

**Gruppo di lavoro “legislazione e regole comunitarie” Roma, 14 settembre 2005**

Si riportano di seguito i materiali relativi ad alcuni punti all’ordine del giorno della riunione:

<b><i>PUNTO 1</i></b>	<b>2</b>
<b><i>Organizzazione dei servizi di interesse economico generale. Aggiornamenti giurisprudenziali.</i></b>	<b>2</b>
Corte di giustizia europea, Grande Sezione, 21/7/2005 n. C-231/03	2
Consiglio di Stato, sentenza 8 agosto 2005 n. 4208	8
TAR Friuli Venezia Giulia, 15/7/2005 n. 634	17
<b><i>PUNTO 4</i></b>	<b>24</b>
<b><i>Recepimento della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi</i></b>	<b>24</b>
Documento di sintesi redatto da Confservizi inviato alla Commissione di studio istituita presso il Dipartimento delle Politiche comunitarie	24
Aggiornamenti giurisprudenziali: TAR Campania, Salerno, Sez. I, 19/7/2005 n. 1290	29

## **PUNTO 1**

### **Organizzazione dei servizi di interesse economico generale. Aggiornamenti giurisprudenziali.**

*Corte di giustizia europea, Grande Sezione, 21/7/2005 n. C-231/03*

SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)  
21 luglio 2005

«Artt. 43 CE, 49 CE e 81 CE – Concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas»

Nel procedimento C-231/03,

avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, con ordinanza 14 febbraio 2003, pervenuta in cancelleria il 28 maggio 2003, nella causa tra

**Consorzio Aziende Metano (Coname)**

e

**Comune di Cingia de' Botti,**

con l'intervento di:

**Padania Acque SpA,**

LA CORTE (Grande Sezione),

composta dal sig. V. Skouris, presidente, dai sigg. P. Jann, C.W.A. Timmermans (relatore), A. Rosas, dalla sig.ra R. Silva de Lapuerta e dal sig. A. Borg Barthet, presidenti di sezione, dai sigg. R. Schintgen, S. von Bahr, J.N. Cunha Rodrigues, G. Arestis, M. Ilešic, J. Malenovský e J. Klucka, giudici,  
avvocato generale: sig.ra C. Stix-Hackl  
cancelliere: sig.ra L. Hewlett, amministratore principale  
vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 1° marzo 2005,

viste le osservazioni presentate:

- per il Consorzio Aziende Metano (Coname), dall'avv. M. Zoppolato;
- per il governo italiano, dal sig. I. M. Braguglia, in qualità di agente, assistito dal sig. G. Fiengo, avvocato dello Stato;
- per il governo dei Paesi Bassi, dal sig. D. J. M. de Grave, in qualità di agente;
- per il governo austriaco, dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente;
- per il governo finlandese, dalla sig.ra A. Guimaraes-Purokoski, in qualità di agente;
- per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. X. Lewis, K. Wiedner e C. Loggi, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 12 aprile 2005, ha pronunciato la seguente

### **Sentenza**

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale in esame concerne l'interpretazione degli artt. 43 CE, 49 CE e 81 CE.

2 Tale domanda è stata proposta nel contesto di una controversia che vede il Consorzio Aziende Metano (in prosieguo: il «Coname») contrapposto al Comune di Cingia de' Botti in merito all'attribuzione da parte di quest'ultimo alla Padania Acque SpA (in prosieguo: la «Padania») del servizio per la gestione della distribuzione e la manutenzione degli impianti di gas metano.

### **Contesto normativo**

3 In forza dell'art. 22, n. 3, della legge 8 giugno 1990, n. 142, recante ordinamento delle autonomie locali (Supplemento ordinario alla GURI del 12 giugno 1990, n. 135; in prosieguo: la «legge n. 142/1990»), un servizio come quello riguardante la gestione, la distribuzione e la manutenzione degli impianti di distribuzione di gas metano può essere garantito dall'ente pubblico stesso, oppure mediante concessione a terzi, o facendo ricorso ad imprese terze o anche, ai sensi del detto art. 22, n. 3, lett. e), «a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati».

### **Causa principale e questione pregiudiziale**

4 Il Coname aveva concluso con il Comune di Cingia de' Botti, per il periodo 1° gennaio 1999 - 31 dicembre 2000, un contratto per l'affidamento del servizio di manutenzione, conduzione e sorveglianza della rete di gas metano.

5 Con lettera del 30 dicembre 1999 il detto Comune ha informato il Coname che, con delibera 21 dicembre 1999, il Consiglio comunale aveva affidato alla Padania il servizio avente ad oggetto la gestione, la distribuzione e la manutenzione dell'impianto di distribuzione del gas metano per il periodo 1° gennaio 2000 - 31 dicembre 2005. Quest'ultima società è a prevalente capitale pubblico, detenuto dalla Provincia di Cremona nonché da quasi tutti i comuni di tale provincia. Il Comune di Cingia de' Botti detiene una partecipazione dello 0,97% nel capitale della detta società.

6 Il servizio controverso nella causa principale è stato attribuito alla Padania con affidamento diretto, in applicazione dell'art. 22, n. 3, lett. e), della legge n. 142/1990.

7 Il Coname, che chiede al giudice del rinvio, in particolare, l'annullamento della delibera 21 dicembre 1999, fa valere che l'attribuzione del detto servizio avrebbe dovuto essere effettuata mediante gara d'appalto.

8 Considerando che la soluzione della controversia della quale è investito richiede l'interpretazione di talune disposizioni del Trattato CE, il Tribunale amministrativo

regionale per la Lombardia ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se gli artt. 43 [CE], 49 [CE] e 81 [CE], laddove vietano rispettivamente le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato ed alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità nei confronti dei cittadini degli Stati membri, nonché le pratiche commerciali e societarie idonee ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nell'ambito dell'Unione europea, ostino a che sia previsto l'affidamento diretto e, cioè, senza l'indizione di una gara, della gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas a società a partecipazione pubblica comunale, ogni volta che detta partecipazione al capitale sociale sia tale da non consentire alcun possibile controllo diretto sulla gestione stessa e se debba conseguentemente affermarsi che, come ricorre nel caso di specie, ove la partecipazione è pari allo 0,97%, non si configurino gli estremi della gestione in house».

### **Questione pregiudiziale**

9 Occorre osservare preliminarmente che la causa principale sembra riguardare, come risulta dalla risposta fornita dal giudice del rinvio ad una richiesta di chiarimenti formulata dalla Corte ai sensi dell'art. 104, n. 5, del suo regolamento di procedura, un servizio qualificato come concessione, che non rientra nell'ambito di applicazione né 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), né della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84) (v., in questo senso, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress, Racc. pag. I-10745, punto 56, e ordinanza 30 maggio 2002, causa C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, Racc. pag. I-4685, punto 28).

10 La presente sentenza si basa dunque sul presupposto che la controversia nella causa principale concerna l'attribuzione di una concessione, presupposto che spetta al giudice del rinvio verificare.

11 Ciò precisato, con la questione proposta il giudice del rinvio chiede un'interpretazione degli artt. 43 CE, 49 CE e 81 CE.

#### *Sull'art. 81 CE*

12 Occorre ricordare che l'art. 81 CE, che si applica, secondo la sua formulazione letterale, agli accordi «tra imprese», non si riferisce, in linea di principio, ai contratti di concessione conclusi da un comune, nella sua veste di pubblica autorità, con un concessionario incaricato dell'esecuzione di un pubblico servizio (v., in questo senso, sentenza 4 maggio 1988, causa 30/87, Bodson, Racc. pag. 2479, punto 18).

13 Pertanto, come giustamente osservano il governo finlandese e la Commissione, la detta disposizione non è applicabile alla controversia di cui alla causa principale, come descritta nell'ordinanza di rinvio.

14 Non occorre pertanto risolvere la questione sotto questo profilo.

*Sugli artt. 43 CE e 49 CE*

15 Con la questione proposta, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli artt. 43 CE e 49 CE ostino all'affidamento diretto, cioè senza l'indizione di una gara, da parte di un comune, di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico, capitale nel quale il detto comune detiene una partecipazione dello 0,97%.

16 Occorre ricordare che l'attribuzione di simile concessione non è disciplinata da nessuna delle direttive con cui il legislatore comunitario ha disciplinato il settore degli appalti pubblici. In mancanza di una disciplina del genere, è alla luce del diritto primario e, più in particolare, delle libertà fondamentali previste dal Trattato che devono essere esaminate le conseguenze di diritto comunitario relative all'affidamento di tali concessioni.

17 Al riguardo, occorre osservare che, nella misura in cui la detta concessione può interessare anche un'impresa con sede in uno Stato membro diverso da quello del Comune di Cingia de' Botti, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale concessione ad un'impresa con sede in quest'ultimo Stato membro costituisce una differenza di trattamento a danno dell'impresa avente sede nell'altro Stato membro (v., in questo senso, sentenza Telaustria e Telefonadress, citata, punto 61).

18 Infatti, in mancanza di qualsiasi trasparenza, quest'ultima impresa non ha alcuna reale possibilità di manifestare il suo interesse ad ottenere la detta concessione.

