi* da quelli che compongono tale amministrazione aggiudicatrice». Tuttavia, alla luce dell'approccio positivo scelto per il secondo criterio nella causa Teckal, nel caso di specie non occorre soffermarsi ulteriormente sull'approccio negativo.

82.– Nondimeno, dal brano citato delle conclusioni presentate dall'avvocato generale Léger emerge un altro aspetto rilevante da prendere in considerazione nell'ambito della determinazione della quota.

83.– Si pone infatti la questione di capire se il secondo criterio Teckal consenta solo un metodo di valutazione quantitativo o se invece occorra tener conto anche di elementi qualitativi. Quest'ultima tesi è corroborata dalla lettera e dal senso dell'eccezione stessa, che non fornisce neppure alcuna indicazione circa il modo di valutare le attività. Nemmeno la versione autentica del corrispondente passaggio della sentenza Teckal, vale a dire la versione italiana, esclude un metodo di valutazione qualitativo, in aggiunta o in alternativa («la parte più importante della propria attività»).

84.– Del resto, la sentenza Teckal non contiene neppure alcuna indicazione circa il metodo di calcolo della quota. Pertanto, non è scontato che a tal fine assuma rilievo esclusivo il fatturato.

85.– Il giudice nazionale deve dunque accertare, a mio parere, quale sia la «parte più importante delle attività» sulla base di elementi quantitativi e qualitativi.

86.– A questo proposito va ricordato che la versione facente fede delle conclusioni è quella nella lingua scelta dall'avvocato generale. Pertanto, dalle conclusioni dell'avvocato generale Léger emerge il seguente quadro: da un lato, l'avvocato generale si fonda sulla «quasi-exclusivité» delle prestazioni fornite, mentre nella versione tedesca si incontra l'espressione «*sämtliche Dienstleistungen*» (tutte le prestazioni di servizi). Dall'altro, l'avvocato generale fa leva sulla versione del secondo criterio Teckal nella lingua processuale, che è l'italiano, e usa le espressioni «*en grande partie*», che nella versione tedesca viene resa con «*im Wesentlichen*» (sostanzialmente), o «*la plus grande partie de leur activité*» («*den größten Teil ihrer Tätigkeit*», la maggior parte della propria attività).

87.– Per concretizzare ulteriormente, viene richiamata in dottrina, ma anche in procedimenti dinanzi alla Corte, la regola dell'80 % di cui all'art. 13 della direttiva 93/38. A motivazione di tale proposta è stato addotto il carattere «oggettivo» o «congruo» della regola suddetta.

88.– A questo riguardo va osservato che anche un'altra percentuale fissa potrebbe essere oggettiva o congrua. Tuttavia, come evidenziato da alcune parti nel presente procedimento pregiudiziale, ho già sottolineato nelle mie conclusioni nella causa Stadt Halle come la rigidità di una percentuale fissa possa anche costituire un ostacolo per una soluzione corretta. Inoltre essa non consente di prendere in considerazione elementi che non siano quantitativi.

89.– Alla trasponibilità della regola dell'80 % di cui all'art. 13 della direttiva 93/38 osta in primo luogo la circostanza che si tratta di una disposizione eccezionale contenuta in una direttiva valida solo per taluni settori. La valutazione ivi contenuta è circoscritta, conformemente alla volontà del legislatore comunitario, alla medesima direttiva. Seppure il concetto di fondo dovesse essere praticamente applicabile anche al di fuori dei settori esclusi dal regime generale, è tuttavia determinante il fatto che una siffatta disciplina non è stata adottata invece nella direttiva applicabile nel caso di specie.

90.– In secondo luogo, chi sostiene l'applicabilità della soglia dell'80% trascura il fatto che l'art. 13 della direttiva 93/38 vale soltanto per le prestazioni di servizi. In quanto disposizione eccezionale essa non può essere applicata agli appalti di forniture nell'ambito dei settori esclusi dal regime generale neanche in via analogica. Solo la modifica intervenuta con il pacchetto legislativo ne ha previsto l'estensione alle forniture.

91.– In terzo luogo, il legislatore comunitario, anche in occasione della riformulazione delle direttive nell'ambito del c.d. pacchetto legislativo ha conservato la soglia dell'80%

solo per i settori esclusi dal regime generale, evitando di estenderla all'ambito della c.d. direttiva classica. Eppure quando è intervenuta la nuova disciplina il secondo criterio Teckal era già noto, ed è stato anzi oggetto di discussioni nel corso del procedimento legislativo.

