



*Rappresentanza Permanente d'Italia
presso l'Unione Europea*

Codice Mittente : 701.01.01

Bruxelles, 26.3.2007

Prot. n. 3465

(data e numero di protocollo)

Posizione

Oggetto: **Decisioni della Commissione del 21 marzo 2007.** Procedura di infrazione
2005/4376 ex art. 226 Comune di Genova: Affidamento di servizi alla Società
A.S.TER.

TELESPRESSO indirizzato a: **(ANTICIPATO VIA E-MAIL)**

Presidenza del Consiglio dei Ministri

Dipartimento per le Politiche Europee

Capo dipartimento

Struttura di missione per le procedure di infrazione

CIACE

Settore Legislativo

Ufficio del Consigliere Diplomatico

Ministero degli Affari Esteri

DGIE VI - Servizio del Contenzioso

Ministero delle Infrastrutture

Gabinetto – Ufficio Legislativo

Ufficio del Consigliere Diplomatico

Roma

Comune di Genova

Il Sindaco

Genova

Si trasmette in allegato la nota C(2007)1048 del 21 marzo 2007 indirizzata all'On.
Ministro degli Esteri, con la quale la Commissione Europea notifica una **messaggio in mora**
ex art. 226 nei confronti della Repubblica Italiana in relazione all'oggetto.

Nell'attirare l'attenzione sul termine **di due mesi**, a partire dal 23 marzo 2007, entro
il quale le Autorità italiane sono invitate a far conoscere le proprie osservazioni al riguardo,
si resta in attesa di cortese risposta in tempo utile.

Primo Consigliere
Vincenzo Celeste

Alleg. N. 1

RP



COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE

SEGRETARIATO GENERALE

Bruxelles, 23 III 2007



Nº 1958

SG-Greffe(2007)D/201438

RAPPRESENTANZA PERMANENTE
DELL'ITALIA
PRESSO L'UNIONE EUROPEA
Rue du Marteau, 5/11
1040 - BRUXELLES

Oggetto: Costituzione in mora
Infrazione n. 2005/4376

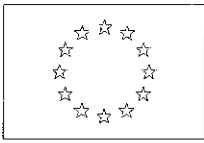
Il Segretariato generale ha il pregio di trasmettere in allegato, per cortese inoltro al Ministro degli Affari esteri, una lettera della Commissione relativa all'oggetto suindicato

Per la Segretaria generale,


Karl VON KEMPIS

All: C(2007) 1048

IT



COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE

Bruxelles, 21/03/2007

2005/4376
C(2007) 1048

Signor Ministro,

la Commissione desidera attirare l'attenzione del Suo Governo sull'affidamento, da parte del comune di Genova, alla società A.S.TER S.p.A. (di seguito: "ASTER"), di una serie di attività riguardanti la gestione delle strade comunali, la gestione dell'illuminazione pubblica cittadina e di impianti elettrici e tecnologici comunali, la gestione della segnaletica stradale e del verde pubblico.

Con delibera del consiglio comunale n. 139 del 19 ottobre 2004, il comune di Genova ha approvato la trasformazione in società per azioni dell'azienda speciale comunale denominata A.S.TER – Azienda Servizi Territoriali, che era stata costituita nel 1999 per l'esecuzione di una serie di servizi (gestione delle strade comunali, dell'illuminazione pubblica, degli impianti comunali, della segnaletica stradale, del verde pubblico, etc.).

La medesima delibera ha approvato lo statuto della nuova società ASTER. L'articolo 6 di tale statuto stabilisce che ASTER è una società a prevalente capitale pubblico, della quale il comune di Genova potrà detenere la totalità delle azioni per un periodo non superiore a due anni. Durante questo periodo il comune ha comunque la facoltà di trasferire la partecipazione di minoranza a "soggetti in grado di conseguire sinergie e valorizzare le competenze e le attività sociali tramite apporto di specifico *know-how*". Decorso il suddetto periodo, il comune è tenuto a cedere una parte minoritaria del capitale a enti pubblici locali che intendono affidare ad ASTER la gestione di attività rientranti nel suo oggetto sociale ovvero a società di capitali in possesso di una rilevante esperienza nella gestione di infrastrutture.

La delibera n. 139/2004 sopra citata ha deciso altresì l'affidamento diretto, per una durata di trent'anni, alla nuova società A.S.TER S.p.A., di tutte le attività precedentemente affidate alla suddetta azienda speciale.