19 Orbene, a meno che non sia giustificata da circostanze obiettive, siffatta differenza di trattamento, che, escludendo tutte le imprese aventi sede in un altro Stato membro, opera principalmente a danno di queste ultime, costituisce una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE (v. in particolare, in questo senso, sentenze 10 marzo 1993, causa C-111/91, Commissione/Lussemburgo, Racc. pag. I-817, punto 17; 8 giugno 1999, causa C-337/97, Meeusen, Racc. pag. I-3289, punto 27, nonché 26 ottobre 1999, causa C-294/97, Eurowings Luftverkehr, Racc. pag. I-7447, punto 33 e giurisprudenza ivi citata).

20 Per quanto riguarda la controversia nella causa principale, non risulta dal fascicolo che, a causa di circostanze particolari, come un valore economico molto limitato, si possa ragionevolmente sostenere che un'impresa con sede in uno Stato membro diverso da quello cui appartiene il Comune di Cingia de' Botti non avrebbe interesse alla concessione controversa e che gli effetti sulle libertà fondamentali di cui trattasi dovrebbero quindi essere considerati troppo aleatori e troppo indiretti perché si possa concludere nel senso di un'eventuale violazione di queste ultime (v., in questo senso, sentenze 7 marzo 1990, causa C-69/88, Krantz, Racc. pag. I-583, punto 11; 21 settembre 1999, causa C-44/98, BASF, Racc. pag. I-6269, punto 16, nonché ordinanza 12 settembre 2002, causa C-431/01, Mertens, Racc. pag. I-7073, punto 34).

21 In tale contesto, spetta al giudice del rinvio verificare se l'affidamento della concessione da parte del Comune di Cingia de' Botti alla Padania risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente comportare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un'impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello della Repubblica italiana di aver accesso alle informazioni adeguate relative alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse ad ottenere la detta concessione.

22 Se ciò non avviene, è necessario concludere per l'esistenza di una differenza di trattamento a danno di tale impresa.

23 Per quanto riguarda le circostanze obiettive che possono giustificare tale differenza di trattamento, va osservato che il fatto che il Comune di Cingia de' Botti detenga una partecipazione dello 0,97% nel capitale della Padania non costituisce di per sé una di tali circostanze obiettive.

24 Infatti, anche supponendo che la necessità per un comune di esercitare un controllo su un concessionario che gestisce un servizio pubblico possa costituire una circostanza obiettiva tale da giustificare un'eventuale differenza di trattamento, va rilevato che, come osserva lo stesso giudice del rinvio, una partecipazione dello 0,97% è talmente esigua da non consentire tale controllo.

25 All'udienza il governo italiano ha fatto valere, in sostanza, che, a differenza di alcune grandi città italiane, la maggior parte dei comuni non ha i mezzi per garantire mediante strutture interne servizi pubblici come quello della distribuzione del gas sul suo territorio e si vede pertanto costretta a fare ricorso a strutture, come quella della Padania, nel capitale delle quali più comuni detengono partecipazioni.

26 Al riguardo occorre constatare che una struttura come quella della Padania non può essere equiparata ad una struttura mediante la quale un comune o una città gestisce, a livello interno, un servizio pubblico. Infatti, come risulta dal fascicolo, la Padania costituisce una società aperta, almeno in parte, al capitale privato, il che impedisce di considerarla come una struttura di gestione «interna» di un servizio pubblico nell'ambito dei comuni che ne fanno parte.

27 Non è stata portata a conoscenza della Corte nessun'altra circostanza obiettiva in grado di giustificare un'eventuale differenza di trattamento.

28 In tale contesto, occorre risolvere la questione proposta nel senso che gli artt. 43 CE e 49 CE ostano, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, all'affidamento diretto da parte di un comune di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico, capitale nel quale il detto comune detiene una partecipazione dello 0,97%, qualora tale affidamento non risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente comportare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un'impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello del detto comune di avere accesso alle informazioni adeguate riguardo alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che

tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse a ottenere la detta concessione.

### **Sulle spese**

29 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute per presentare osservazioni alla Corte, diverse da quelle delle parti, non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

**Gli artt. 43 CE e 49 CE ostano, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, all'affidamento diretto da parte di un comune di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico, capitale nel quale il detto comune detiene una partecipazione dello 0,97%, qualora tale affidamento non risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente implicare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un'impresa con sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello del detto comune di avere accesso alle informazioni adeguate riguardo alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse a ottenere la detta concessione.**

**Consiglio di Stato, sentenza 8 agosto 2005 n. 4208**

**REPUBBLICA ITALIANA**

N.4208/05 REG.DEC.

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N. 3675 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione) ANNO 2004  
ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso n. **3675/2004**, proposto dal dott. Amerigo Cheli, nella qualità di Presidente legale rappresentante pro tempore della Associazione dei titolari di farmacia della Provincia Di Pisa e dai dottori Italo Desideri, Carlo Fassora, Aurelio Ferretti, Marcella Lapucci e Domenica Nanni, tutti rappresentati e difesi dagli avv.ti David Cerri del Foro di Pisa e Roberto Righi del Foro di Roma, ed elettivamente domiciliati in Roma alla Via Carducci n. 4 per delega in calce all'appello;

**contro**

il Comune di Pontedera in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giuseppe Stancanelli e Alessandro Cecchi ed elettivamente domiciliati presso lo studio del dott. Gian Marco Grez, Lungotevere Flaminio n. 46;

**e, nei confronti di**

Federfarma Federazione Nazionale Unitaria dei Titolari di Farmacia Italiani, in persona del legale rappresentante Dott. Giorgio Siri, con sede in Roma, Via Emanuele Filiberto n. 190, e Unione Nazionale Consumatori, in persona del Segretario generale e legale rappresentante dott. Vincenzo Dona, con sede in Roma, Via Duilio n. 13, entrambe rappresentate e difese dagli avv.ti prof. Lorenzo Acquarone, prof. Massimo Luciani e prof. Agostino Gambino ed elettivamente domiciliati presso l'ultimo di essi in Roma, Via dei Tre Orologi n. 14-A, giusta mandato a margine dell'atto di intervento *ad adiuvandum*;

**per la riforma**

della sentenza del Tar della Toscana Sez. III in data 17 dicembre 2004 n. 6057, che ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto nei confronti del bando per la vendita tramite procedura concorsuale ristretta ad evidenza pubblica di n. 4.590.000 azioni ordinarie da nominali lire 1.000 (euro 0,52) cadauna, corrispondente al 76,50% del capitale sociale della Azienda Farmacie di Pontedera s.p.a., di proprietà del Comune di Pontedera, predisposto dal Direttore Generale del Comune di Pontedera e pubblicato il 18 giugno 2001; nonché della delibera del Consiglio Comunale di Pontedera n. 70 del 30 maggio 2001;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune;

Visto l'atto di intervento *ad adiuvandum*;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla camera di consiglio udienza del 3 dicembre 2004, relatore il Consigliere Lamberti ed uditi, altresì, gli avvocati Righi, Stancanelli, Cecchi, Acquarone e Ranieri, in sostituzione dell'avv. Gambino.

**FATTO**

Il dott. Enrico Morgantini è titolare di farmacia in Pisa e i dottori Desideri, Fassora, Ferretti, Lapucci e Nanni sono titolari di farmacia in Pontedera. Il dott. Morgantini è