92.– In quarto luogo, un ulteriore motivo osta ad un'applicazione analogica dell'art. 13 della direttiva 93/38. Infatti, il n. 2 di detto articolo impone agli enti aggiudicatori di fornire alla Commissione, dietro sua richiesta, talune informazioni. Questa disposizione funge da contrappeso procedurale all'eccezione disciplinata dall'art. 13. Tuttavia, nel caso dell'eccezione Teckal la Corte ha preso un'altra direzione.

93.– In quinto luogo, già solo il fatto che la Corte non abbia definito il secondo criterio Teckal richiamando la direttiva 93/38, ad essa certamente nota, depone contro la trasferibilità della regola. La Corte si è invece accontentata di due presupposti di fatto diversi dall'art. 13, e cioè i due criteri Teckal. Tali presupposti devono peraltro, in assenza di una norma procedimentale comparabile a quella di cui all'art. 13, essere interpretati restrittivamente.

94.– Si deve quindi in definitiva ritenere che la soglia dell'80 % di cui alla direttiva 93/38 non costituisca un parametro per determinare la prevalenza dell'attività svolta.

B – *Sviluppi dell'ipotesi alla luce della giurisprudenza più recente*

95.– Il requisito della prevalenza, in quanto presupposto per l'applicazione di un'eccezione, deve essere interpretato restrittivamente. Ciò è stato confermato dalla Corte quando essa ha affermato, al punto 63 della causa Parking Brixen, quanto segue:

«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».

96.– Tali indicazioni devono essere osservate anche nel presente procedimento.

97.– Io sostengo inoltre – come già nelle mie conclusioni nella causa Stadt Halle – che la «parte più importante dell'attività» deve essere verificata non solo sulla base di criteri quantitativi, ma anche qualitativi.

98.– Per quanto riguarda gli elementi *qualitativi*, sarebbe necessario verificare come e a favore di chi il soggetto controllato in esame svolge la propria attività. A tale proposito è determinante il fatto che esista un mercato per l'attività del soggetto, e che questo offra su tale mercato una parte delle prestazioni fornite a soggetti diversi dall'ente controllante.

99.– Ciò non deve tuttavia essere inteso nel senso che le prestazioni fornite dal soggetto interessato devono essere richieste per forza anche da soggetti non pubblici. Il fatto che per un determinato bene o servizio vi siano soltanto *richiedenti* pubblici ancora non significa che non vi sia un mercato. Ci possono infatti essere altri *offerenti*. Così, la valutazione degli aspetti qualitativi non dipenderebbe soltanto dal rapporto tra il soggetto offerente e quello che lo controlla, ma piuttosto, in linea con gli obiettivi concorrenziali della normativa sugli appalti, anche dalla loro posizione economica sul mercato. In tal modo ci si accosterebbe all'ipotesi nella quale, in base alle direttive, è possibile procedere a trattativa senza pubblicazione del bando, e cioè nei casi in cui solo un operatore economico è in grado di eseguire l'appalto.

100.– È inoltre indispensabile chiarire se si deve fare riferimento solo alle attività effettivamente esercitate o invece anche allo scopo dell'impresa – ad esempio l'oggetto sociale in base allo statuto – vale a dire a tutte le attività che il soggetto potrebbe esercitare. Anche se la normativa sugli appalti fa talvolta riferimento agli scopi di un'impresa, una tale impostazione renderebbe ancora più difficile la stima della prevalenza, poiché per potenziali – e non certe – future attività non sarebbe possibile dare al momento indicazioni affidabili.

101.– Ci si deve inoltre chiedere se abbiano rilievo soltanto alcune specifiche attività dell'impresa, oppure tutte. Si potrebbe in effetti anche intendere il requisito della prevalenza nel senso che si deve guardare soltanto a quelle attività che devono essere fornite anche al soggetto controllante, come la fornitura di energia: resterebbero quindi escluse altre attività svolte dall'impresa, come lo smaltimento dei rifiuti, e sarebbe determinante solo la quota nello specifico settore che interessa.

