

L'affidamento di servizi pubblici ad una società per azioni, a capitale interamente comunale, senza espletamento di procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, si pone in contrasto le norme di cui agli artt. 12, 45, 46, 49 e 86 del Trattato dell'Unione Europea, che tutelano principio di non discriminazione, la libertà nella prestazione dei servizi pubblici e il principio della libera concorrenza, (posto che il comune è da considerarsi amministrazione aggiudicatrice a norma dell'art. 1 lett. a) della Direttiva 93/36 CEE) ????????

Nemmeno il Consiglio di Stato ritiene di dare una risposta certa e demanda la questione alla Corte di giustizia della Comunità Europea, a sensi dell'art. 234 del Trattato istitutivo, in quanto l'affidamento diretto a società per azioni, del tutto autonome, salvo l'esercizio dei poteri propri del possessore della maggioranza delle azioni, secondo le norme del diritto commerciale comune, sembra esporre la gestione delle pubbliche risorse a procedure diverse da quelle destinate a garantire una crescita del mercato interno, l'economia nelle spese e il vantaggio per l'utenza.

Ora la questione sottoposta al Supremo giudice amministrativo, nello specifico, riguarda l'applicazione di una legge regionale (ai sensi dell'art. 44, comma 6, lett. b) della legge della Regione Trentino-Alto Adige 4.1.1993, n. 1, modificato dall'art. 10 della legge regionale del 23.1.1998, n. 10) ma non bisogna dimenticare che anche in una (recente) legge statale, è prevista la stessa possibilità.

Infatti:

la soluzione del quesito in esame non esplica effetti solo sulla applicabilità della normativa della Regione Trentino-Alto Adige, perché anche la legislazione dello Stato consente ora la deroga al metodo di scelta del contraente mediante procedura ad evidenza pubblica. Con l'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 326 è stato nuovamente modificato l'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000 (testo unico delle leggi sugli enti locali) concernente la disciplina dei servizi pubblici, già modificato, come accennato in precedenza con l'art. 35 della legge 20 dicembre 2001 n. 448. Il comma 5 è stato interamente sostituito con una disposizione che, alla lettera c), riproducendo alla lettera le espressioni della sentenza Teckal, ammette il conferimento del servizio "a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano."

Il Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 2316 del 22 aprile 2004, dispone quindi di rimettere gli atti alla Corte di giustizia della Comunità Europea, a sensi dell'art. 234 del Trattato istitutivo, ai fini della pronuncia pregiudiziale sul seguente quesito:

se è compatibile col diritto comunitario, in particolare con la libertà della prestazione di servizi, il divieto di discriminazione e l'obbligo di parità di trattamento, trasparenza e libera concorrenza, di cui agli artt. 12, 45, 46, 49 e 86 del Trattato, l'affidamento diretto, ossia in deroga ai sistemi di scelta del contraente di cui alla Direttiva 92/50 CEE, della gestione di parcheggi pubblici a pagamento, ad una società per azioni, a capitale interamente pubblico, ai sensi dell'art. 44, comma 6, lett. b) della legge della Regione Trentino-Alto Adige 4.1.1993, n. 1, modificato dall'art. 10 della legge regionale del 23.1.1998, n. 10.

A cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE

Sezione Quinta Anno 2003
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso n. 6265 del 2003, proposto dalla **** Italia s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Ugo Ferrari e Giustino Ciampoli, elettivamente domiciliata presso il primo in Roma, via P.A. Micheli 78
contro

il Comune di Bolzano, rappresentato e difeso dagli avv.ti Ettore Prospero e Marco Cappello ed elettivamente domiciliato presso il primo in Roma, Via Panisperna n. 104, e
la **** s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Manfred Schullian e Maurizio Calò, elettivamente domiciliata presso il secondo in Roma, via Antonio Gramsci, 36
per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa per il Trentino – Alto Adige, Sezione Autonoma per la Provincia di Bolzano, 20 maggio 2003 n. 211, resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bolzano e della **** s.p.a.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 27 gennaio 2004 il consigliere Marzio Branca, e uditi gli avvocati Ferrari, Cappello e Totino per delega dell'avv. Calò .

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe è stato respinto il ricorso proposto dalla **** Italia s.p.a. per l'annullamento di tutti i provvedimenti con i quali il Comune di Bolzano ha esercitato il recesso dalla convenzione stipulata con la **** Italia s.p.a. per la gestione dei parcheggi a pagamento, e, con deliberazione del Consiglio comunale 17 dicembre 2002, n. 124, ha affidato il medesimo servizio alla **** s.p.a., con decorrenza 1 gennaio 2003. Con la stessa sentenza è stata respinta anche la domanda relativa al risarcimento del danno.