anche presidente e legale rappresentante dell'Associazione dei titolari di farmacia della Provincia di Pisa. Espongono che con deliberazione del 30 maggio 2001, n. 70 il comune di Pontedera – richiamate le determinazioni assunte con provvedimento 7 settembre 2000, n. 107, preordinate alla privatizzazione del servizio farmaceutico comunale attraverso apposita azienda speciale da trasformare in s.p.a. per la gestione delle farmacie comunali – dispose di indire una gara ad evidenza pubblica tramite procedura concorsuale ristretta per la scelta del socio o dei soci di maggioranza cui alienare il 76,50% del capitale sociale dell'azienda Farmacie di Pontedera s.p.a. articolata in tre fasi: - domanda di partecipazione alla gara da parte dei soggetti in possesso dei requisiti previsti dal bando; - presentazione delle offerte irrevocabili di acquisto; successiva trattativa al rialzo. Assumendo la lesione dei loro interessi per l'alterazione delle regole legali di concorrenza nel settore, gli appellanti impugnarono innanzi al Tar della Toscana i relativi provvedimenti, precisamente: a) la delibera del consiglio comunale di Pontedera 30.5.2001, n. 70 contenente gli indirizzi per la scelta del socio e delle modalità della gara; b) il bando per la vendita ad evidenza pubblica di n. 4.590.000 azioni ordinarie, corrispondente al 76,50% del capitale sociale dell'Azienda farmacie di Pontedera s.p.a. di proprietà del Comune predisposto dal Direttore generale del Comune e pubblicato il 18.6.2001 all'albo pretorio. Nel bando venivano ammesse alla gara tre categorie di soggetti: società di capitali aventi un patrimonio netto contabile o un capitale sociale non inferiore a quattro miliardi di lire; farmacisti iscritti all'albo e/o abilitati all'esercizio della professione che avessero costituito una società di capitali con un patrimonio netto contabile non inferiore a quattro miliardi di lire o che si impegnassero a costituire, prima del contratto una società con tali caratteristiche; raggruppamenti *ad hoc* dei quali facessero parte soggetti con le caratteristiche suddette. Queste le censure: 1) violazione e falsa applicazione dell'art. 9, comma 1, lett. d, l. n. 475/1968, come sostituito dall'art. 10, l. n. 362/1991: il bando viola la riserva legale per la quale le quote di capitale delle società per azioni, che gestiscono le farmacie comunali, possano essere cedute soltanto ai farmacisti impiegati delle stesse società all'epoca della dismissione; il bando consente la partecipazione alla gara di società di capitali operanti nel settore della distribuzione dei farmaci, così precludendo la partecipazione alla procedura di singoli farmacisti privati; la gestione delle società di distribuzione di farmaci altera l'equilibrio della concorrenza per le maggiori capacità economiche e finanziarie delle società di capitali e per la correlata deresponsabilizzazione dei suoi soci rispetto ai farmacisti privati, i quali possono gestire le loro farmacie solo in via diretta e non per mezzo di società con soci privi dei requisiti professionali; la politica della nuova società non è fronteggiabile dai farmacisti privati; 2) violazione e falsa applicazione dell'art. 9, comma 1, lett. d, l. n. 475/1968, come sostituita dall'art. 10, l. n. 362/1991, dell'art. 116 del t. u. n. 267/2000, come modificato dall'art. 2-ter, d.l. n. 392/2000, conv. l. n. 26/2001, dell'art. 97 cost., dell'art. 1, co. 1, l. n. 241/90; illogicità e ingiustizia manifeste, difetto di motivazione, erroneità dei presupposti, sviamento della causa tipica, inopportunità del provvedimento, violazione del canone di proporzionalità: è illegittima l'esclusione dei singoli farmacisti privati non associati fra loro in società di capitali; nessuno dei ricorrenti ha potuto prendere parte alla gara o individualmente o raggruppati in forme diverse da una società di capitali, e ciò senza nessuna ragione di opportunità e in assenza di qualsiasi norma di legge che imponga la determinazione del Comune, che non è neppure finalizzata alla scelta del miglior socio e alla efficienza dell'azione amministrativa; sarebbe pregiudicata la irrinunciabile concorrenzialità della procedura selettiva, precludendola a coloro che potrebbero assicurare maggiore

professionalità e affidabilità; 3) illogicità, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento, contraddittorietà fra atti, sviamento dalla causa tipica: ai farmacisti comunali è riservata una quota del capitale sociale del 3,5%, nonostante la precedente delibera n. 10712000 contenga la proposta di avvalersi -nel- processo di privatizzazione- della collaborazione dei farmacisti privati con partecipazione minoritaria al capitale sociale della società di gestione comunale. Nel giudizio di primo grado si è costituito il Comune di Pontedera, eccependo in via preliminare l'inammissibilità e nel merito l'infondatezza del ricorso. Respinta l'istanza cautelare, il Tar della Toscana dichiarò inammissibile il ricorso per carenza di interesse attuale e concreto. Ancorché i ricorrenti avessero impugnato il bando di gara, non avevano comunque chiesto di partecipare alla procedura né ne erano stati esclusi: mancava pertanto l'interesse concreto all'impugnazione evidenziato dalla domanda di partecipazione alla gara., la cui proposizione rappresenta condizione dell'azione e esprime l'utilità concreta che l'interessato si ripromette di ottenere dall'accoglimento del ricorso. La sentenza è stata appellata dai ricorrenti in primo grado per due motivi di violazione dell'art. 26, t.u. 26 luglio 1924, n. 1054 dato il carattere oppositivo dell'interesse fatto valere in giudizio consistente nell'eliminazione del bando di gara in sé e per sé in quanto suscettibile di alterare le condizioni di concorrenza preesistenti e di falsa applicazione dei principi in tema di giudicato di annullamento, che travolge gli atti di gara e l'aggiudicazione, di talché la loro partecipazione alla gara non era neppure ipotizzabile sotto l'aspetto dell'interesse. Il ricorrenti hanno poi espressamente riproposto i tre motivi del primo grado. Nel presente appello si è costituito il comune di Pontedera, riproponendo le stesse eccezioni e chiedendo la conferma nella sentenza impugnata e in ogni caso il rigetto del ricorso di primo grado. Hanno presentato atto di intervento adesivo la Federfarma e l'Unione Nazionale Consumatori. Nella memoria dei ricorrenti è dato atto che la procedura di dismissione delle azioni si era nel frattempo conclusa con la vendita in favore della società Alleanza Salute s.p.a, esercente il commercio all'ingrosso di prodotti alimentari, parafarmaceutici per la prima infanzia, profumeria, specialità medicinali e attività di finanziaria. Gli intervenienti hanno evidenziato che l'aggiudicataria della gara, la società Alleanza Salute esercita attività di grande distribuzione del farmaco, incompatibile con la dispensazione al pubblico in farmacia. Anche se la società Alleanza Salute, quale soggetto titolare delle partecipazioni, non opera direttamente nel mercato della distribuzione farmaceutica, ma in quello della gestione di pacchetti azionari, tale società fa parte di un gruppo multinazionale (facente capo alla britannica Alliance Unichem) operante nella distribuzione farmaceutica, nel cui interesse evidentemente opera, anche attraverso ben trentadue società controllate, tra le quali la Farmacie Comunali di Pontedera s.p.a.

All'udienza del 3 dicembre 2004 la causa è stata discussa, indi spedita in decisione.

#### DIRITTO

1. Con deliberazione 7 settembre 2000, n. 107, il Consiglio comunale di Pontedera, preso atto della concertazione relativa alla trasformazione delle forme di gestione delle tre farmacie comunali, stabiliva i seguenti indirizzi: -di sopprimere il settore delle farmacie comunali e trasformare, ai sensi della l. n. 142/1990, la gestione in economia delle tre farmacie comunali in gestione a mezzo di un'azienda speciale ai sensi del D.P.R. n. 902/1986 per la successiva trasformazione in s.p.a. ai sensi dell'art. 17, co. 51, l. n. 127/1997; -di stabilire che in attuazione dell'art. 12, co. 1, l. 498/1992, la società per azioni deve essere costituita dal Comune senza il vincolo di proprietà maggioritaria di cui al co. 3, lett. e, dell'art. 22, l. n. 142/1990 e anche in deroga a

quanto previsto dall'art. 10, l. n. 362/1991; -di stabilire che la scelta del socio privato e la collocazione sul mercato dei titoli azionari avvengano con le procedure di evidenza pubblica;-di riservare ai farmacisti azioni nella misura complessiva del 3,5% delle azioni, emesse al prezzo stabilito dal valore di mercato determinato in sede di gara, a valere sull'80% con la precisazione che le azioni non acquistate da un e/o più farmacisti sono alienate ai soci privati acquirenti e/o restino in proprietà del comune; - di accogliere la richiesta di n. 3 farmacisti, di n. 3 impiegati collocati alla cat. B3, e dei n. 2 impiegati collocati nella cat. A trasferirli per mobilità esterna orizzontale; -di trasferire alla costituenda azienda speciale e alla successiva costituenda S.p.a. il personale dipendente prima evidenziato; -di stabilire che nello statuto della costituenda S.p.a. debba essere previsto sino al 31/12 del quinto anno dalla data di costituzione della società il divieto, per i soci diversi dal comune ed eventualmente dei dipendenti della società, di atti di cessione di azioni o di costituzione di diritti reali sulle stesse o altro atto idoneo a determinare la perdita totale o parziale della quota di partecipazione al capitale sociale del socio privato; -di prevedere che la Giunta comunale, nell'ambito delle proprie competenze, avvii gli adempimenti propedeutici alla detta trasformazione. Tali determinazioni sono state richiamate nella delibera 30 maggio 2001, n. 70 con la quale, preso atto che il capitale sociale dell'azienda farmacie Pontedera s.p.a ammonta a sei miliardi di lire (pari a euro 3.098.741,39) e che la vendita ai dipendenti del 3% delle azioni a valere sull'80% venga effettuata al valore di stima peritale, sono stati forniti i seguenti indirizzi per la scelta del socio privato: a) indizione della gara ad evidenza pubblica ai sensi dell'art. 116 D.Lgs. n. 267/2000 e del D.P.R. n. 533/1996 per la vendita del 76,50% del capitale sociale della s.p.a.; b) utilizzo della procedura concorsuale ristretta articolata in tre fasi distinte: -domanda di partecipazione alla gara da parte dei soggetti in possesso dei requisiti previsti dal bando; -presentazione delle offerte irrevocabili di acquisto delle azioni e del relativo piano aziendale di sviluppo; -successiva trattativa al rialzo; c) aggiudicazione da parte della Giunta comunale sulla base della valutazione degli elementi dell'offerta e formazione della graduatoria effettuata da un'apposita commissione tecnica; d) mantenimento dell'attuale localizzazione delle farmacie. Nella delibera n. 70/2001 è altresì dato atto che: -con delibera consiliare n. 115/2000 è stata costituita "l'Azienda Speciale per la Gestione delle Farmacie comunali", con approvazione dello statuto, del contratto di servizio e della carta dei servizi; -con deliberazioni giuntali n. 237/2000 e n. 3/2001 è stato disposto il trasferimento del personale all'Azienda; -con deliberazione consiliare n. 2/2001 è stata approvata la trasformazione dell'azienda speciale in s.p.a denominata "Azienda Farmacie di Pontedera s.p.a" e sono stati approvati lo statuto della società il contratto di servizio ed il patrimonio iniziale della società determinato in lire 200.000.000 ex art. 2327 c.c. (come sost. ex art. 4, D.Lgs. n. 213/1998) ferma la sua rideterminazione a seguito di perizia di stima. È stato altresì ribadito che per la definizione dei criteri in base ai quali dovrà essere scelto il socio/i soci, dovrà essere assunto un ulteriore provvedimento nel quale saranno meglio determinati gli indirizzi da perseguire. Con bando in data 18 giugno 2001, il Comune di Pontedera ha indetto la gara per la vendita tramite procedura concorsuale ristretta ad evidenza pubblica di n. 4.950.000 azioni ordinarie da nominali lire 1000 (euro 0.52) cadauna, corrispondenti al 76,50% del capitale sociale dell'Azienda Farmacie di Pontedera s.p.a. di proprietà del comune di Pontedera. Nel bando è stato, in particolare, prevista l'ammissione alla gara di tre categorie di soggetti: società di capitali aventi un patrimonio netto contabile o un capitale sociale non inferiore a quattro miliardi di lire; farmacisti iscritti all'albo e/o abilitati all'esercizio della professione, che avessero costituito una