102.– A mio parere già solo il fatto che si sia in presenza di un'eccezione al regime previsto dalla direttiva depone contro una simile interpretazione del secondo criterio Teckal. Ciò potrebbe infatti portare ad un incremento delle eccezioni alla direttiva, in tutti i casi in cui il requisito della prevalenza sia soddisfatto per uno specifico tipo di attività, ma non invece per tutte le attività dell'impresa.

103.– Come sembra risultare necessario sia dal testo della sentenza Teckal che dalla vicenda alla base del procedimento, il requisito della prevalenza non può però essere considerato soddisfatto solo perché l'attività a favore di un detentore di quote supera la soglia della prevalenza; è invece necessario considerare l'insieme delle attività svolte per tutti i detentori di quote, insieme che deve poi essere posto in relazione con l'insieme di tutte le attività svolte.

104.– Al punto 50 della sentenza Teckal anche la Corte ha utilizzato, con riferimento al secondo requisito, il plurale, affermando quanto segue:

«Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con *gli enti locali* che la controllano» (44).

105.– Se si segue tale indicazione, non si guarderà soltanto alle prestazioni svolte a favore dell'ente controllante, cioè del comune di Busto Arsizio, ma anche a quelle erogate agli altri detentori di quote.

106.– Per quanto riguarda l'aspetto *quantitativo*, non si deve guardare soltanto al fatturato. Devono invece essere considerati anche altri indicatori economici dell'impresa. In tal senso è possibile, come indicato nella seconda questione pregiudiziale, confrontare la somma dei proventi derivanti dalle attività a favore dei detentori di quote con la somma totale delle entrate. Peraltro, anche per la quota dei proventi totali va utilizzato lo stesso principio che vale per la quota del fatturato totale: non è sufficiente una semplice prevalenza sugli altri proventi. In entrambi i casi si resta fermi all'aspetto quantitativo.

107.– Infine, relativamente al requisito della prevalenza, la Corte non ha precisato in quale momento tale requisito deve sussistere, o quale sia il periodo da prendere in considerazione nell'effettuare la valutazione.

108.– In base al sistema previsto dalle direttive sugli appalti, si dovrebbe trattare del momento in cui l'ente aggiudicatore agisce, in questo caso affida l'appalto. Ciò conduce però ad una valutazione istantanea, a meno che non sia previsto – come nell'art. 13 della direttiva 93/38 – un arco di tempo più ampio.

109.– Poiché la AGESP non svolge prestazioni soltanto per il Comune, ma anche per soggetti terzi nel territorio comunale, sia imprese che privati, si pone poi la questione di capire se, ed eventualmente a quali condizioni, anche prestazioni non erogate direttamente al Comune possano essere considerate prestazioni svolte per il Comune, cioè per l'ente controllante, ai sensi del secondo criterio Teckal.

110.– A questo punto appaiono di nuovo chiare l'indeterminatezza del secondo criterio Teckal e la connessa incertezza giuridica per i soggetti interessati. Proprio ai fini di una maggiore certezza del diritto è necessario un chiarimento.

111.– A tale proposito è stata in particolare sollevata la questione del rilievo possibile del luogo in cui la prestazione è stata svolta. Seguendo tale impostazione, nel procedimento principale si dovrebbero prendere in considerazione solo le prestazioni svolte nel territorio del comune di Busto Arsizio. Un sufficiente legame territoriale rappresenta quantomeno un criterio adeguato di imputazione. Ciò dipende dal fatto che un simile legame svolge un ruolo essenziale anche per la definizione delle competenze degli enti pubblici, in particolare dei comuni. Sarebbe invece troppo restrittivo ritenere di dover considerare soltanto le prestazioni svolte a favore di persone residenti nel territorio del comune. Al contrario si potrebbero però considerare le prestazioni svolte al di fuori del comune, ma a beneficio di persone del comune, ad esempio perché il comune non offre direttamente tali prestazioni – per es. per ragioni di costi – e queste vengono effettuate da un soggetto al quale partecipano più comuni e/o una o più regioni.

