

Decisione della Commissione Europea 21 marzo 2007

18 Aprile 2007

Con la decisione in oggetto, la Commissione europea ha messo in mora, ai sensi dell'art. 226 del Trattato, la Repubblica Italiana, per violazione del diritto comunitario, a causa dell'affidamento diretto di servizi e lavori operato dal Comune di Genova nei confronti della società ASTER.

Si ricorda brevemente che la società in questione, a prevalente capitale pubblico, derivante dalla trasformazione di un'azienda speciale del Comune, è risultata affidataria diretta, senza alcuna procedura di gara e per un periodo di trent'anni, delle attività riguardanti la gestione delle strade comunali, dell'illuminazione pubblica cittadina, degli impianti elettrici e tecnologici comunali, della segnaletica stradale e del verde pubblico.

Contestualmente a tale affidamento diretto, il Comune di Genova ha altresì ceduto una quota pari al 40% del capitale di ASTER ad un socio individuato direttamente nella società AMGA S.p.a., società mista controllata dallo stesso Comune di Genova. L'amministrazione ha giustificato il mancato ricorso alle procedure di gara con la considerazione che i servizi affidati sarebbero stati privi di rilevanza economica, e pertanto non soggetti alla disciplina degli affidamenti di servizi pubblici locali di cui al d.lgs. n. 267/2000, e che la cessione delle azioni al socio di minoranza AMGA avrebbe costituito una riallocazione di partecipazioni all'interno di un gruppo societario riconducibile al Comune di Genova. Sull'operazione complessiva, si è dapprima espresso il Tribunale regionale della Liguria (sent. 527/2005) che ha censurato il comportamento del Comune, annullando le delibere relative ed affermando l'illegittimità dell'affidamento diretto delle attività ad ASTER.

Successivamente, però, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 7369 del 2006, ha annullato la sentenza del TAR, ribadendo la legittimità dell'affidamento diretto ad ASTER e della cessione delle azioni ad AMGA. Il giudice amministrativo ha, infatti, affermato che tale affidamento riguardava la gestione di un servizio pubblico locale e che per l'affidamento di un servizio *in house* devono comunque ricorrere le tre condizioni indicate dalla giurisprudenza comunitaria (proprietà integrale da parte del committente delle quote della società; controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; parte prevalente della attività della società effettuata nei confronti del committente).

Inoltre, nel presupposto che la società fosse affidataria non dell'esecuzione dei lavori, bensì soltanto della gestione e coordinamento delle attività di servizio, il Consiglio di Stato ha ribadito la sua natura giuridica di "organismo di diritto pubblico", tenuto, in quanto tale, ad appaltare lavori, servizi e forniture a terzi nel rigoroso rispetto delle norme comunitarie sulle procedure ad evidenza pubblica e nel rispetto dei principi del Trattato sulla tutela della concorrenza.

Infine, la sentenza ha sottolineato che la cessione del 40% delle quote non è andata a favore di un socio "operativo", di un socio cioè, che doveva eseguire prestazioni oggetto del servizio, bensì di un socio con valenza esclusivamente finanziaria, caratterizzato esclusivamente dal possesso di quote azionarie.

La Commissione europea, con la decisione in esame, ritiene che l'operazione realizzata dal Comune di Genova sia censurabile sotto vari profili.

Innanzitutto, la Commissione non ha alcun dubbio in merito al fatto che le attività affidate costituiscano attività di rilevanza economica, ai sensi del Trattato CE, e quindi attività soggette alle norme comunitarie.

In particolare, tali attività, oggetto di attribuzione diretta alla società ASTER, devono considerarsi in parte servizi ed in parte lavori. Si tratta, infatti, dei servizi di gestione, nonché dei lavori accessori,

connessi alla manutenzione delle strade, dell'illuminazione pubblica, degli impianti e di tutto ciò che è connaturato alla integrale e corretta gestione del sistema viario comunale.

Nell'ottica del diritto comunitario, si tratta dunque di un appalto misto, nel quale i lavori appaiono avere carattere meramente accessorio rispetto ai servizi, e pertanto l'attribuzione di tali attività deve qualificarsi come appalto pubblico di servizi ovvero come concessione di servizi: nel primo caso l'appalto avrebbe dovuto essere affidato in base alle norme della direttiva 92/50/CE (oggi direttiva 2004/18/CE); nel secondo caso la concessione avrebbe dovuto essere affidata nel rispetto comunque dei principi del Trattato, ed in particolare degli artt. 43 e 49, e cioè dei principi di pubblicità e di non discriminazione dei concorrenti.