S.E On. Massimo D'ALEMA
Ministro degli Affari esteri
P.le della Farnesina 1
I - 00194 Roma

Con delibera n. 140 del medesimo 19 ottobre 2004, il consiglio comunale ha deciso di cedere una quota del 40% del capitale della nuova società ad un "socio industriale" in possesso di un'esperienza significativa nella gestione di infrastrutture nel territorio del comune di Genova e che abbia esteso la sua attività nel settore dei servizi pubblici locali al territorio di altri comuni ed ha individuato tale socio nella società AMGA S.p.A. (di seguito: "AMGA"). Quest'ultima è una società mista controllata dal comune di Genova che, come precisato dalla delibera n. 140/2004, esercita già una serie di servizi in favore di detto comune ed "ha perseguito con successo una politica di espansione sul territorio nazionale".

La delibera sopra citata indica che la scelta diretta del socio ASTER, senza il ricorso alle procedure di messa in concorrenza previste dalla legislazione nazionale in materia di affidamento dei servizi pubblici locali (e segnatamente dal decreto legislativo n. 267/2000), sarebbe giustificata, in primo luogo, dal fatto che i servizi affidati a tale società sarebbero "privi di rilevanza economica" ai sensi di tale legislazione, il che dovrebbe implicare che la prestazione di tali servizi non costituisce un'attività economica ai sensi del trattato CE. In secondo luogo, essendo il socio privato detenuto anch'esso in misura maggioritaria dal comune di Genova, l'operazione in questione costituirebbe unicamente una "riallocazione" di partecipazioni all'interno del gruppo "Comune di Genova".

A seguito della ricezione di un reclamo relativo alle delibere sopra citate, i servizi della Commissione hanno discusso il caso con le Autorità italiane in occasione della riunione "pacchetto" tenutasi il 16-17 giugno 2005. In tale occasione, dette Autorità hanno riferito che le delibere contestate erano state annullate con sentenza del Tribunale amministrativo regionale (TAR) per la Liguria n. 527 del 28 aprile 2005.

Con nota del 10 ottobre 2005, tuttavia, le Autorità italiane hanno comunicato che la sentenza del TAR era stata impugnata dinanzi al Consiglio di Stato dal comune di Genova. Quest'ultimo ha ribadito la legittimità dell'attribuzione diretta in questione, fondandosi essenzialmente sugli argomenti sopra richiamati che erano alla base della delibera n. 140/2004.

Con sentenza n. 7369 del 13 dicembre 2006, il Consiglio di Stato ha annullato la sentenza del TAR considerando giustificata sia l'attribuzione diretta dei servizi in questione ad ASTER sia la cessione di una parte del capitale di quest'ultima ad AMGA.

In primo luogo, il Consiglio di Stato, rigettando l'argomento secondo il quale i servizi in questione sarebbero "privi di rilevanza economica", ha considerato che tali servizi sono qualificabili come servizi pubblici locali ai sensi della legislazione nazionale in materia, la quale consente di affidare tali servizi a delle società interamente pubbliche, alla 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 sua attività con l'ente o gli enti che la controllano. Posto che, al momento dell'affidamento, ASTER era interamente detenuta dal comune di Genova ed esercitava la parte più importante della sua attività per detto comune, il Consiglio di Stato ha ritenuto che le condizioni sopra citate fossero soddisfatte.

In secondo luogo, il Consiglio di Stato ha considerato che la decisione di cedere una parte del capitale sociale ad AMGA non fosse diretta a scegliere un socio "operativo" cui affidare l'espletamento dei servizi dei quali è incaricata ASTER ma costituisse un'operazione di contenuto puramente finanziario diretta a realizzare una "riallocazione"

delle partecipazioni all'interno del comune di Genova, senza alcuna incidenza concreta sul mercato dei servizi. Di conseguenza, pur affermando che, a seguito della ricordata cessione, il comune non potrà più affidare direttamente dei servizi ad ASTER, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il socio AMGA poteva essere scelto senza ricorrere alle procedure di messa in concorrenza che la legislazione nazionale impone per la scelta dei soci privati delle società miste incaricate della gestione dei servizi pubblici locali.

Secondo le informazioni trasmesse alla Commissione, le attività oggetto dell'attribuzione in questione sono attualmente esercitate da ASTER ed il comune di Genova continua ad affidare dei servizi e dei lavori direttamente a detta società.