112.– Va anche evidenziato che, ai fini della classificazione, non è rilevante chi sia il destinatario della fattura relativa alla prestazione, o chi effettui il pagamento della prestazione. È tipico ad esempio dei servizi di interesse generale svolti in concessione che almeno una parte del corrispettivo provenga dai beneficiari dei servizi dell'ente. Penso in particolare qui alle concessioni per la costruzione di autostrade, previste nelle direttive, che si accompagnano alla riscossione di un pedaggio. Nella realtà comunale sono di grande importanza innanzitutto i trasporti, la fornitura di energia, lo smaltimento dei rifiuti nonché la costruzione, ed eventualmente anche la gestione, di strutture per la formazione o il tempo libero, nonché di parcheggi. In tali casi sarebbe necessario innanzitutto verificare che non si tratti di concessioni di servizi, alle quali, già per la loro natura, non si applica il regime della direttiva.

113.– La Corte dovrebbe chiarire il secondo criterio Teckal indicando le condizioni al sussistere delle quali sono ricomprese anche le prestazioni a favore di terzi. Viene innanzitutto in considerazione il tipo di relazione esistente fra i terzi e il soggetto controllante, in questo caso dunque il comune. Una imputazione al comune è particolarmente verosimile nei casi in cui il comune è tenuto a fornire a terzi una prestazione. Non deve trattarsi necessariamente di un obbligo di prestare assistenza previsto normativamente, ad esempio da leggi regionali. Si potrebbe anche pensare ad obbligazioni di diritto privato, come quelle derivanti da un contratto di privati con il comune. Sarebbe pure necessario chiarire se abbiano rilievo anche ulteriori vincoli contrattuali fra terzi e l'ente che fornisce le prestazioni. Anche in tal caso la risposta dovrebbe dipendere dall'esistenza, a fianco della prestazione materiale, di un rapporto giuridico tra il comune e il soggetto che fornisce le prestazioni.

114.– È comunque da rigettare la tesi secondo la quale va ricompresa ogni prestazione svolta a favore della popolazione dell'ente locale interessato, in questo caso il comune di Busto Arsizio. In tal modo verrebbero infatti incluse anche tutte le altre forniture effettuate a privati, prive di qualunque rapporto con il comune. Non si guarderebbe più al tipo di attività commerciale svolta. Se ad esempio un'impresa non si limitasse a fornire energia o smaltire rifiuti, ma vendesse anche determinati beni, come stufe o contenitori per i rifiuti, anche tali operazioni sarebbero ricomprese, pur trattandosi di beni che ogni consumatore potrebbe acquistare anche da altri fornitori. Un'interpretazione imperniata soltanto sulla qualità dei terzi che ricevono le prestazioni condurrebbe a ritenere ricompresa ogni prestazione svolta a favore degli utenti, solo in quanto residenti nel comune.

115.– Si deve dunque in sintesi affermare che è necessario guardare non soltanto alla qualità del terzo richiedente, ma anche al contenuto negoziale.

C – Conclusioni intermedie

116.– Il criterio in base al quale il soggetto controllato deve realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano può essere soddisfatto anche nei casi di imprese partecipate da più enti pubblici e di partecipazione indiretta. A tale proposito devono essere ascritte al soggetto controllante anche determinate prestazioni erogate a favore di terzi.

117.– Nel presente procedimento il giudice nazionale deve a tal fine considerare una serie di elementi, tra i quali anche i proventi derivanti da attività svolte a favore degli enti controllanti, ma non deve utilizzare il criterio dell'80 % di cui all'art. 13 della direttiva 93/38.

VIII – Conclusione

118.– In conclusione, propongo alla Corte di risolvere come segue le questioni pregiudiziali:

La direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, deve essere interpretata nel senso che essa non osta all'affidamento diretto di un appalto in una situazione come quella oggetto del procedimento principale, purché siano soddisfatte le condizioni seguenti.

In primo luogo, l'ente locale deve esercitare sull'altro soggetto un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Il giudice nazionale deve in proposito verificare i seguenti fattori:

- gli interessi dei detentori delle quote;
- la trasformazione dell'azienda municipalizzata in una società per azioni;
- la circostanza che l'apertura della società al capitale esterno non sia prevista obbligatoriamente, né sia di fatto avvenuta;
- la possibilità per la AGESP di aprire filiali anche all'estero;
- l'ampiezza della possibilità di influenzare la nomina del consiglio di amministrazione e la dirigenza della società;
- i poteri del consiglio di amministrazione della AGESP, nonché
- la circostanza che il comune partecipi alla AGESP indirettamente, attraverso la AGESP Holding.