società di capitali con un patrimonio netto contabile non inferiore a quattro miliardi di lire o che si impegnassero a costituire, prima del contratto, una società con tali caratteristiche; raggruppamenti *ad hoc* dei quali fossero parte soggetti con le caratteristiche suddette.

1.1. Il ricorso in primo grado proposto dagli odierni appellanti, alcuni dei quali titolari di farmacia in Pisa e in Pontedera e dall'Associazione dei titolari di farmacia della Provincia di Pisa, che affermano compromessa la gestione del servizio farmaceutico in ambito provinciale per lo squilibrio concorrenziale dovuto allo sviamento della clientela in favore del nuovo soggetto, le cui caratteristiche sarebbero tali da concentrare larga parte del mercato, è stato dichiarato inammissibile dal Tar della Toscana. Non avendo i ricorrenti richiesto di partecipare alla gara, il loro interesse sarebbe privo dei caratteri della personalità, attualità e concretezza a conseguire o conservare una posizione di vantaggio, che differenziano l'interesse a ricorrere da quello generico alla legittimità dell'azione amministrativa proprio di tutti i consociati.

2. Nei primi due motivi, sviluppo di un'unica censura, gli appellanti sostengono la natura sostanziale e concreto dell'interesse fatto valere, dato il suo carattere oppositivo, perché volto a conseguire l'annullamento di una procedura che ha realizzato *contra legem* la cessione del pacchetto di controllo delle farmacie comunali in favore di un soggetto operante nel settore all'ingrosso della distribuzione dei farmaci, il cui ingresso altera la concorrenza del mercato farmaceutico locale al cui buon andamento sono interessati gli appellanti stessi, titolari di farmacie. Costoro non potevano neppure partecipare, come tali, alla gara in quanto l'art. 8, l. n. 362/1991 inibisce loro la partecipazione al controllo anche indiretto delle società di gestione delle farmacie comunali. La partecipazione alla gara si sarebbe pertanto risolta in una *fictio* per essere legittimati a ricorrere ed impugnare, nel prosieguo, l'esito della gara. L'effetto "a cascata" caducante l'intero procedimento, proprio dell'annullamento giurisdizionale del bando di gara (Cons. Stato A.P. n. 7/1970 e A.P. n. 1/2003, Cass. n. 4357/2003), rende poi superfluo impugnare l'aggiudicazione, per dimostrare l'interesse concreto all'annullamento della gara. Analoghi argomenti deducono le intervenienti Federfarma e Unione Nazionale Consumatori nella memoria depositata il 27 novembre 2004.

2.1. Le censure sono fondate.

2.2. Con la sentenza 24 luglio 2003, n. 275 la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 8, co. 1, lett. a), l. 362/91 (sul riordino del settore farmaceutico), nella parte in cui non prevede che la partecipazione a società di gestione di farmacie comunali è incompatibile con qualsiasi altra attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco, così estendendo a tutti i soggetti del settore il divieto di cumulo di attività -con potenziale conflitto di interessi- imposto dalla lett. b) dell'art. 8, co. 1, l. 362/91 nei confronti dei farmacisti privati, sia come singoli sia come soci di società di persone o cooperative a.r.l. che gestiscono farmacie. Nella qualità di titolari di farmacia nelle città di Siena e di Pontedera, i ricorrenti non potevano quindi partecipare alla gara per la gestione delle farmacie comunali di Pontedera come singoli privati o come soci di società di persone o cooperative, ma solo come soci di una società di capitali. Ne discende il loro interesse all'annullamento di condizioni di gara tali da escludere l'ingresso nel mercato ai soggetti dotati dell'ordinaria capacità economica del settore, ancorché nella forma societaria, e permettere l'accesso a società di struttura e dimensioni inconsuete per l'ambito locale, tali da determinare una concentrazione della clientela in loro favore

con evidente sbilanciamento del mercato. Siffatta conseguenza gli interessati ravvisano nel bando di gara pubblicato il 18.6.2001 laddove limita la partecipazione alle sole società in possesso di un patrimonio netto contabile o di un capitale sociale non inferiore a quattro miliardi di lire. L'inevitabilità che la gestione dei tre esercizi farmaceutici comunali sia assunta da un soggetto di dimensioni tali da alterare la concorrenza e sviare la clientela a suo vantaggio perché costituito nella forma di società di capitali multinazionale con agevolata disponibilità di farmaci, vale a costituire in capo agli appellanti un interesse qualificato ad impugnarne il presupposto. Non potendo partecipare alla gara perché titolari di farmacia e non potendo disporre della capacità economica per soddisfare in forma societaria il requisito patrimoniale richiesto *extra ordinem*, i ricorrenti introducono in giudizio un interesse squisitamente imprenditoriale e di settore a non vedere sbilanciate le condizioni del proprio mercato locale dall'ingresso di un soggetto con caratteristiche del tutto diverse da quelle proprie che la legge richiede agli operatori del settore. Interesse che non consiste nella sola salvaguardia al corretto gioco della concorrenza, ma si presenta fortemente permeato dal fine più generale della tutela della salute. Non può restringersi, come ritenuto dal primo giudice, alle azioni popolari volte all'astratta legalità dell'azione amministrativa, ma va riguardato in concreto come interesse alla distribuzione degli esercizi sul mercato locale (e nazionale) in regime di concorrenza e secondo piani e programmi, che, unitamente alla remunerazione dell'imprenditore, assicurino la pronta reperibilità dei farmaci su rete territoriale, in quanto indispensabili alla tutela della salute. Deve essere pertanto riconosciuta la valenza di interesse tutelabile alla presenza nel mercato farmaceutico ai soli soggetti - fisici o giuridici - aventi caratteristiche strutturali corrispondenti a quelli che la legge prevede, che si estrinseca in posizioni opposte alla presenza di soggetti con struttura ed organizzazione tali da alterare le ragioni per cui il legislatore, in sede di riordino del settore, ha ritenuto equiparare le farmacie comunali a quelle private sotto l'aspetto dell'incompatibilità tra la gestione di una farmacia e qualsiasi attività di produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco (o dei farmaci). Ciò premesso la tutela dell'interesse dei ricorrenti neppure esige una espressa domanda di partecipazione alla gara, dati il carattere per sé lesivo del requisito di capacità economica richiesto dal Comune e la presenza sul mercato delle farmacie gestite dai privati ricorrenti, il cui interesse non si sostanziava tanto nell'aggiudicazione degli esercizi già appartenenti al comune, quanto nell'impedire che questi fossero aggiudicati ad un soggetto che per dimensioni e struttura fosse in grado di compromettere la loro esistenza sul mercato sotto l'aspetto della remuneratività d'impresa, e in particolare con condizioni di approvvigionamento e di vendita dei prodotti per loro insostenibili.