La Commissione rileva che l'attribuzione contestata sembra avere per oggetto i servizi, nonché i lavori accessori, necessari a garantire la gestione, nel territorio comunale, delle strade comunali, la gestione dell'illuminazione pubblica cittadina e degli impianti elettrici e tecnologici comunali, la gestione della segnaletica stradale e del verde pubblico.

Dato che i lavori appaiono avere un carattere meramente accessorio rispetto ai servizi, una tale attribuzione potrebbe essere qualificabile come appalto pubblico di servizi ovvero come concessione di servizi ai sensi del diritto comunitario. Nel primo caso, l'appalto avrebbe dovuto essere attribuito conformemente alle regole di messa in concorrenza previste dalla direttiva 92/50/CEE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, applicabile all'epoca dell'attribuzione; nel secondo caso, il comune di Genova avrebbe comunque dovuto rispettare le regole del trattato CE in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (articoli 43 e 49), nonché il principio di non discriminazione del quale esse sono l'espressione e l'obbligo di pubblicità che deriva da tale principio ai sensi della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee (sentenza del 7 dicembre 2000, *Telaustria*, causa C-324/98).

Quanto alla considerazione del comune secondo la quale i servizi in questione sarebbero "privi di rilevanza economica", la Commissione rileva che l'esecuzione di servizi quali la gestione e la manutenzione di strade, impianti e parchi costituisce senza alcun dubbio un'attività economica ai sensi del trattato CE e che, pertanto, l'affidamento di tali servizi è soggetto alle regole comunitarie in materia di appalti pubblici e di concessioni. Al riguardo, è da rilevare che tali regole sono applicabili indipendentemente dal fatto che i servizi in questione siano o no qualificabili come "servizi pubblici locali" ai sensi della legislazione nazionale.

Secondo quanto risulta dai documenti di cui dispone la Commissione, le prestazioni affidate ad ASTER sono remunerate dal comune mediante il pagamento di un prezzo. Di conseguenza, la Commissione considera che l'attribuzione in questione è qualificabile come appalto pubblico di servizi ai sensi del diritto comunitario e che, data la durata dell'affidamento e la quantità di servizi che ne sono oggetto, il valore dell'appalto supera largamente la soglia di applicazione della direttiva 92/50/CEE. Ne deriva che tali servizi avrebbero dovuto essere affidati attraverso una procedura di messa in concorrenza conforme alle regole di partecipazione e di pubblicità previste da detta direttiva.

L'attribuzione diretta, non preceduta da alcuna procedura di messa in concorrenza, dei servizi in questione ad ASTER è quindi da considerare in contrasto con la direttiva 92/50/CEE. Peraltro, essa sarebbe parimenti in contrasto con le disposizioni della direttiva 2004/18/CE.

Quanto alla circostanza che, al momento dell'affidamento, ASTER era interamente detenuta dal comune di Genova, è da rilevare che, secondo la giurisprudenza *Teckal* della Corte di Giustizia (sentenza del 18 novembre 1999, causa C-107/98), l'applicazione delle regole in materia di appalti pubblici potrebbe essere esclusa solo qualora il comune esercitasse sulla predetta società un controllo "*analogo a quello che esso esercita sui propri servizi*" e quest'ultima esercitasse la parte più importante della sua attività con il comune che la detiene.

Occorre ricordare, a tale proposito, che la sola circostanza che un'autorità pubblica detiene interamente il capitale di una società per azioni risultante dalla trasformazione di un'azienda speciale (quale l'azienda speciale ASTER) non è sufficiente a dimostrare l'esistenza di un controllo "analogo" ai sensi della citata giurisprudenza (v. sentenza del 13 ottobre 2005, *Parking Brixen*, causa C-458/03).

Per di più, per quanto riguarda la relazione tra il comune di Genova e ASTER, occorre considerare che l'affidamento, per una durata di trent'anni, dei suddetti servizi ad ASTER è stato deciso, con delibera n. 139/2004, lo stesso giorno (19/10/2004) in cui il comune ha deciso di cedere una parte del capitale di detta società ad AMGA, la quale è controllata dal comune di Genova S.p.A. ma è in parte detenuta anche da soci privati.

Orbene, come chiarito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Mödling* (sentenza del 10 novembre 2005, Commissione c. Austria, causa C-29/04), in simili circostanze, l'attribuzione dell'appalto deve essere valutata tenendo conto anche gli effetti della cessione del capitale intervenuta subito dopo, e ciò al fine di evitare manovre dirette a mascherare l'attribuzione diretta di appalti a società miste.