In secondo luogo tale soggetto deve anche svolgere la parte più importante della propria attività per l'ente o gli enti locali che lo controllano. Il giudice nazionale deve al riguardo prendere in considerazione le circostanze indicate ai paragrafi 76-115, ivi compresi i proventi derivanti da attività svolte a favore dei detentori delle quote, ma non deve utilizzare il criterio dell'80% di cui all'art. 13 della direttiva 93/38/CEE”.

LA RISPOSTA DELLA CORTE AI QUESITI.

«(*Omissis*)

Sulla prima questione

31 La Corte ha già statuito che, se un appalto pubblico ha ad oggetto nel contempo prodotti ai sensi della direttiva 93/36 e servizi ai sensi della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), esso rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 93/36 qualora il valore dei prodotti oggetto dell'appalto sia superiore a quello dei servizi (sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal, *Racc.* pag. I-8121, punto 38). Un appalto come quello di cui trattasi nella causa principale, in cui il valore dei prodotti è superiore a quello

dei servizi oggetto dello stesso, rientra pertanto nell'ambito di applicazione della direttiva 93/36, come ha d'altronde constatato il giudice del rinvio.

32 L'esistenza di un contratto ai sensi dell'art. 1, lett. *a*), della direttiva 93/36 implica che vi sia stato un incontro di volontà tra due persone distinte (sentenza Teckal, *cit.*, punto 49).

33 Conformemente all'art. 1, lett. *a*), della suddetta direttiva, basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato tra, da una parte, un ente locale e, dall'altra, una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la detengono (sentenza Teckal, *cit.*, punto 50).

34 Dall'ordinanza di rinvio e dagli atti di causa risulta che, allo stato, all'amministrazione aggiudicatrice appartiene il 99,98% del capitale della AGESP Holding, mentre il restante 0,02% è nelle mani di altri enti locali. Conformemente allo statuto della AGESP Holding, azionisti privati possono entrare nel capitale di tale società a due condizioni: da un lato, la maggioranza delle azioni è riservata al comune di Busto Arsizio; dall'altro, nessun azionista privato può possedere una quota superiore alla decima parte del capitale della suddetta società.

35 A sua volta, la AGESP Holding detiene, allo stato, il 100% del capitale della AGESP. In base allo statuto di quest'ultima, il suo capitale può essere accessibile ad azionisti privati alla sola condizione che a nessun azionista, ad eccezione della AGESP Holding, possa appartenere più di un decimo del capitale della suddetta società.

36 Per valutare se l'amministrazione aggiudicatrice eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest'esame deve risultare che la società aggiudicataria è soggetta a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società (v. sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, *Racc.* pag. I-8585, punto 65).

37 Il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice detenga, da sola o insieme ad altri enti pubblici, l'intero capitale di una società aggiudicataria potrebbe indicare, pur non essendo decisivo, che l'amministrazione aggiudicatrice in questione esercita su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, ai sensi del punto 50 della menzionata sentenza Teckal.

38 Dagli atti di causa risulta che gli statuti della AGESP Holding e della AGESP attribuiscono al consiglio di amministrazione di ciascuna delle società i più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società. Gli statuti di cui trattasi non riservano al comune di Busto Arsizio nessun potere di controllo o diritto di voto particolare per limitare la libertà d'azione riconosciuta a detti consigli di amministrazione. Il controllo esercitato dal comune di Busto Arsizio su queste due società si risolve sostanzialmente nei poteri che il diritto societario riconosce alla maggioranza dei soci, la qual cosa limita considerevolmente il suo potere di influire sulle decisioni delle società di cui trattasi.

39 Inoltre, l'eventuale influenza del comune di Busto Arsizio sulle decisioni della AGESP viene esercitata mediante una società *holding*. L'intervento di un siffatto tramite può, a seconda delle circostanze del caso specifico, indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale.

40 Ne consegue che, in tali circostanze, previa verifica di queste ultime da parte del giudice di merito di cui alla causa principale, l'amministrazione aggiudicatrice non esercita sulla società aggiudicataria dell'appalto pubblico in questione un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

41 L'art. 6 della direttiva 93/36 impone alle amministrazioni che aggiudicano un appalto pubblico di ricorrere alla procedura aperta o alla procedura ristretta, salvo che l'appalto rientri in uno dei casi eccezionali tassativamente elencati ai nn. 2 e 3 del suddetto articolo. Dall'ordinanza di rinvio non risulta che l'appalto di cui trattasi nella causa principale rientri in uno di tali casi.