2.3. Va in ogni caso ricordato che secondo la giurisprudenza della Sezione in tema d'interesse ad agire in materia di gare, non è consentito inferirne la carenza dalla sola mancata presentazione dell'offerta, ove la situazione versata in giudizio non sia in condizione di conseguire l'aggiudicazione secondo le regole del bando, ritenute illegittime e tali da non consentire la formulazione dell'offerta, ma quello all'annullamento della gara e alla integrale rinnovazione secondo altre regole (Cons. Stato, V, 28 febbraio 2002, n. 1234). Tanto si verifica nelle specie, ove l'effetto demolitorio della sentenza di accoglimento del ricorso comporta la necessità di rinnovare la fissazione della gara sin dalla definizione dei profili soggettivi ed oggettivi dell'offerta (Cons. Stato V, 18 dicembre 2002, n. 7055). Ciò basta a radicare l'interesse a ricorrere dell'Associazione dei titolari di farmacia della Provincia di Pisa e dei

ricorrenti in quanto titolari degli esercizi farmaceutici in comune di Pontedera, volto ad ottenere requisiti di partecipazione alla gara idonei a consentire l'ingresso nel mercato locale di società conformi ai presupposti previsti dalla legge e tali da non alterare le condizioni di mercato. Analoghe considerazioni consentono l'intervento nel presente giudizio di Federfarma-Federazione Nazionale Unitaria dei Titolari di Farmacia Italiani, che annovera fra le finalità statutarie quelle inerenti la tutela degli interessi tecnici, sindacali professionali economici degli associati. Devono essere disattese le eccezioni svolte dal comune di Pontedera, secondo cui il bando non precludeva la possibilità di partecipazione alla gara di farmacisti associati in una società di capitale o che si fossero impegnati a costituirsi in società prima del contratto di vendita delle azioni e non riservavano la partecipazione alla gara ad una società già operante nel settore della distribuzione farmaceutica all'ingrosso o al dettaglio. La concretezza propria dell'interesse a ricorrere esige infatti che la sua verifica debba essere effettuata con riferimento alla situazione giuridica sostanziale che si assume lesa dal provvedimento che si chiede annullare (Cons. Stato, IV, 28 agosto 2001, n. 4544). Deriva il suo insorgere nella presente fattispecie, ove i requisiti soggettivi richiesti dal Comune, sia pure non astrattamente preclusivi alla partecipazione alla gara, lo erano in concreto, perché completamente disallienati rispetto alle possibilità dei soggetti operanti nel settore sia come singoli sia in forma associata ed idonei da influire sulla razionale distribuzione territoriale degli esercizi farmaceutici (Cons. Stato, IV, 30 gennaio 1998, n. 139).

3. Nel merito l'appello è fondato per i primo due motivi, assorbenti il terzo.

3.1. La delibera consiliare n. 107/2000 individua la gestione ottimale delle farmacie comunali nella costituzione dell'azienda speciale ai sensi del D.P.R. n. 902/1986 e nella successiva trasformazione in s.p.a ai sensi dell'art. 17, co, 51, l. n. 127/1997 ed afferma che tale società è costituita dal Comune senza il vincolo della società maggioritaria e anche in deroga a quanto previsto dall'art. 10, l. n. 362/1991 secondo quanto disposto dall'art. 12, co. 1, l. n. 498/1992. Come ricordano gli appellanti nella censura in esame, la disposizione citata da ultimo -che avrebbe permesso la partecipazione anche a soggetti operanti nella produzione e distribuzione dei farmaci- è stata espressamente abrogata dall'art. 274, co. 1 lett. w) D.Lgs. n. 267/2000 (T.U.E.L.). Con tale abrogazione, il legislatore ha inteso risolvere i dubbi interpretativi circa la composizione delle società con oggetto la gestione delle farmacie comunali, dovuti al raccordo dell'art. 12, co. 1, l. n. 498/1992 con l'art. 9 comma 1, lett. d) l. n. 475/1968 (nella modifica introdotta dall'art. 10 l. n. 362/1991) che prevedeva la partecipazione nelle società di capitali costituite per la gestione delle farmacie comunali, dei farmacisti in servizio al momento della costituzione della società.

3.2. Nell'originaria formulazione l'art. 116 T.U.E.L. che (con partecipazione minoritaria di enti locali) rappresenta ora l'unica fonte normativa sulla costituzione delle società di gestione dei servizi pubblici locali, prevedeva che gli enti locali possono costituire, per l'esercizio di servizi pubblici, "apposite società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria anche in deroga a disposizioni di legge specifiche". Tale formulazione fu poi sostituita dall'art. 2-ter della l. n. 26/2001 (di conversione, con modifiche, del d.l. n. 392/2000) con quella: "anche in deroga ai vincoli derivanti da disposizioni di legge specifiche"; conservata nel T.U.E.L. in atto vigente.

Il problema sulla portata della deroga ai vincoli occasionò la presentazione, a conclusione del procedimento di approvazione della legge 28 febbraio 2001 n. 26, di conversione del d.l. 27 dicembre 2000 892, dell'ordine del giorno n. 9/7582/3 con il quale il governo fu invitato ad esprimere un'interpretazione chiarificatrice dell'art. 116

d. P.R. 18 agosto 2000 n. 267.

A seguito di tale ordine del giorno fu emanata la circolare 2 aprile 2001 n. 2 U.A.R.A.L. del Ministero dell'Interno, con la quale fu testualmente precisato "*....che come prevede il citato ordine del giorno ..... la modifica dell'art. 116 è finalizzata a consentire la costituzione da parte dei Comuni di società per azioni per la gestione di farmacie comunali in deroga unicamente ai vincoli della partecipazione maggioritaria e non in deroga ad altri vincoli, quali quelli relativi alle scelte dei soci, individuati dalla normativa di settore, nel caso specifica la legge n. 362/1991*".

Per quanto autorevole, tale interpretazione non ha certo analogia portata a quella "autentica" proveniente dal legislatore.

3.3. Nella sua portata letterale e sistematica l'art. 116 T.U.E.L. come emendato dall'art. 2-ter della l. n. 26/2001 non vale a costituire una vera e propria "riserva di partecipazione" alle gare per la gestione di farmacie comunali alle sole società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti in servizio al momento della costituzione della società, come si legge nell'art. 10 co. 1, lett. d) l. n. 362/1991 a proposito delle farmacie di cui sono titolari i comuni.

La deroga ai vincoli, posti da disposizioni di legge specifiche, tra i quali era compreso anche quello posto dall'art. 9, comma 1, lett. d, l. 2 aprile 1968 n. 475, nel testo sostituito dall'art. 10, l. 8 novembre 1991 n. 361, riguarda sia quello della proprietà maggioritaria sia l'altro della limitazione della scelta dei soci, per la costituzione di società per la gestione di farmacie comunali, solo fra farmacisti in servizio.

Peraltro verso non potrebbe essere dedotto un argomento, contrario alla suesposta conclusione, dalla presentazione del citato ordine del giorno, tenuto conto della palese irriducibilità dell'ordine del giorno ad emendamento di una proposta o di un disegno di legge.

Lo stesso art. 116 si presta senz'altro a precludere l'emanazione di bandi di gara per la gestione di farmacie comunali che permettano la partecipazione alle sole società di capitali operanti nel settore della distribuzione farmaceutica al dettaglio o all'ingrosso, limitando, anche di fatto, la possibilità di accesso alla procedura da parte dei farmacisti privati (in servizio o meno presso quelle comunali) anche in forma di società di capitali, sì da alterare il mercato della distribuzione al dettaglio dei farmaci in ambito locale. In tale senso la stessa Corte costituzionale, nella citata sentenza n. 275/2003 ha individuato la *ratio* del divieto ex art. 8, l. n. 362/1991, di partecipare a società di persone e cooperative a r.l. titolari di una farmacia privata ad esercenti "qualsiasi altra attività ... nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco", nell'applicabilità anche a costoro delle incompatibilità disseminate in numerose disposizioni di legge, al precipuo fine di evitare eventuali conflitti di interesse che possano ripercuotersi negativamente sullo svolgimento del servizio farmaceutico e, quindi, sul diritto alla salute.

3.4. La portata di principio generale attribuita dalla sentenza della Corte all'incompatibilità in questione, applicabile a tutti i soggetti che, in forma singola o associata, siano titolari o gestori di farmacie, dà conto del fondamento della seconda censura di erroneità e sviamento appuntata nei confronti del requisito di ammissione alla gara consistente nella disponibilità di un patrimonio netto contabile non inferiore a quattro miliardi di lire richiesto a tutte e tre le categorie di soggetti possibili partecipanti (società di capitali, farmacisti iscritti all'albo e/o abilitati all'esercizio della professione in società costituita o costituenda, raggruppamenti *ad hoc*). Così come formulata la prescrizione, si presta a permettere la partecipazione alla gara alle sole società di capitali, uniche a disporre di idonea capacità economica, ad esclusione,

anche in forma associata, dei titolari privati di farmacie, nonostante la loro veste di soggetti concorrenti alla salvaguardia della salute pubblica al pari di quelle comunali. Segue l'annullamento, per questo aspetto, del bando di gara, così come richiesto nel ricorso di primo grado, di cui deve essere riconosciuto il fondamento, in riforma della sentenza impugnata.