Posto quanto sopra, la Commissione considera che le due delibere del comune di Genova sopra citate hanno dato luogo all'attribuzione diretta di un appalto di servizi ad una società mista (ASTER, detenuta in parte da AMGA) che certamente non può essere qualificata come società "*in-house*" del comune ai sensi della ricordata giurisprudenza.

Quanto alla considerazione, contenuta nella delibera n. 140/2004 e ripresa nella sentenza del Consiglio di Stato, secondo la quale la cessione delle azioni di ASTER sarebbe solo un'operazione finanziaria senza incidenza sul mercato dei servizi, la Commissione osserva che la scelta di AMGA è giustificata dal comune stesso sulla base della considerazione che si tratta di un "socio industriale" in possesso di un'esperienza rilevante nella prestazione dei servizi affidati ad ASTER, il che sembrerebbe contraddire la conclusione secondo la quale la cessione non era diretta a scegliere un socio al quale affidare l'esecuzione di tali servizi.

In ogni caso, la Commissione sottolinea che, come rilevato dalla Corte di Giustizia nella citata sentenza *Mödling*, "il rapporto tra un'autorità pubblica, che è un'autorità aggiudicatrice, e i suoi propri servizi è disciplinato da considerazioni ed esigenze proprie al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Al contrario, qualsiasi piazzamento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni relative agli interessi privati e persegue obiettivi di natura diversa". Ne deriva che la partecipazione, anche di minoranza, di un'impresa privata nel capitale di una società a cui partecipa anche l'autorità aggiudicatrice interessata esclude in ogni caso che tale autorità aggiudicatrice possa esercitare un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi (sentenza *Mödling*, punti 46-48).

La Commissione considera pertanto che l'esistenza di una relazione "in-house" tra il comune e ASTER è comunque da escludere, quale che siano la natura e lo scopo della partecipazione di AMGA, e per il suo tramite dei suoi azionisti privati, al capitale di ASTER.

Sulla base delle considerazioni che precedono e delle informazioni di cui dispone, la Commissione considera che, non potendo l'attribuzione diretta dei servizi in questione ad ASTER essere considerata un'attribuzione "in-house" ai sensi della giurisprudenza sopra richiamata, tale attribuzione costituisce una violazione delle regole di messa in concorrenza previste dalla direttiva 92/50/CEE.

La Commissione rileva altresì che nel caso - che appare peraltro improbabile - in cui l'attribuzione in questione fosse qualificabile come concessione di servizi e, quindi, sottratta all'applicazione della suddetta direttiva, essa sarebbe comunque contraria agli articoli 43 e 49 del trattato CE.

Infine, la Commissione considera che, qualora il comune di Genova avesse attribuito direttamente ad ASTER altri appalti di servizi o di lavori dopo il 31 gennaio 2006, tali attribuzioni sarebbero contrarie alla direttiva 2004/18/CE (che ha sostituito la direttiva 92/50/CEE a decorrere dalla data prevista all'articolo 80 della direttiva 2004/18/CE, vale a dire, al più tardi, dal 1^{er} febbraio 2006) per le medesime ragioni sopra esposte.

La Commissione invita il Suo governo, conformemente all'articolo 226 del trattato che istituisce la Comunità europea, a trasmetterle osservazioni su quanto precede entro due mesi dal ricevimento della presente lettera.

La Commissione invita altresì il Suo governo a trasmetterle, conformemente al dovere di leale cooperazione di cui all'articolo 10 del trattato CE, tutta la documentazione relativa all'attribuzione dei servizi in questione, ed, in particolare, i contratti di servizio tra il comune di Genova e ASTER nonché tutte le altre delibere eventualmente adottate dal comune a tale proposito.

Dopo avere preso conoscenza di tali osservazioni ed informazioni, oppure in caso di omesso inoltro delle medesime entro il termine fissato, la Commissione si riserva il diritto di emettere, se del caso, il parere motivato previsto dal medesimo articolo.

Voglia gradire Signor Ministro, i sensi della mia alta considerazione.

Per la Commissione

Charlie MCCREEVY

Membro della Commissione



CERTIFICATO CONFORME ALLA DECISIONE
PRESA DALLA COMMISSIONE
Per la Segretaria generale,

Jordi AYET PUIGARNAU
Direttore della cancelleria