42 Ne consegue che la direttiva 93/36 osta all'affidamento diretto di un appalto pubblico in circostanze analoghe a quelle della causa principale.

43 Contro una conclusione in tal senso il governo italiano obietta che il fatto che la AGESP debba ricorrere a una procedura di aggiudicazione pubblica per acquistare il gasolio in questione prova che il comune di Busto Arsizio, la AGESP Holding e la AGESP devono essere considerati nel loro insieme come un unico «organismo di diritto pubblico» ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/36, tenuto ad aggiudicare appalti pubblici di forniture in conformità alla normativa comunitaria e nazionale in materia.

44 Tale argomento non può essere accolto. Da un lato, il comune di Busto Arsizio rientra nella nozione di «ente locale» e non in quella di «organismo di diritto pubblico» ai sensi di detta disposizione. D'altro lato, il comune di Busto Arsizio, la AGESP Holding e la AGESP dispongono ciascuno di una distinta personalità giuridica.

45 Peraltro, come ha rammentato la Corte al punto 43 della menzionata sentenza Teckal, le sole deroghe consentite all'applicazione della direttiva 93/36 sono quelle in essa tassativamente ed espressamente menzionate.

46 Ora, la direttiva 93/36 non contiene alcuna disposizione analoga all'art. 6 della direttiva 92/50, che escluda dal suo ambito di applicazione appalti pubblici aggiudicati, a talune condizioni, ad amministrazioni aggiudicatrici (sentenza Teckal, *cit.*, punto 44).

47 Si deve di conseguenza risolvere la prima questione nel senso che la direttiva 93/36 osta all'affidamento diretto di un appalto di forniture e di servizi, con prevalenza del valore della fornitura, a una società per azioni il cui consiglio di amministrazione possiede ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma e il cui capitale è, allo stato attuale, interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale è a sua volta socio di maggioranza l'amministrazione aggiudicatrice.

Sulla seconda questione

48 La seconda questione consta di due parti.

49 Da un lato, il giudice del rinvio intende chiarire se la condizione consistente nello 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 detiene debba essere accertata facendo applicazione dell'art. 13 della direttiva 93/38. D'altro lato, esso si chiede se si possa ritenere che tale presupposto ricorra nel caso in cui la suddetta impresa realizzi la prevalenza dei proventi con l'ente pubblico che la detiene o nel territorio dell'ente stesso.

Prima parte della seconda questione

50 Dall'ordinanza di rinvio emerge che l'appalto di cui trattasi nella causa principale rientra nella direttiva 93/36.

51 Si tratta quindi di accertare se l'eccezione prevista dall'art. 13 della direttiva 93/38 debba valere, per analogia, anche con riferimento all'ambito di applicazione della direttiva 93/36.

52 L'eccezione prevista dal suddetto art. 13 riguarda solo gli appalti di servizi e ne sono esclusi gli appalti di forniture.

53 L'art. 13 della direttiva 93/38 riguarda determinati operatori, in particolare imprese comuni e imprese dai conti annuali consolidati, aventi modalità di funzionamento che differiscono da quelle delle amministrazioni aggiudicatrici previste dalla direttiva 93/36.

54 Inoltre, il suddetto articolo prevede un meccanismo di notifica alla Commissione che non potrebbe essere trasposto alla direttiva 93/36, in mancanza di un fondamento normativo.

55 Dal momento che le eccezioni devono essere interpretate restrittivamente, ne deriva che non si deve estendere l'operatività dell'art. 13 della direttiva 93/98 all'ambito di applicazione della direttiva 93/36.

56 Tale conclusione è confermata dal fatto che, in sede di rifusione delle direttive in materia di appalti pubblici risalente al 2004, il legislatore comunitario, pur mantenendo la suddetta eccezione con l'art. 23 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (*GU* L 134, pag. 1), ha scelto di non includere un'analogha eccezione nella 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 (*GU* L 134, pag. 114), subentrata alla direttiva 93/36.

57 Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve risolvere la prima parte della seconda questione nel senso che la condizione d'inapplicabilità della direttiva 93/36 secondo la quale l'impresa cui è stato direttamente affidato un appalto di fornitura deve svolgere la parte più importante dell'attività con l'ente pubblico che la detiene non va accertata facendo applicazione dell'art. 13 della direttiva 93/38.