In particolare, la ricorrente aveva dedotto che l'affidamento di servizi pubblici ad una società per azioni, a capitale interamente comunale, come la ****, senza espletamento di procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, si poneva in contrasto con le norme di cui agli artt. 12, 45, 46, 49 e 86 del Trattato dell'Unione Europea, che tutelano il principio di non discriminazione, la libertà nella prestazione dei servizi pubblici e il principio della libera concorrenza.

La Sezione autonoma di Bolzano ha ritenuto che tale vizio non si configurasse, allegando la giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità che ha escluso l'applicazione delle regole della libera concorrenza per i casi di "in house providing", riconoscibili dal fatto che l'Amministrazione esercita sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (sentenza 18 novembre 1999 in causa 197/98 Teckal s.r.l. c. Comune di Aviano; 9 settembre 1999 in causa 108/98 Risan c. Comune di Ischia). Il possesso del 100% del capitale sociale garantirebbe tale forma di controllo.

Avverso la decisione la **** Italia s.p.a. ha proposto appello, chiedendone la riforma.

Il Comune di Bolzano e la s.p.a. **** si sono costituite in giudizio per resistere al gravame

Alla pubblica udienza del 27 gennaio 2004 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ha rilievo preliminare la doglianza con la quale la ricorrente in primo grado, e odierna appellante, ha lamentato che l'affidamento di servizi pubblici ad una società per azioni, a capitale interamente comunale, come l'attuale controinteressata, senza espletamento di procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, si porrebbe in contrasto le norme poste che il Comune è amministrazione aggiudicatrice a norma dell'art. 1 lett. a) della Direttiva citata dell'Unione Europea, che stabiliscono il divieto di discriminazione, la libertà nella prestazione dei servizi pubblici e la libera concorrenza.

L'appellante non ignora che le norme dell'ordinamento della Regione Trentino – Alto Adige (art. 44 della legge regionale 4 gennaio 1993 n. 1, nel testo sostituito dall'art. 10, comma 1, della legge regionale 23 ottobre 1998, n.10;) consentono l'affidamento diretto del servizio pubblico ad una società per azioni, o a responsabilità limitata, alla condizione che vi sia "influenza dominante pubblica" (art. 44 cit. comma 6, lett. b), e ciò si verifica quando i comuni "detengono un numero di azioni tali da consentire di disporre della maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria, ovvero quando lo statuto della società preveda il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, sempre che il comune detenga almeno il venti per cento del capitale" (comma 10).

Si esprime, tuttavia, il dubbio che tali disposizioni non siano compatibili con i principi del Trattato UE con particolare riguardo al divieto di discriminazione, alla libera prestazione dei servizi pubblici ed alla libera concorrenza.

Il Collegio condivide tale dubbio e ritiene opportuno la remissione alla Corte di giustizia ai fini di una pronuncia pregiudiziale (v., in caso molto simile, Tribunale di Giustizia Amministrativa per il Trentino-Alto Adige, Sezione Autonoma di Bolzano, ord. 27 settembre 2003 n. 25, estratto in G.U.C.E. 10 gennaio 2003, C. 7/23).

Il problema della compatibilità con l'ordinamento comunitario dell'affidamento di servizi pubblici a società per azioni a capitale pubblico, totale o maggioritario, cosiddetto "in house providing" non sembra sia stato esaminato dalla Corte di Giustizia assumendo come parametro diretto di giudizio le norme del Trattato medesimo citate in precedenza.

E' nota la pronuncia pregiudiziale 18 novembre 1999 adottata in causa 107/98, Teckal s.r.l. c. Comune di Aviano. Era stato chiesto se, a norma della Direttiva CEE 93/36, doveva farsi luogo alla procedura di gara per l'affidamento di un appalto pubblico di fornitura, considerando che era stato prescelto con trattativa diretta un soggetto consortile cui l'Amministrazione committente partecipava con proprio capitale. Nella detta pronuncia (punto 50) la Corte ha affermato che, essendo il Comune amministrazione aggiudicatrice a norma dell'art. 1 lett. a) della Direttiva 93/36 CEE, la relativa normativa doveva essere applicata, quindi occorre bandire una gara, se, secondo la valutazione del giudice a quo, si trattava di due soggetti distinti tra i quali si era concluso un contratto configurabile come appalto. "Può avvenire diversamente - ha soggiunto la Corte - solo nel caso in cui, nel contempo, l'Ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello che 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."