A parere della Commissione, essendo le attività svolte dalla società ASTER remunerate attraverso il pagamento di un prezzo e non dai proventi della gestione delle opere, la fattispecie va inquadrata correttamente nell'ambito dell'appalto pubblico di servizi, il cui valore supera la soglia comunitaria, e che dunque avrebbe dovuto essere affidato con una procedura ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi della concorrenza. In altre parole, l'affidamento diretto ad ASTER dei servizi e dei lavori relativi al sistema viario comunale costituisce una violazione della direttiva comunitaria in tema di appalti pubblici.

Quanto al fatto che la società ASTER fosse, al momento dell'affidamento, in mano totalmente pubblica, la Commissione rileva che la giurisprudenza comunitaria richiede che l'ente pubblico eserciti sulla società un "controllo analogo" a quello che esercita sui propri servizi. Ora, la dimostrazione di tale controllo non deriva automaticamente dal fatto che l'ente pubblico possieda interamente la società, tanto più in un caso come quello in esame in cui, contestualmente all'affidamento dei servizi, viene ceduta ad altra società, non interamente pubblica, parte delle azioni della prima.

La Commissione ritiene, anzi, che attraverso il meccanismo evidenziato della cessione di partecipazione ad AMGA, la società ASTER sia da qualificarsi come società mista, e quindi niente affatto assimilabile alle c.d. società "in house", e cioè a quelle che, avendo i tre requisiti sopra visti, indicati dalla giurisprudenza comunitaria, possono legittimamente essere affidatarie dirette di appalti. Il ragionamento della Commissione si pone, peraltro, in piena aderenza ad una sentenza della Corte di giustizia (sent. 10 novembre 2005, causa C-29/04), secondo la quale la legittimità di un affidamento va valutata, tenendo presente che cessioni di capitale effettuate subito a valle dell'affidamento possono spesso mascherare l'attribuzione diretta di appalti a società miste.

Infine, la decisione della Commissione valuta la presenza di un socio privato nell'ambito della società AMGA, a sua volta cessionaria delle azioni di ASTER, come di per sé idonea ad escludere che l'ente pubblico possa esercitare sulla società il "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi. Infatti, la presenza di un capitale privato nella società implica l'esistenza di interessi privati ed il perseguimento di obiettivi profondamente diversi da quelli di carattere pubblico. Anche per questo motivo, la Commissione esclude che tra il Comune di Genova e la società ASTER esista una relazione "in house" conforme ai principi ed ai limiti in cui è ammessa dal diritto comunitario.

In conclusione, la Commissione ritenendo che l'attribuzione diretta dell'appalto di servizi sia avvenuta in violazione delle direttive comunitarie, chiede al Governo italiano di trasmettere le proprie osservazioni nel termine di due mesi dal ricevimento della decisione in esame.

La decisione della Commissione fornisce spunti interessanti per ribadire alcuni punti essenziali in merito al fenomeno dell'in house:

1. l'affidamento di attività di gestione/manutenzione da parte di un ente pubblico che siano di rilevanza economica ai sensi del Trattato rientrano nell'ambito del diritto comunitario, a prescindere dal fatto che siano qualificabili o meno come servizi pubblici locali;
2. tali attività possono affidarsi tramite appalti o concessione, a seconda di come è disciplinato il corrispettivo per l'affidatario;
3. l'ammissibilità dell'affidamento diretto a società terze è consentito solo in presenza di tre condizioni (sentenza Teckal):
 - partecipazione pubblica totalitaria;

- controllo analogo a quello esercitato dall'ente sui propri servizi;
 - parte prevalente della attività della società effettuata nei confronti del committente.
4. la partecipazione totalitaria pubblica non implica necessariamente la presenza del requisito del "controllo analogo", ma la presenza di un socio privato nell'ambito della società affidataria esclude senz'altro tale requisito;
5. occorre valutare in concreto l'operazione e quindi anche ciò che avviene a valle dell'affidamento, al fine di evitare che attraverso cessioni successive si mascherino appalti diretti a società miste.

2716-decisione Commissione europea 21 marzo 2007.pdf [Apri](#)