4. L'appello va conclusivamente accolto, previa declaratoria di ammissibilità dell'intervento *ad adiuvandum*. Va riformata, per l'effetto, la decisione impugnata, con conseguente accoglimento del ricorso originario. Sussistono i giusti motivi per la compensazione della spese di ambedue i gradi di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, dichiara ammissibile l'intervento *ad adiuvandum*; accoglie l'appello; riforma l'impugnata decisione; in accoglimento del ricorso di primo grado, annulla nei sensi di cui in motivazione il bando di gara. Compensa fra tutte le parti in causa le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 3 dicembre 2004 con l'intervento dei Signori:

Raffaele Iannotta	Presidente
Chiarenza Millemaggi Cogliani	Consigliere
Cesare Lamberti	Consigliere, est.
Goffredo Zaccardi	Consigliere
Claudio Marchitiello	Consigliere

L'ESTENSORE  
f.to Cesare Lamberti

IL PRESIDENTE  
f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO  
f.to Antonietta Fancello

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**8 agosto 2005**

**(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)**

***IL DIRIGENTE***

f.to Antonio Natale

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale amministrativo regionale del Friuli Venezia Giulia, nelle persone dei magistrati:

Vincenzo Borea – Presidente  
Enzo Di Sciascio – Consigliere, relatore  
Vincenzo Farina - Consigliere  
ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 360/04 proposto dalla SNUA s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Renato Fusco, con domicilio eletto presso di lui in Trieste, via di Donota 3, come da mandato a margine del ricorso;

**contro**

il Comune di Azzano Decimo, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giuseppe Caia e Alberto Pasino, con domicilio eletto presso il secondo in Trieste, via S. Nicolò 19; come da deliberazione giunta n. dd. e da mandato a margine dell'atto di costituzione;

**e nei confronti**

della Ambiente Servizi s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Colombari e Alberto Pasino, con domicilio eletto presso il secondo in Trieste, via S. Nicolò 19, come da mandato a margine dell'atto di costituzione;

**per l'annullamento**

della deliberazione consiliare n. 13 dd. 30.3.2004, con cui si è disposta l'adesione del Comune alla Ambiente Servizi s.p.a. e l'affidamento diretto ad essa della gestione del servizio pubblico di raccolta, trasporto e avvio allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani a far data dall'1.4.2004;

della presupposta determinazione n. 865 dd. 9.12.2003 e di quella consequenziale n. 211 dd. 2.4.2004 n. 211 del responsabile del servizio competente, rispettivamente di sospensione e di revoca del procedimento a evidenza pubblica in precedenza indetto per la gestione del medesimo servizio;

Visto il ricorso, ritualmente notificato e depositato presso la Segreteria generale con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata e della controinteressata;

Visti gli atti tutti di causa;

Data per letta alla pubblica udienza del 30 giugno 2005 la relazione del consigliere Enzo Di Sciascio ed uditi altresì i difensori presenti delle parti costituite;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

**FATTO**

La ricorrente rappresenta di aver partecipato a una gara, indetta dal Comune intimato, per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani (RSU) per il triennio 2004 – 2006, essendo in scadenza il precedente rapporto con essa stessa instaurato.

Oltre alla sua offerta perveniva anche quella della Ecoverde s.n.c.

Con la prima delle determinazioni impugnate il procedimento è stato inopinatamente sospeso, adducendo il Comune la necessità di valutare la convenienza dell'affidamento diretto del servizio stesso, a norma dell'art. 14 della L. 24.11.2003 n. 326, modificativa dell'art. 113, 5° comma, lett. c) del D. Lgs. 18.8.2000 n. 267, che consente il conferimento della titolarità dei servizi pubblici a rilevanza economica a società di capitale interamente pubblico, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino su di essa un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che essa eserciti la parte più importante della sua attività con gli enti pubblici che la controllano.

Con la successiva deliberazione consiliare n. 13 dd. 30.3.2004 premesso che è stata bandita la più volte menzionata procedura ad evidenza pubblica, che è sopravvenuta la ricordata modificazione della disciplina in materia di servizi pubblici locali, che di conseguenza si è decisa, con il ricordato provvedimento del responsabile del servizio, adottato previa deliberazione giunta di indirizzo n. 257 dd. 4.12.2003, la sua sospensione, divenuta efficace dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Con successiva determinazione – ricorda il citato provvedimento - è stato dato incarico alla ditta PM8 Consulenze s.r.l. di Pordenone di predisporre una relazione economico finanziaria, che dimostrerebbe la convenienza per l'amministrazione di gestire in house il servizio oggetto di gara.

Si rileva inoltre che la Ambiente Servizi s.p.a., società che ha come soci numerosi Comuni vicini, si è dichiarata disposta a svolgere il servizio in questione a condizioni giudicate migliorative rispetto a quelle di attuale svolgimento e che il suo statuto consente ad ogni Comune socio, indipendentemente dal numero di azioni detenute, di esercitare sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, come richiesto dall'art. 113, 5° comma, lett. c) del D. Lgs. n. 267/00.

Di conseguenza la citata deliberazione consiliare dispone l'adesione del Comune intimato ad Ambiente Servizi s.p.a., determinando la quota di capitale e il numero di azioni da acquisire, e l'affidamento, a far data dal 1.4.2005, alla stessa del servizio qui controverso, dando mandato agli organi competenti di disporre la definitiva revoca della gara già sospesa.

Ne è conseguita la pure impugnata determinazione di revoca, di cui in epigrafe.

Si chiede l'annullamento degli atti ivi indicati, in quanto ritenuti illegittimi per:

1) Violazione dell'art. 42, 2° comma, del D. Lgs. 18.8.2000 n. 267. Incompetenza.

La deliberazione consiliare impugnata sarebbe viziata da violazione di legge e incompetenza, in quanto la norma in rubrica consente al Consiglio comunale di deliberare in ordine:

- all'organizzazione dei pubblici servizi;
- alla costituzione di istituzioni e aziende speciali;
- alla concessione di pubblici servizi;
- alla partecipazione dell'ente locale a società di capitali;
- all'affidamento di attività o servizi mediante convenzione;

Peraltro, se è vero che esso può deliberare in ordine alla concessione di pubblici servizi o all'affidamento di attività o servizi mediante convenzione, l'effettivo affidamento del servizio spetterebbe alla Giunta, trattandosi di attività esecutiva.

Pertanto il disposto affidamento diretto alla controinteressata da parte del Consiglio comunale sarebbe illegittimo per le ragioni sopra esposte.

2) Violazione ed errata applicazione dell'art. 113 del D. Lgs. n. 267/00. Eccesso di potere per errata valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, violazione dei principi in materia di procedimenti a evidenza pubblica

La deliberazione consiliare impugnata, nella parte in cui affida direttamente alla società controinteressata il servizio pubblico locale di raccolta e smaltimento dei rifiuti, contestualmente disponendo la sottoscrizione di una quota minimale del suo capitale (8% circa) violerebbe la norma in rubrica, dal momento che difetterebbe il presupposto da essa previsto per tale affidamento, consistente nell'esercizio sulla società affidataria di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, che non potrebbe prescindere da una partecipazione azionaria maggioritaria.

Mancherebbe pertanto il vincolo di dipendenza finanziaria, amministrativa e gestionale fra pubblica amministrazione e soggetto affidatario che solo consentirebbe di derogare alla disciplina comunitaria sui pubblici appalti.

La pretesa possibilità di controllo della società controinteressata da parte di ogni Comune socio, a prescindere dalla sua quota di partecipazione azionaria, addotta come motivazione nell'atto consiliare oggetto di gravame, costituirebbe affermazione illogica, indimostrata, non certo desumibile, come vorrebbe il Consiglio, dallo statuto sociale né dalla convenzione intercomunale, dove essa è affermata all'art. 4, in linea di principio, ma smentita dall'immediatamente successivo rilievo che, nell'Assemblea, il rappresentante di ciascun Comune ha diritto di voto pari alla quota di partecipazione. Essa pertanto non sussisterebbe e le affermazioni in contrario non sarebbero corrispondenti al vero.

3) Violazione degli artt. 12, 45, 49 e 86 del Trattato costitutivo dell'Unione Europea, della Direttiva 92/50/CEE

L'impugnata deliberazione consiliare si porrebbe in contrasto con le norme in rubrica del Trattato costitutivo dell'Unione Europea, ed inoltre delle sue disposizioni che riguardano la libertà di concorrenza in ambito comunitario, con la direttiva n. 92/50/CEE dd. 18.6.1992 in materia di appalti di servizi e con il D. Lgs. 17.3.1995 n. 157, che ad essa dà attuazione.

Tale prospettazione sarebbe confermata dall'ordinanza 22 aprile n. 2316 della V Sezione del Consiglio di Stato, che ha rimesso alla Corte di Giustizia delle Comunità europee la questione della compatibilità col diritto comunitario dell'affidamento diretto, da parte degli enti locali, a società controllata (c.d. in house providing) dei servizi pubblici.

4) Illegittimità derivata

In conseguenza dell'illegittimità della deliberazione consiliare n. 13 dd. 30.3.2004, risultano pure illegittime, in via derivata, le determinazioni n. 865 dd. 9.12.2003 di sospensione della già avviata gara per l'affidamento del servizio controverso e n. 211 dd. 2.4.2004 di revoca della stessa, in quanto trovano il loro fondamento nel provvedimento impugnato.

Si sono costituiti in giudizio l'amministrazione intimata e la controinteressata, controdeducendo.

Con successive memorie le parti hanno esposto più ampiamente le rispettive tesi.

## DIRITTO

Il ricorso è infondato.

Innanzitutto non può essere condiviso il vizio di incompetenza, dedotto con il primo motivo.

Dal momento che l'art. 42, 2° comma, lett. e), del D. Lgs. 18.8.2000 n. 267 affida al Consiglio comunale, che nella specie l'ha esercitata, la competenza in materia di "organizzazione dei pubblici servizi ... concessione dei pubblici servizi, partecipazione dell'ente locale a società di capitali, affidamento di attività e servizi mediante convenzione" non si vede perché sia necessaria, come sostiene la ricorrente, un'ulteriore deliberazione della Giunta municipale per l'approvazione della convenzione tra i Comuni soci di Ambiente Servizi s.p.a., della sottoscrizione pro quota del capitale di detta società per azioni e dell'affidamento ad essa del servizio pubblico di raccolta, trasporto ed avvio allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, oggetto dell'atto consiliare impugnato.