L'espressione usata dalla Corte "...controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi ..." propone un nuovo problema interpretativo, dovendosi stabilire quando il controllo esercitato presenti le caratteristiche volute dalla sentenza.

Più specificamente si tratta di capire se il possesso dell'intero capitale del soggetto affidatario, nella specie una società per azioni, possa garantire quella situazione di dipendenza organica che normalmente si realizza nell'organizzazione burocratica di una pubblica amministrazione.

Occorre notare che la Commissione della U.E. ha avuto occasione di esprimere il proprio autorevole avviso sul punto con la nota 26 giugno 2002, diretta al Governo Italiano per sollecitare ulteriori modificazioni all'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, come sostituito dall'art. 35 comma 1, della legge n. 448 del 2001, nel quale si riscontravano disposizioni non conformi ai principi di diritto comunitario invocati anche nella presente fattispecie

Si legge nella detta nota: “ 34. Per quanto riguarda in particolare la nozione di “controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi” di cui alla giurisprudenza in discorso, la Commissione sottolinea che affinché tale tipo di controllo sussista non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario.

35. Il controllo contemplato nella sentenza Teckal fa infatti riferimento ad un rapporto che determina, da parte dell'amministrazione controllante, un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo.”.

La commissione sembra alludere, quindi, ad un fenomeno giuridico assimilabile a quello delle aziende municipalizzate di cui al r.d. 15 ottobre 1925 n.2578, nel quale si istituiva un nuovo soggetto, con capacità giuridica propria e propri organi, sottoposto peraltro a penetranti poteri di vigilanza da parte dell'Amministrazione (art. 16 e ss. R.D. n. 2578/1925).

Tale esperienza, d'altra parte, era caratterizzata dall'obbligo dell'azienda di svolgere la propria attività mediante contratti, scegliendo il contraente con procedure ad evidenza pubblica (art. 57 e ss. del Regolamento di cui al d.P.R. 4 ottobre 1986 n. 902).

L'affidamento diretto a società per azioni, del tutto autonome, salvo l'esercizio dei poteri propri del possessore della maggioranza delle azioni, secondo le norme del diritto commerciale comune, sembra esporre la gestione delle pubbliche risorse a procedure diverse da quelle destinate a garantire una crescita del mercato interno, l'economia nelle spese e il vantaggio per l'utenza.

E' da aggiungere che la soluzione del quesito in esame non esplica effetti solo sulla applicabilità della normativa della Regione Trentino-Alto Adige, perché anche la legislazione dello Stato consente ora la deroga al metodo di scelta del contraente mediante procedura ad evidenza pubblica. Con l'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 326 è stato nuovamente modificato l'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000 (testo unico delle leggi sugli enti locali) concernente la disciplina dei servizi pubblici, già modificato, come accennato in precedenza con l'art. 35 della legge 20 dicembre 2001 n. 448. Il comma 5 è stato interamente sostituito con una disposizione che, alla lettera c), riproducendo alla lettera le espressioni della sentenza Teckal, ammette il conferimento del servizio “a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.”.

Si riscontra un impiego sempre più frequente della detta deroga, e ciò comporta la sottrazione di aree assai ampie di attività economiche all'iniziativa imprenditoriale privata, in contrasto la stessa ragion d'essere dell'Unione Europea.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, sospende il giudizio e rimette gli atti alla Corte di giustizia della Comunità Europea, a sensi dell'art. 234 del Trattato istitutivo, ai fini della pronuncia pregiudiziale sul seguente quesito:

se è compatibile col diritto comunitario, in particolare con la libertà della prestazione di servizi, il divieto di discriminazione e l'obbligo di parità di trattamento, trasparenza e libera concorrenza, di cui agli artt. 12, 45, 46, 49 e 86 del Trattato, l'affidamento diretto, ossia in deroga ai sistemi di scelta del contraente di cui alla Direttiva 92/50 CEE, della gestione di parcheggi pubblici a pagamento, ad una società per azioni, a capitale interamente pubblico, ai sensi dell'art. 44, comma 6, lett. b) della legge della Regione Trentino-Alto Adige 4.1.1993, n. 1, modificato dall'art. 10 della legge regionale del 23.1.1998, n. 10.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 27 gennaio 2004 DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 22 aprile 2004