Seconda parte della seconda questione

58 Si deve rammentare che l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici è la libera circolazione delle merci e dei servizi nonché l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri (v., in tal senso, sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*, *Racc.* pag. I-1, punto 44).

59 Le condizioni in presenza delle quali, secondo la menzionata sentenza *Teckal*, la direttiva 93/36 è inapplicabile agli appalti conclusi tra un ente locale e un soggetto giuridicamente distinto da quest'ultimo, vale a dire che, al contempo, l'ente locale eserciti sul soggetto in questione un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che il soggetto di cui trattasi svolga la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono, hanno, in particolare, lo scopo di evitare che sia falsato il gioco della concorrenza.

60 La condizione che il soggetto di cui trattasi realizzi la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono è finalizzata, in particolare, a garantire che la direttiva 93/36 continui ad essere applicabile nel caso in cui un'impresa controllata da uno o più enti sia attiva sul mercato e possa pertanto entrare in concorrenza con altre imprese.

61 Infatti, un'impresa non è necessariamente privata della libertà di azione per la sola ragione che le decisioni che la riguardano sono prese dall'ente pubblico che la detiene, se essa può esercitare ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori.

62 È inoltre necessario che le prestazioni di detta impresa siano sostanzialmente destinate in via esclusiva all'ente locale in questione. Entro tali limiti, risulta giustificato che

l'impresa di cui trattasi sia sottratta agli obblighi della direttiva 93/36, in quanto questi ultimi sono dettati dall'intento di tutelare una concorrenza che, in tal caso, non ha più ragion d'essere.

63 In applicazione di detti principi, si può ritenere che l'impresa in questione svolga la parte più importante della sua attività con l'ente locale che la detiene, ai sensi della menzionata sentenza Teckal, solo se l'attività di detta impresa è principalmente destinata all'ente in questione e ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale.

64 Per verificare se la situazione sia in questi termini il giudice competente deve prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative.

65 Quanto all'accertare se occorra tener conto in tale contesto solo del fatturato realizzato con l'ente locale controllante o di quello realizzato nel territorio di detto ente, occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni.

66 Infatti, le attività di un'impresa aggiudicataria da prendere in considerazione sono tutte quelle che quest'ultima realizza nell'ambito di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni.

67 Non è rilevante sapere chi remunera le prestazioni dell'impresa in questione, potendo trattarsi sia dell'ente controllante sia di terzi utenti di prestazioni fornite in forza di concessioni o di altri rapporti giuridici instaurati dal suddetto ente. Risulta parimenti ininfluenza sapere su quale territorio siano erogate tali prestazioni.

68 Dal momento che, nella causa principale, il capitale dell'impresa aggiudicataria appartiene indirettamente a vari enti locali, può essere rilevante esaminare se l'attività da prendere in considerazione sia quella che l'impresa aggiudicataria realizza con tutti gli enti che la detengono o soltanto quella realizzata con l'ente che, nel caso specifico, agisce in qualità di amministrazione aggiudicatrice.

69 A tale proposito si deve rammentare che, secondo quanto precisato dalla Corte, la persona giuridicamente distinta di cui trattasi deve realizzare la parte più importante della propria attività «con l'ente o con gli enti locali che la controllano» (sentenza Teckal, *cit.*, punto 50). La Corte ha quindi contemplato la possibilità che l'eccezione prevista si applichi non solo all'ipotesi in cui un solo ente pubblico detenga una siffatta persona giuridica, ma anche a quella in cui la detengano più enti.

70 Nel caso in cui diversi enti locali detengano un'impresa, la condizione relativa alla parte più importante della propria attività può ricorrere qualora l'impresa in questione svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o quell'ente locale ma con tali enti complessivamente considerati.

71 Di conseguenza, l'attività da prendere in considerazione nel caso di un'impresa detenuta da vari enti locali è quella realizzata da detta impresa con tutti questi enti.

72 Dalle considerazioni che precedono deriva che si deve risolvere la seconda parte della seconda questione nel senso che, nel valutare se un'impresa svolga la parte più importante della sua attività con l'ente pubblico che la detiene, al fine di decidere in merito all'applicabilità della direttiva 93/36, si deve tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività».