

TAR Puglia, Bari, sez. III, 8/9/2004 n. 885

Il TAR Puglia rimette alla CGE la questione sulla compatibilità col diritto comunitario dell'art. 113 co. V, TUEL, nella parte in cui non pone alcun limite alla libertà di scelta dell'ente locale tra le varie forme di affidamento dei servizi pubblici

Il TAR per la Puglia, sez. III, ha rimesso gli atti alla Corte di Giustizia della Comunità Europea, ai sensi dell'art. 234 del Trattato istitutivo, ai fini della pronuncia pregiudiziale sulla compatibilità con il diritto comunitario, ed in particolare con gli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli artt. 46, 49 e 86 del Trattato, l'art. 113 co. V, D. Lgs. nr. 267/00, come modificato dall'art. 14 D.L. nr. 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. L'oggetto del contendere, dunque, è l'art. 14 del D.L.n. 269/03 che consente "l'affidamento in house" di determinati servizi pubblici. L'art. 14 del D.L. nr. 269/03, generalizzando tale ultima ipotesi, avrebbe aperto la strada, ad una vera e propria "occupazione" del mercato in numerosi settori da parte delle imprese pubbliche locali, in maniera non conforme allo spirito dell'art. 86 del Trattato, alla cui stregua sono ammissibili deroghe alle regole della concorrenza nella gestione di servizi di interesse economico generale solo in quanto si giustifichino per l'adempimento della "missione" che le imprese affidatarie devono svolgere .

Materia: servizi pubblici / affidamento e modalità di gestione

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - Sezione Terza
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso nr. 459 del 2004 proposto dall'Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori - A.N.A.V., in proprio ed in rappresentanza delle aziende associate con sede legale in Roma alla piazza dell'Esquilino, 29, in persona del Presidente dott. ing. Nicola Proto, legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Carlo Colapinto ed elettivamente domiciliata presso lo stesso in Bari alla via Roberto da Bari, 96,

CONTRO

il Comune di Bari, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Biancalaura Capruzzi e Rosa Cioffi e con le stesse elettivamente domiciliato in Bari alla via Principe Amedeo, 152, presso l'Avvocatura Comunale,

nonché nei confronti

- dell'A.M.T.A.B. Servizio S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Gennaro Notarnicola ed elettivamente domiciliata presso lo stesso in Bari alla via De Rossi, 16;

- della Regione Puglia, in persona del Presidente pro tempore, non costituita nel presente giudizio; per l'annullamento

della deliberazione del Consiglio Comunale del Comune di Bari nr. 2003/00238 d'ordine del 18.12.2003, affissa e pubblicata all'albo pretorio dal 19.12.2003 al 2.1.2004, ad oggetto: "Affidamento alla società A.M.T.A.B. Servizio S.p.A. del servizio di trasporto pubblico urbano locale nel Comune di Bari per il periodo 1 gennaio 2004/31 dicembre 2012. Approvazione relativi atti ed approvazione della spesa

conseguente", nonché di ogni atto e/o provvedimento presupposto connesso e consequenziale, ancorché non conosciuti, ed in particolare della decisione della G.M. del Comune di Bari del 9.10.2003, anch'essa non nota, di:

- a) non proseguire la gara per l'affidamento del servizio in virtù del D.L. nr. 269 del 30.9.2003;
- b) proseguire la privatizzazione all'esito dell'affidamento del servizio.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione dell'Amministrazione intimata e della controinteressata A.M.T.A.B. Servizio 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 22.7.2004, il Referendario, dott. Raffaele Greco;

Uditi l'avv. Colapinto per la ricorrente, l'avv. Capruzzi per l'Amministrazione e l'avv. Notarnicola per la controinteressata;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 1 marzo 2004, depositato il 9 marzo 2004, l'Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (A.N.A.V.), premesso di rappresentare per statuto le imprese esercenti servizi di trasporto viaggiatori, nazionali ed internazionali, nonché servizi riconducibili all'attività di trasporto, ed in tale qualità di curare - tra l'altro - l'interesse delle società affidatarie del servizio pubblico urbano ed extraurbano al corretto svolgimento del servizio stesso, ha impugnato i provvedimenti in epigrafe indicati, relativi all'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale nel Comune di Bari per il periodo 2004-2012.

In particolare, con la deliberazione consiliare in epigrafe, l'Amministrazione comunale ha deciso di non proseguire la gara già indetta per l'affidamento del servizio, essendo entrata in vigore nelle more la disciplina di cui all'art. 14 D.L. nr. 269/03, sulla base della quale ha ritenuto di affidare il servizio stesso alla A.M.T.A.B. S.p.A., società il cui capitale sociale è interamente di proprietà del Comune di Bari, avente come sola ed esclusiva attività l'erogazione del servizio di trasporto pubblico locale nella città di Bari e sottoposta a totale controllo da parte della stessa Amministrazione in virtù del Contratto di Servizio e degli ulteriori strumenti di controllo di cui il Comune si è dotato con la deliberazione di G.M. nr. 550 del 10.5.2001.

Avverso tale provvedimento, la ricorrente ha dedotto specificamente:

Violazione per mancata e falsa applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 3, 16, 43, 49, 50, 51, 70, 71, 72, 81, 82, 86, 87 e segg. del Trattato CE; Violazione per mancata applicazione dell'art. 24 co. VIII L. nr. 448/01, del D. Lgs. nr. 442/97, del Regolamento CE nr. 1191/69 nonché delle Direttive CE nn. 93/38 e 92/50; Violazione dei principi di diritto comunitario in subiecta materia; Eccesso di potere per difetto di istruttoria; Travisamento dei fatti; Illogicità: con l'art. 14 del D. L. nr. 269/03 (convertito, con modifiche, nella legge 24.11.2003, nr. 326) è stata attuata una vera e propria controriforma del settore dei servizi pubblici locali, in precedenza incamminato verso la strada della liberalizzazione e della concorrenza a seguito delle leggi di settore e dell'art. 35 L. nr. 448/01; tale ultima norma era intervenuta a modificare gli artt. 113 e 113bis D. Lgs. nr. 267/00, a seguito delle reiterate sollecitazioni della Commissione delle Comunità Europee, al fine di ampliare al massimo l'applicazione, sia in sede di affidamento della gestione delle reti e degli impianti che in sede di affidamento del servizio, dei principi di pubblicità e concorrenza, rendendo generale la regola del ricorso a gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di appalti o concessioni aventi ad oggetto la gestione di servizi pubblici, in conformità ai principi ricavabili dal Trattato e dalle Direttive comunitarie. Al riguardo la Corte di Giustizia ha enunciato il principio secondo cui l'applicazione di tali principi in subiecta materia può essere esclusa nelle sole ipotesi eccezionali in cui il servizio sia svolto direttamente dall'Amministrazione, ovvero affidato a società sulla quale essa eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano (c.d. affidamento in house).

L'art. 14 del D.L. nr. 269/03, generalizzando tale ultima ipotesi, ha aperto la strada, a dire della ricorrente, ad una vera e propria "occupazione" del mercato in numerosi settori da parte delle imprese pubbliche locali, in maniera non conforme allo spirito dell'art. 86 del Trattato, alla cui stregua sono ammissibili deroghe alle regole della concorrenza nella gestione di servizi di interesse economico generale solo in quanto si giustificano per l'adempimento della "missione" che le imprese affidatarie devono svolgere (ipotesi che non sembra ricorrere nel caso di specie);

Illegittimità costituzionale dell'art. 14 co. I e II, per violazione degli artt. 117 e 118 Cost.: le disposizioni sopra indicate sono incostituzionali in quanto dettano una disciplina dettagliata ed autoapplicativa in un settore (quello dei servizi pubblici locali) che l'art. 117 Cost. non riserva alla legislazione esclusiva dello Stato, non potendosi ritenere tale disciplina giustificata dalle competenze "trasversali" dello Stato di cui al capoverso dell'art. 117, ed in particolare non dalla "tutela della concorrenza" (art. 117 co. II lett. e), essendo questa nozione, inerente alla valutazione dell'impatto concorrenziale della condotta degli operatori economici, ben diversa da quella di "promozione della concorrenza", che riguarda invece la necessità di adottare discipline tese a conseguire la parità di trattamento tra gli operatori e a correggere le carenze del mercato, e che non risulta riservata in via esclusiva allo Stato;

Violazione per falsa applicazione dell'art. 14 D.L. nr. 269/03; Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti: l'affidamento del servizio alla A.M.T.A.B. Servizio S.p.A., per cui è processo, non risulta rispettoso dei parametri individuati dalla giurisprudenza comunitaria per l'affidamento in house e della stessa disciplina legislativa: in particolare, al di là delle disposizioni dello statuto dell'A.M.T.A.B. Servizio S.p.A. tali da far dubitare che effettivamente sussista il totale controllo della stessa da parte dell'Ente pubblico, la presenza nel contratto di servizio di clausole integranti un sistema di penali ed incentivi economici, di clausole arbitrali disciplinanti le procedure di composizione delle eventuali controversie, di rapporti finanziari certi e definiti nel tempo e nella quantità consente di escludere la riconducibilità dell'affidamento in oggetto a quello schema (che, secondo l'opinione consolidata, comporta l'equiparabilità del rapporto sottostante a quello di una delega interorganica);

Violazione di legge (art. 113 co. Vbis D. Lgs. nr. 267/00 introdotto dall'art. 4 co. CCIIIIV L. nr. 350/03): alla stregua di tale disciplina - da considerarsi immediatamente applicabile - la scelta tra i diversi modelli di affidamento non è rimessa alla integrale discrezionalità dell'Amministrazione, ma deve essere orientata dall'esigenza di assicurare concorrenzialità nel settore di riferimento e superare assetti monopolistici, con la conseguente necessità, disattesa nel caso di specie, di una puntuale motivazione in ordine alla scelta di non procedere a gara ad evidenza pubblica;

Eccesso di potere per travisamento dei fatti; Erroneità e falsità dei presupposti; Difetto d'istruttoria: la deliberazione di G.R. nr. 1720 del 6.11.2002, con la quale era stato approvato il Piano Triennale dei Servizi, nonché l'ulteriore deliberazione nr. 248/03, con la quale fu approvato anche il contratto-tipo sottoscritto tra il Comune di Bari e l'A.M.T.A.B. Servizio S.p.A., sono state annullate da questo Tribunale con sentenza nr. 4331 del 27.11.2003;

Violazione dell'art. 97 Cost.: l'azione amministrativa del Comune di Bari, per tutto quanto sopra evidenziato, si è svolta in contrasto con i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa.

Chiede pertanto la ricorrente l'annullamento dei provvedimenti impugnati, previa disapplicazione, in parte qua, dell'art. 14 D.L. nr. 269/03 siccome contrastante con la normativa comunitaria.

La controinteressata A.M.T.A.B. Servizio S.p.A. si è costituita in data 15 aprile 2004, chiedendo genericamente che il ricorso sia dichiarato inammissibile, o comunque rigettato.

L'Amministrazione intimata si è costituita in data 25 giugno 2004, chiedendo, anch'essa genericamente, che il ricorso sia dichiarato inammissibile, improcedibile e comunque infondato.

Entrambe le parti resistenti hanno poi depositato, in data 16 luglio 2004, articolate memorie con le quali hanno puntualmente replicato alle censure di parte ricorrente, ed inoltre l'Amministrazione ha eccepito in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione di atti presupposti immediatamente lesivi.

All'udienza del 22 luglio 2004, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso all'esame ha ad oggetto la vicenda amministrativa relativa all'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale nel territorio del Comune di Bari per il periodo 2004-2012.

In un primo tempo, l'Amministrazione comunale aveva avviato la procedura di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio, all'uopo emanando la deliberazione di G.M. nr. 621 del 17.7.2003, nella quale si faceva espresso richiamo agli schemi-tipo di contratto a suo tempo approvati dalla Regione.

Successivamente, è intervenuta la deliberazione consiliare nr. 238/03, oggetto dell'odierna impugnazione, con la quale l'Amministrazione ha mutato avviso, dichiaratamente a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 14 D.L. nr. 269/03, deliberando in particolare:

- a) di abbandonare la procedura di evidenza pubblica già avviata;
- b) di affidare il servizio direttamente alla società A.M.T.A.B. Servizio S.p.A., ritenuta in possesso dei requisiti richiesti dalla disposizione sopra citata per l'affidamento diretto.

Avverso tale determinazione è insorta l'associazione A.N.A.V., rappresentativa delle imprese esercenti attività di trasporto pubblico, articolando diverse censure, inerenti sia all'asserita illegittimità del provvedimento de quo rispetto alla normativa richiamata, sia - soprattutto - al lamentato contrasto di quest'ultima con i principi comunitari in subiecta materia.

Il Collegio ritiene che l'esame di quest'ultima problematica sia prioritario rispetto all'approfondimento delle ulteriori questioni sollevate nel ricorso introduttivo: con il primo motivo di ricorso, infatti, si chiede dichiararsi l'illegittimità della citata delibera nr. 238/03, previa disapplicazione dell'art. 14 D.L. nr. 269/03, ritenuto dalla ricorrente contrastante con la normativa comunitaria.

È indispensabile, pertanto, prendere le mosse da un accurato esame della normativa, interna e comunitaria, della cui applicazione si controverte.

2. In materia di servizi pubblici locali, la disciplina generale di riferimento è quella risultante dall'art. 113 D. Lgs. nr. 267/00, il cui testo è stato soggetto a numerose modifiche, a seguito dei ripetuti richiami che la Commissione CE ha rivolto allo Stato italiano, che a suo dire seguiva a mantenere in piedi in rilevanti settori il precedente regime dell'affidamento diretto, così contravvenendo ai principi desumibili dal Trattato CE, alla stregua dei quali s'imponeva il rispetto delle regole di trasparenza ed imparzialità nella scelta del soggetto affidatario.

In particolare, il citato art. 113 è stato in un primo momento modificato dall'art. 35 L. nr. 448/01, e successivamente dal più volte richiamato art. 14 D.L. nr. 269/03; ulteriori integrazioni sono state poi effettuate con l'art. 4 L. nr. 350/03.

Per quel che qui interessa, il comma V della norma così recita:

"L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

- a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;
- b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;
- c) a società 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".

La ricorrente assume la contrarietà di tale disposizione a numerose norme del Trattato, ed in particolare al principio, ricavabile sia dalle interpretazioni politiche ricavabili dagli atti della Commissione, sia dalla giurisprudenza in materia della Corte di Giustizia, secondo cui agli Stati membri dell'Unione incomberebbe un obbligo di tendenziale "apertura" del mercato, tale da imporre come forma

normale di affidamento dei servizi pubblici locali il ricorso a gare ad evidenza pubblica, confinando ad ipotesi residuali ed eccezionali l'affidamento diretto.

Viceversa, l'Amministrazione resistente e la controinteressata sottolineano come la normativa all'esame sia perfettamente aderente ai principi comunitari, non avendo fatto altro che codificare, tra le forme di affidamento della gestione dei servizi, quella corrispondente al modello del c.d. affidamento in house, che si attua allorché è l'Amministrazione stessa a provvedere all'erogazione del servizio, o direttamente tramite i propri servizi o affidandola a società di cui essa abbia il totale controllo; ipotesi, quest'ultima, nella quale la stessa Corte di Giustizia ha escluso l'applicabilità della disciplina comunitaria in materia di concorrenza.

3. Venendo all'esame del Trattato CE, va anzi tutto richiamato l'art. 16, che ha recepito la nozione di servizio pubblico nei seguenti termini:

"Fatti salvi gli articoli 73, 86 e 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente Trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti".

Quanto al successivo art. 86, il Collegio non condivide l'opinione della controinteressata A.M.T.A.B. Servizio S.p.A., che nella memoria depositata in data 16.7.2004 afferma lapidariamente l'inconferenza al caso che occupa di detta norma (oltre che delle altre disposizioni del Trattato richiamate da parte ricorrente), siccome essa avrebbe riguardo ai casi di "esternalizzazione dei servizi", nei quali si pone l'esigenza di tutelare la libertà di concorrenza delle imprese sul mercato, ed a cui resta pacificamente estraneo quello dell'affidamento diretto in house.

Ed invero, da una lettura sistematica delle disposizioni innanzi richiamate - ed in particolare, del richiamo che l'art. 16 fa (anche) all'art. 86 - non appare azzardato ipotizzare che non sono del tutto indifferenti, ai fini del rispetto dei principi comunitari de quibus, i criteri che ispirano le scelte dell'Amministrazione verso l'uno o l'altro dei modelli di affidamento del servizio.

Infatti, l'art. 86 contiene - tra l'altro - una disposizione espressamente dedicata al settore dei "servizi d'interesse economico generale", laddove recita: "...Le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme del presente Trattato, ed in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata".

Al riguardo, risulta corretta l'impostazione della ricorrente, secondo cui la disposizione appena citata enuncia un importante principio di generale di applicazione delle regole comunitarie in materia di concorrenza a tutte le ipotesi di affidamento di servizi pubblici, con il solo limite della necessità di garantire in ogni caso l'adempimento della "missione" cui il servizio è finalizzato.

Tale conclusione, ad avviso del Collegio, appare confortata dai principi elaborati, sia pure spesso in maniera incidentale, sia dalla Commissione che dalla Corte europea in sede di interpretazione ed applicazione delle predette norme.

4. In via preliminare, occorre sgombrare il campo da ogni possibile complicazione derivante dal concreto atteggiarsi dell'affidamento del servizio in termini di appalto ovvero di concessione.

Sul punto, sono quanto mai opportuni i richiami di parte ricorrente al principio, più volte affermato dalla Commissione e dalla Corte, secondo cui, ferma restando l'applicazione agli appalti pubblici di servizi della normativa attuativa delle Direttive comunitarie (in Italia, D. Lgs. nn. 157/95 e 158/95 e succ. modif.), anche laddove l'affidamento sia attuato nelle forme della concessione di servizi pubblici s'impone il rispetto degli obblighi di trasparenza e pubblicità delle procedure di affidamento discendenti dagli artt. 43 e 49 del Trattato.

In altri termini, i predetti principi, con tutto il complesso di regole che ne derivano (parità di trattamento, divieto di discriminazioni, proporzionalità delle scelte rispetto agli scopi perseguiti etc.), costituiscono norme - per così dire - "di chiusura" del sistema, volte a garantire il rispetto del nucleo essenziale delle norme comunitarie in materia di concorrenza anche nei casi in cui le modalità con cui avviene l'affidamento del servizio non siano direttamente riconducibili a specifiche Direttive.

Per quel che qui interessa, ne consegue che è sostanzialmente indifferente la qualificazione dell'affidamento in termini di concessione ovvero di appalto di servizi, atteso che in ogni caso vanno rispettati i principi sopra richiamati.

5. Con riguardo alla giurisprudenza comunitaria, da un attento esame delle sentenze rese in subiecta materia emerge che la Corte di Giustizia si è soffermata soprattutto sulle caratteristiche strutturali dell'affidamento in house, tali da giustificare l'esclusione dell'applicazione delle regole comunitarie sulla concorrenza.

Il principio da cui la Corte ha più volte preso le mosse è stato quello secondo cui neppure si pone un problema di tutela della concorrenza fra gli operatori economici, laddove il servizio venga svolto direttamente dall'Amministrazione, e quindi manchi un vero e proprio rapporto giuridico tra ente pubblico e soggetto gestore.

Peraltro, è doveroso sottolineare che nella successiva elaborazione del principio, la Corte ha ampliato la nozione di affidamento in house rispetto alla semplice ipotesi in cui la gestione del servizio venga svolta da un'articolazione interna dello stesso Ente pubblico, sulla base di una delega interorganica: in particolare, è stato specificato che la distinzione formale tra Amministrazione e soggetto gestore, e perfino la circostanza che i loro rapporti siano regolati da un contratto, non valgono di per sé ad escludere che l'affidamento del servizio possa essere ricondotta all'ipotesi derogatrice, dovendosi piuttosto guardare alla prevalenza o meno che l'Ente pubblico abbia nella gestione e nel controllo sostanziale del gestore.

In tale prospettiva, la Corte è giunta ad affermare l'irrilevanza anche dell'eventuale struttura privatistica della società affidataria, stante l'indicata esigenza di valorizzare soprattutto il momento del controllo della stessa da parte dell'Amministrazione (cfr. sentenza Ri.San. citata dalla ricorrente).

In definitiva, alla stregua dell'elaborazione giurisprudenziale in materia, è possibile affermare che perché possa dirsi sussistente la fattispecie dell'affidamento in house, con la conseguente esclusione dell'applicabilità dei principi comunitari, devono ricorrere i seguenti presupposti:

- che l'Ente pubblico eserciti sulla società affidataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- che tale società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano (cfr. sentenza Teckal, 18.11.1999 causa C-107/98).

La giurisprudenza ha anche precisato, più volte, le caratteristiche che deve assumere il controllo esercitato dall'Amministrazione sulla società, sotto il profilo sia gestionale che finanziario, affinché il rapporto tra esse intercorrente possa dirsi equivalente a quello della delega interorganica.

La Corte non si è invece specificamente intrattenuta sui criteri che devono informare la scelta "a monte" dell'uno o dell'altro modello di affidamento da parte dell'Amministrazione: ciò, evidentemente, al fine di non invadere la sfera di discrezionalità rimessa in materia alla legislazione degli Stati membri.

Tuttavia, non può non rimarcarsi come nella maggior parte delle pronunce esaminate si insista sulla qualificazione dell'affidamento in house come "ipotesi eccezionale", che sola può giustificare la mancata applicazione delle regole in materia di concorrenza, altrimenti cogenti - come si è visto - in tutti i casi di affidamento di un servizio pubblico a soggetto diverso dalla stessa Amministrazione.

Tale eccezionalità è stata sottolineata anche dalla Commissione, la quale, con esplicito riferimento ai principi enunciati nella sentenza Teckal, ha sentito l'esigenza di precisare che l'ipotesi dell'affidamento in house "non può valere ad escludere in maniera generale dal campo di applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici e di concessioni ogni affidamento di un servizio che venga effettuato da un ente locale in favore di una società a capitale maggiormente o totalmente pubblico" (cfr. atto del 26.6.2002, C(2002) 2329, citato dalla ricorrente).

In definitiva, le istituzioni comunitarie, pur riconoscendo l'ammissibilità della fattispecie di affidamento in house in quanto estranea al campo delle regole in tema di concorrenza, la considerano palesemente un'ipotesi residuale ed eccezionale, dando per scontato che l'ipotesi normale sia rappresentata dall'affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità e concorrenza.

6. Se è vero tutto quanto fin qui evidenziato, occorre allora porsi il problema di quali siano i criteri alla stregua dei quali le Amministrazioni debbano operare le scelte di base in ordine alle modalità di affidamento dei servizi pubblici.

In altri termini: tali scelte sono rimesse alla piena ed incondizionata discrezionalità delle stesse Amministrazioni, ovvero devono essere ispirate da criteri che a qualsiasi titolo tengano conto delle più volte rappresentate esigenze di "apertura" del mercato e di tutela della concorrenza?

Una prima risposta a questo interrogativo può trarsi dalla stessa giurisprudenza amministrativa, in cui è insistito il richiamo alle concrete "esigenze" del servizio e della stessa Amministrazione, come parametro alla cui stregua può giustificarsi la scelta per l'una o l'altra forma di affidamento.

La stessa Amministrazione resistente ha richiamato l'orientamento che, dopo aver ribadito che la decisione dell'Ente locale in ordine alle modalità di affidamento ed erogazione di un servizio è "logicamente estranea ad un sindacato di compatibilità con la tutela della concorrenza", significativamente aggiunge: "...Ciò che all'atto di compiere una simile scelta rileva sono piuttosto le esigenze del servizio. Se la costituzione di un soggetto ad hoc è idonea a garantire economie di scala, riduzione dei costi o razionalizzazione del bacino di utenza, l'opzione dell'ente locale non potrebbe esporsi ad alcuna censura solo perché escludente il ricorso al confronto competitivo" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23.4.1998, nr. 477).

Altrove si è evidenziato che la non interferenza dei principi comunitari sulle scelte discrezionali delle Amministrazioni pubbliche in ordine alle soluzioni organizzative da adottare per l'affidamento del servizio è giustificata dal fatto che le stesse Amministrazioni hanno la potestà di adottare opzioni "che siano le più rispondenti alle esigenze che esse stesse ritengano di dover soddisfare, conformemente alle leggi che le disciplinano" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18.9.2003, nr. 5316).

Emerge, insomma, che non solo le scelte della P.A. devono essere coerenti alle esigenze del servizio, ma che la valutazione in ordine a tali esigenze deve avvenire in conformità con le "leggi che le disciplinano". Ma questo primo rilievo (su cui, peraltro, si tornerà appresso) non esaurisce la problematica.

Infatti, se è perfino banale che è alla stregua della legislazione interna che devono essere condotte le valutazioni in ordine alle esigenze sulla base delle quali operare le scelte in ordine all'affidamento del servizio, allora non si può non chiedersi se non esistano anche principi comunitari, immediatamente applicabili, suscettibili di condizionare tali valutazioni.

La risposta a questo quesito deve muovere dalle considerazioni più sopra svolte, in ordine al perché non possa ritenersi del tutto indifferente per il diritto comunitario il momento della scelta in ordine alle modalità di affidamento del servizio, proprio in ragione dei principi già sottolineati di tendenziale "espansione" delle regole in materia di concorrenza, con la conseguente eccezionalità delle ipotesi di affidamento diretto.

Sotto tale profilo, assume valore decisivo la già citata disposizione dell'art. 86 del Trattato, laddove riafferma il principio della massima applicazione delle norme comunitarie sulla concorrenza, ponendo il solo limite negativo dell'ipotetica esigenza di evitare che detta applicazione possa essere di ostacolo all'espletamento della "missione" cui il servizio è finalizzato: ancora una volta è la sola considerazione delle esigenze del servizio che può giustificare la deroga ai principi comunitari.

7. Venendo ora all'esame della normativa interna di cui all'art. 113 D. Lgs. nr. 267/00, quale risultante dalle modifiche introdotte con l'art. 14 del D.L. nr. 269/03, non v'è dubbio che le stesse - così come dedotto dalla ricorrente - siano suscettibili di incentivare un ricorso sempre più massiccio da parte delle Amministrazioni locali alla deroga costituita dall'affidamento in house.

Per queste ragioni, la Corte europea è stata già investita della questione di compatibilità della disposizione con la normativa comunitaria, ritenendosi la norma sostanzialmente non conforme allo spirito della disciplina in materia di concorrenza nel settore dei servizi pubblici (cfr. Cons. Stato, Sez. V, Ord. 22.4.2004, nr. 2316, nella quale, peraltro, viene in gioco anche una disciplina locale ancor più ampliativa delle possibilità di ricorso all'affidamento diretto).

Tuttavia, non può sottacersi l'esattezza delle osservazioni sviluppate dalle parti resistenti, secondo cui neppure astrattamente potrebbe porsi una siffatta questione di compatibilità, in quanto la disposizione di cui alla lettera c) del comma V dell'art. 113, nello "scoprire" le caratteristiche dell'affidamento in

house, riproduce quasi letteralmente i parametri individuati dalla c.d. sentenza Teckal (controllo dell'Ente pubblico sulla società equivalente a quello che il primo esercita sui propri servizi, svolgimento da parte della società di attività prevalente per l'Ente pubblico controllante etc.).

Per tali ragioni, si afferma la piena compatibilità della previsione ai principi comunitari: sulla base di tale ordine di considerazioni, in altra occasione è stata disattesa la medesima questione di compatibilità della norma con la disciplina CE (cfr. Cons. Stato, sez. V. 26.6.2004, nr. 4771).

Il Collegio, pur dando atto della perfetta aderenza del disposto della citata lettera c) ai principi sopra ricostruiti, ritiene che non sia questo il punto centrale della questione.

Ed invero, dalle considerazioni che si sono sin qui svolte emerge con chiarezza che il vero profilo nevralgico della materia - sul quale non risulta che la Corte di Giustizia sia stata finora chiamata a pronunciarsi - è costituito non già dal modo con cui nella norma de qua è costruita la figura dell'affidamento in house, ma nel fatto che in essa l'istituto viene di fatto generalizzato, lasciando apparentemente alle Amministrazioni locali piena discrezionalità in ordine alla scelta tra esso e l'affidamento mediante gara ad evidenza pubblica (o, ancora, attraverso il sistema "misto" dell'affidamento diretto a società pubblico-privata in cui il socio privato sia scelto con procedura di evidenza pubblica).

Una tale previsione, nella sua pratica attuazione, è suscettibile di stravolgere quello che si è visto essere, alla stregua dei principi comunitari, il rapporto tra i diversi modelli di affidamento dei servizi pubblici, in forza del quale il ricorso a procedure di evidenza pubblica dovrebbe configurarsi come la regola e l'affidamento in house come eccezione.

In altri termini, manca nella disciplina all'esame ogni riferimento alle modalità con cui le Amministrazioni dovranno esternare le proprie valutazioni in ordine alle "esigenze" del servizio che giustificano la deroga al principio della gara pubblica: tale non può certamente considerarsi il successivo comma Vbis dell'art. 113 (introdotto dalla L. nr. 350/03), secondo cui "le normative di settore, al fine di superare assetti monopolistici, possono introdurre regole che assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi da esse disciplinati prevedendo, nel rispetto delle disposizioni di cui al comma V, criteri di gradualità nella scelta delle modalità di conferimento del servizio".

Infatti, anzi tutto tale norma è espressamente limitata ai casi in cui sussista l'esigenza di "superare assetti monopolistici"; in secondo luogo - ed in questo il Collegio concorda con l'opinione delle parti resistenti - essa, lungi dal porre un principio di gradualità tra i vari modelli di affidamento, si limita a rinviare al legislatore futuro l'individuazione eventuale di tale gradualità, con riguardo ai singoli settori d'intervento.

E anzi, il comma Vbis a ben vedere, disegnando in termini di mera facoltà la possibile previsione futura di criteri di gradualità in specifici settori, mostra e contrario di considerare del tutto equipollenti, in linea generale, i tre modelli individuati dal precedente comma V.

Inoltre, è lo stesso contrasto di opinioni esistente fra le parti, con riguardo al caso che occupa, in ordine all'applicabilità o meno dei principi a suo tempo elaborati dalla normativa di settore in materia di trasporti (D. Lgs. nr. 422/97) a dimostrare come un generico rinvio alla disciplina di settore non sia per nulla idoneo a garantire il rispetto dei principi comunitari più volte richiamati.

8. Non può dubitarsi della rilevanza della questione, con riguardo al caso di specie.

Infatti, è proprio a seguito dell'entrata in vigore del D.L. nr. 269/03 che il Comune di Bari ha deciso di abbandonare la gara ad evidenza pubblica già avviata per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale, optando per l'affidamento diretto alla A.M.T.A.B. Servizio S.p.A.

Siffatta decisione non appare assistita da adeguata motivazione in ordine alle esigenze del servizio, tale non potendosi considerare la richiamata esigenza - su cui insiste la difesa dell'Amministrazione resistente - di "valorizzare" la società affidataria (che sembra corrispondere ad esigenze di quest'ultima, e non del servizio); peraltro, tale carenza motivazionale non appare allo stato configurare un contrasto del provvedimento impugnato con la normativa, che come detto nulla prevede in ordine alle valutazioni sottostanti alla scelta della modalità di affidamento del servizio.

Né il problema può dirsi superato, come argomentato dalle parti resistenti, in virtù del fatto che l'Amministrazione, con provvedimenti successivi, sta ponendo in atto un'opera di "privatizzazione

sostanziale" del servizio, avviando una gara ad evidenza pubblica per l'individuazione del socio privato cui cedere una cospicua parte del capitale sociale dell'A.M.T.A.B. Servizio S.p.A. (cfr. delibera di G.M. nr. 413 del 21.5.2004).

Tale evenienza, al contrario, segnala l'insorgenza di una prassi anch'essa presumibilmente destinata a generalizzarsi, in forza della quale le Amministrazioni provvederanno dapprima ad affidamento diretto dei servizi a società da esse interamente controllate (secondo lo schema di cui alla lettera c) dell'art. 113 co. V), e quindi provvederanno a cedere una parte del capitale a socio privato (attuando in concreto il modello di cui alla precedente lettera b).

Tuttavia, è vero che anche l'affidamento del servizio a società "mista", come rilevato da parte ricorrente, pone delicati problemi di compatibilità col diritto comunitario, atteso che l'esperimento della gara avviene non per la scelta della migliore modalità tecnica di erogazione del servizio, ma per la sola scelta del socio privato, che sarà destinato ad inserirsi in uno schema già approvato a priori dall'Amministrazione, con modalità non concorrenziali.

La prassi suindicata, realizzando una sorta di privatizzazione indiretta di rilevanti settori d'intervento pubblico, sembra configurare un sostanziale aggiramento della normativa comunitaria in materia di concorrenza.

S'impone, pertanto, il ricorso alla Corte europea perché valuti la conformità della predetta disciplina alla normativa comunitaria sotto i profili innanzi evidenziati.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - Sezione III, sospende il giudizio e rimette gli atti alla Corte di Giustizia della Comunità Europea, ai sensi dell'art. 234 del Trattato istitutivo, ai fini della pronuncia pregiudiziale sul seguente quesito:

Se sia compatibile con il diritto comunitario, ed in particolare con gli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli artt. 46, 49 e 86 del Trattato, l'art. 113 co. V D. Lgs. nr. 267/00, come modificato dall'art. 14 D.L. nr. 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.

Così deciso in Bari, nella camera di consiglio del 22.7.2004, con l'intervento dei Magistrati:

Dott. Amedeo Urbano Presidente

Dott. Doris Durante Componente

Dott. Raffaele Greco Componente, est.

Depositata in segreteria l'8 settembre 2004

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)