Del pari infondato è il secondo motivo.

Invero è un fuor d'opera richiamarsi alla scarsa consistenza del pacchetto azionario, sottoscritto dal Comune intimato (attorno all'8%) e della pari consistenza dei diritti di voto ad esso spettanti per dedurre l'assenza, da parte di esso, di un controllo sulla società affidataria analogo a quello esercitato sui propri servizi, condizione questa indispensabile per conferire la titolarità di un servizio pubblico a società a capitale interamente pubblico, come la controinteressata.

Tale presupposto è, infatti, previsto dall'art. 113, 5° comma, lett. c) del D. Lgs. n. 267/00 che, testualmente, consente l'affidamento di un servizio pubblico 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".

Lo stesso concetto si rinviene nel precedente 4° comma, lett. a) del medesimo art. 113, che disciplina l'affidamento della gestione delle reti e degli impianti, qualora separata dall'erogazione del servizio a società di capitali con capitale interamente pubblico "a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi".

In altri termini si è voluto consentire l'affidamento a detto soggetto pubblico anche nel caso di un controllo in comune di più enti sulla società, cui viene conferita la titolarità di un servizio pubblico e ciò, ritiene il Collegio, in considerazione del caso molto frequente di costituzione in forma societaria non solo di aziende di singoli Comuni o Province, ma anche di quelle di consorzi di enti locali, o comunque di altri enti pubblici.

E' questo il caso che si presenta nella specie, dove la controinteressata Ambiente Servizi s.p.a. è succeduta al C.I.S.E.S., un precedente consorzio intercomunale, con l'adesione anche di altri soggetti pubblici.

In concreto, con l'impugnata deliberazione consiliare, si è altresì approvata la convenzione, ai sensi dell'art. 30 del D. Lgs. n. 267/00, fra i Comuni soci in Ambiente Servizi s.p.a. (recepita nello Statuto, come risulta dall'art. 18 bis, introdotto con atto di data 23.2.2004) che prevede, all'art. 4, che "l'esercizio da parte degli enti locali di un controllo nei confronti di Ambiente Servizi s.p.a., analogo a quello esercitato sui propri servizi ... viene effettuato attraverso l'Assemblea di coordinamento intercomunale, costituita dai legali rappresentanti o loro delegati di ciascun ente locale, ognuno con responsabilità e diritto di voto pari alla quota di partecipazione".

Che, in tale modo, si sia raggiunto l'obiettivo di consentire agli enti locali il controllo previsto dal citato art. 113 non pare dubbio al Collegio, né colgono, a suo avviso, nel segno le censure di illogicità e contraddittorietà proposte nel medesimo secondo motivo di gravame.

Tale organo, infatti, provvede:

- alla consultazione tra gli enti locali circa la gestione dei servizi pubblici svolti dalla società e circa il suo andamento generale, con audizione, almeno una volta l'anno, del Presidente e del Direttore generale;
- all'approvazione, su delega degli enti locali, del bilancio di esercizio, del piano industriale e degli altri documenti programmatici che, per Statuto, la società è tenuta a trasmettere;
- alla modifica degli schemi tipo dei contratti di servizio, all'approvazione di nuovi eventuali schemi tipo, alle modifiche dello Statuto della società, previo invio ai singoli enti locali per gli adempimenti di competenza;
- al consenso all'eventuale esercizio in qualsiasi forma di attività, rientranti nel suo oggetto sociale, che integrino servizi pubblici pertinenti agli enti locali soci o alle loro forme associative, su delega degli stessi;
- al controllo, mediante una Commissione di tre membri da essa nominata, dello stato di attuazione degli obiettivi, anche sotto il profilo dell'efficacia, efficienza ed economicità, con successiva relazione all'Assemblea stessa;

Va tenuto conto che l'organo in parola, oltre che su iniziativa del suo Presidente, si riunisce su richiesta di un numero di enti locali, che rappresentino almeno il 20% del capitale pubblico locale e, comunque, prima delle assemblee straordinarie della società controllata e di quelle che abbiano per oggetto l'approvazione dei bilanci e la nomina di amministratori o sindaci.

Si tratta pertanto di una forma penetrante di controllo, che investe non solo gli atti di gestione straordinaria, ma anche, in parte rilevante, la gestione ordinaria e gli organi stessi di Ambiente Servizi s.p.a., che la curano, e che è esercitata dai soli enti locali soci, non essendone partecipi gli altri enti pubblici, pur anch'essi in possesso di quote della società.

Se inoltre si aggiunge che, ai sensi dell'art. 18 bis dello Statuto, né il bilancio, né il piano industriale, né gli altri documenti programmatici possono essere approvati dagli organi di Ambiente Servizi s.p.a. prima che siano stati esaminati dall'Assemblea di coordinamento intercomunale, che ciascun ente locale può chiedere informazioni in merito alla gestione dei servizi pubblici da esso affidati alla società e che detti servizi vanno svolti secondo disciplinari approvati dagli enti locali, in modo da consentire il completo controllo da parte di ciascun ente di ognuno dei servizi da esso conferiti, non pare dubbio al Collegio che, nei confronti della società gli enti locali abbiano un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, come prescrive il citato art. 113, 5° comma, lett. c).

Per completezza si aggiunge che sussiste, né è messo in dubbio in causa, anche l'altro requisito previsto dalla norma appena citata per consentire l'affidamento diretto di servizi pubblici, cioè che la società affidataria realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici, che la controllano.

I due requisiti citati costituiscono applicazione diretta della sentenza della Corte di Giustizia in causa C-107/98 dd. 18.11.1999 Teckal contro Comune di Viano, essendovi, sia pur incidentalmente, espressamente enunciati come indice, ritiene il Collegio, del fatto che, ove essi ricorrano, l'amministrazione aggiudicatrice e l'affidataria non sono soggetti realmente distinti e quindi non intercorre tra loro un contratto, presupposto

per l'applicazione delle norme comunitarie in materia di appalti (nella specie di forniture).

A queste conclusioni nulla aggiunge il terzo motivo, che si fonda sull'ordinanza n. 2316 dd. 28 giugno 2004 della V Sezione del Consiglio di Stato di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia di alcune norme della Regione Trentino Alto Adige, che consentono l'affidamento diretto di un servizio pubblico a società di capitali in cui vi sia "influenza dominante pubblica", in quanto ritiene che esse non siano compatibili con diverse disposizioni del Trattato dell'Unione Europea, che prevedono il divieto di discriminazione, la libera concorrenza, la libera prestazione dei servizi pubblici, in quanto, nella prospettiva attorea, dimostrerebbero l'incompatibilità con il Trattato dell'intero sistema dell'in house providing.

Ritiene invero il Collegio che la soluzione, quale che essa sia, della questione, non abbia rilevanza per la soluzione del presente ricorso.

Invero la fattispecie, che anche la Corte dovrà prendere in considerazione, è molto diversa da quella qui in esame, sia in fatto che in diritto.

Nel caso indicato si controverte su una concessione di pubblico servizio (l'affidamento di un parcheggio a pagamento) caratterizzata dal fatto che la controprestazione dell'affidatario è ottenuta, almeno in parte, dagli utenti del servizio stesso, onde è esposta a rischio d'impresa, e non su di un appalto di servizi, in cui essa è comunque assicurata dall'amministrazione aggiudicatrice, e quindi secondo la giurisprudenza comunitaria (v. p. es. sentenza 7.12.2000 in causa C-324/98) non si applica a tale fattispecie la direttiva 92/50/CEE, come richiesto invece nel presente ricorso (v. al riguardo le conclusioni dell'Avvocato generale nella causa C-458/03 Parking Brixen GmbH c. Comune di Bressanone, su una vicenda analoga).

Inoltre la legislazione nazionale, della cui conformità al Trattato si dubita, non è la stessa qui in discussione, trattandosi di normativa applicabile alla sola Regione Trentino Alto Adige e, per giunta, fondata su un presupposto diverso, cioè la possibilità di affidare direttamente pubblici servizi a società con influenza dominante pubblica, qui non in discussione.

Anche se viene chiamato in causa l'art. 113, 5° comma, lett. c) del D. Lgs. n. 267/00 ciò non toglie che tale norma non disciplini direttamente la materia del contendere.

Infine l'ordinanza di rimessione si fonda, principalmente, su una dettagliata analisi del tipo di controllo dell'amministrazione nel caso di specie, per sostenere che non sarebbe ivi applicabile la già citata sentenza Teckal, non essendo al riguardo sufficiente il possesso dell'intero capitale della società controllata da parte dell'ente locale.

Anche in questo caso si potrà osservare come il controllo sia stato ravvisato, nella fattispecie, in base a disposizioni e indici del tutto diversi, non ricorrenti nella vicenda all'esame del giudice d'appello.

A conferma di quanto finora affermato, dev'essere rilevato che, in pronunce coeve la stessa Sezione abbia ritenuto perfettamente applicabile il citato art. 113 (cfr. CDS V Sez. 19.2.2004 n. 679; 26.6.2007 n. 4771) e, successivamente, ne ha fatto applicazione altra Sezione (cfr. CDS VI Sez. 25.1.2005 n. 679) pur in casi caratterizzati da ampia applicazione del diritto comunitario, essendo in esame vicende dalle caratteristiche non comparabili a quella che ha dato luogo al rinvio pregiudiziale.

Non può quindi da esso automaticamente dedursi l'illegittimità dell'atto principalmente impugnato.

Dall'infondatezza dei motivi rivolti contro di essi discende il rigetto dell'ulteriore censura di illegittimità derivata contro l'atto ad esso preparatorio e quello ad esso consequenziale.

In conclusione il ricorso dev'essere rigettato.

Sussistono motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

**P.Q.M.**

il Tribunale amministrativo regionale del Friuli Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, lo rigetta.

Dispone la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Trieste, in camera di consiglio, il 30 giugno 2005.

f.to Vincenzo Borea - Presidente

f.to Enzo Di Sciascio - Estensore

f.to Rita Muto - Segretario

Depositata nella segreteria del Tribunale

il 15 luglio 2005

f.to Rita Muto – Segretario

## PUNTO 4

**Recepimento della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi**

*Documento di sintesi redatto da Confservizi inviato alla Commissione di studio istituita presso il Dipartimento delle Politiche comunitarie*

Documento di sintesi

Di seguito si riportano alcune osservazioni riguardanti, nello specifico, le problematiche relative ai profili soggettivo ed oggettivo dell'ambito di applicazione delle direttive in oggetto. Il presente documento di sintesi è stato, infatti, elaborato con l'intento di offrire un contributo utile al recepimento delle direttive appalti da parte del mondo delle *public utilities*, materia nella quale si ritiene necessaria la definizione di un quadro giuridico certo e condiviso. In tal senso si auspica, altresì, che l'intervento di recepimento si traduca in una azione di coordinamento, snellimento e semplificazione delle disposizioni vigenti, anche di non diretta applicazione delle normative comunitarie.

*Recepimento direttive: competenze Stato-Regioni*

Un primo profilo di criticità nel recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE potrebbe derivare dal riconoscimento di una eventuale competenza regionale in materia. La normativa "appalti", in quanto posta a tutela della concorrenza, dovrebbe rientrare tra le competenze esclusive dello Stato o, comunque, dovrebbero essere individuati gli ambiti ed i limiti entro cui le Regioni potranno intervenire con strumenti e regole più dettagliate. Ragionando diversamente si correrebbe il rischio di aprire la strada a possibili regolamentazioni disomogenee tali da vanificare, *in primis*, lo stesso tentativo del legislatore comunitario di offrire un quadro normativo organico. Inoltre, per quanto attiene, in particolare, il settore della edilizia pubblica, nell'ambito della delimitazione tra le competenze statali e regionali e, conseguentemente, fra le norme di principio e quelle di dettaglio applicabili solo in assenza di diversa regolamentazione locale, meriterebbe un chiarimento la portata applicativa dell'articolo 17 della legge 109/94. Quest'ultimo, infatti, individua negli uffici consortili costituiti dalle Amministrazioni (comma 1, lett. b)) l'unica soluzione alternativa alla progettazione interna o all'affidamento a soggetti sul mercato (definiti nelle lettere successive): si ritiene necessario specificare che la dizione di cui alla lettera c) ("dagli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole amministrazioni aggiudicatrici possono avvalersi per legge") comprende anche eventuali altri organismi pubblici individuati da leggi regionali.

*Competenze Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici*

Dovrebbe, altresì, essere chiarita la portata della previsione contenuta nella legge Comunitaria 2004 relativa alla (non auspicabile) estensione dei poteri della Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici anche all'ambito dei servizi e delle forniture. In tal senso il legislatore dovrebbe intervenire in maniera chiara onde evitare possibili sovrapposizioni di funzioni proprie di diversi enti che possono generare contraddittorietà.

*Procedura per stabilire se una determinata attività sia direttamente esposta alla concorrenza*

Come noto, le modalità di gestione ed affidamento dei servizi di interesse economico generale sono disciplinate dall'articolo 113 del D.Lgs. del 18 agosto 2000, n. 267 (di seguito TUEL). Tra le modalità gestorie è previsto da un lato l'affidamento del servizio mediante gara (ovvero l'affidamento a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica o a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato sia stato 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), dall'altro l'affidamento diretto dello stesso a società che abbiano le caratteristiche dell'*in house providing*.

Per quanto riguarda la disciplina dettata dal TUEL e la sua compatibilità con l'ordinamento comunitario non sembrano potersi avanzare dubbi data la sua diretta ispirazione alla tutela della concorrenza confermata, tra l'altro, dal suo riconoscimento di legittimità da parte della Commissione europea e della Corte Costituzionale (sentenza n. 272 del 27 luglio 2004). Non risulta contrastare con le appena esposte conclusioni la previsione della forma di affidamento *in house*, in linea con gli ultimi dettati giurisprudenziali che ne hanno definito e limitato il campo di attività conformemente ai principi del Trattato CE e riconosciuto il carattere derogatorio rispetto alle normative appalti e ai principi sulla concorrenza.

Se, pertanto, si ritiene che la disciplina nazionale citata sia finalizzata all'apertura del mercato dei servizi di interesse economico generale, dovrebbe dedursene la volontà del legislatore di rendere libero l'accesso al mercato dei settori interessati. In tale prospettiva verrebbe, inoltre, ulteriormente riconosciuto il ruolo e la funzione delle forme di partenariato tra soggetti pubblici e privati; verrebbe, altresì, riconosciuta la riconducibilità della materia dei servizi pubblici locali all'articolo 30 della direttiva 2004/17/CE. Quest'ultimo, infatti, sottrae all'ambito di applicazione della direttiva le attività svolte in regime di concorrenza e conferisce la possibilità agli Stati membri di investire direttamente la Commissione europea riguardo l'inquadramento di determinati settori nell'ambito di quelli considerati in regime di libero mercato. La nuova direttiva prevede, altresì, la facoltà, di cui si ritiene opportuno il recepimento, per gli enti aggiudicatori di attivare in modo diretto l'apposita procedura innanzi alla Commissione.

Tra i vari criteri contenuti nell'articolo 30 citato, volti all'individuazione delle attività direttamente esposte alla concorrenza, si fa riferimento alla attuazione e all'applicazione nello Stato membro delle norme comunitarie determinanti il libero accesso a un determinato settore del mercato o parte di esso. A questo proposito si

segnala che nell'Allegato XI, con riferimento al trasporto e alla distribuzione del gas o dell'energia termica, si cita la direttiva 98/30/CE (recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale), la quale è stata oggetto di recepimento nel nostro ordinamento dal D.Lgs. del 23 maggio 2000, n. 164. Si ritiene, pertanto, necessario sottoporre all'attenzione della Commissione la necessità di un adeguamento specifico per il settore del gas della direttiva appalti, quantomeno in riferimento alle fasi maggiormente liberalizzate come la distribuzione a bassa pressione e la vendita.

Relativamente, poi, all' Allegato III, si sottolinea che lo stesso include fra gli enti ritenuti aggiudicatori nei settori della produzione, del trasporto o della distribuzione di acqua potabile, i soggetti incaricati della gestione del servizio idrico nelle sue varie fasi, ai sensi del testo unico delle leggi sull'assunzione dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province approvato con Regio Decreto 15 ottobre 1925, n. 2578, del D.P.R. 4 ottobre 1986, n. 902 nonché del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL), con particolare riferimento agli articoli da 112 a 116. Un conseguente adeguamento si imporrebbe, pertanto, anche in questi settori qualora venisse riconosciuta la riconducibilità dei suddetti servizi di interesse economico generale alla deroga di cui al citato articolo 30, per lo meno per le forme di affidamento di cui alle lettere a) e b) dell'articolo 113 TUEL.

Per quanto riguarda, poi, il settore del trasporto pubblico locale deve ricordarsi che lo stesso è stato oggetto di un processo di riforma volto all'incentivazione del ricorso a strumenti di concorrenzialità e competitività, dalla cui applicazione è disceso l'obbligo della gara per l'affidamento del servizio. Pertanto l'esclusione del su menzionato settore dall'ambito di applicazione della direttiva 2004/17/CE risulterebbe coerente con la sua apertura alla concorrenza.

### *Allegato trasporti*

Si fa notare che, con riferimento all'Allegato V, l'inclusione nella categoria degli enti aggiudicatori nel campo dei servizi ferroviari urbani, dei servizi tramviari, filoviari e di autobus degli enti, società e imprese che forniscono servizi di trasporto al pubblico ai sensi dell'art. 113 del TUEL non risulta più attuale a seguito della esclusione dall'ambito dello stesso decreto del settore del trasporto pubblico locale.

### *Campo di applicazione della direttiva*

Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, della direttiva 2004/17/CE, la stessa si applicherebbe agli enti aggiudicatori intesi come amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche.

L'applicabilità delle direttive risulta, ovviamente, limitata ai soli appalti di lavori, forniture e servizi e non anche, come da costante indirizzo normativo e giurisprudenziale, alle concessioni. Come noto, infatti, queste ultime, qualificandosi come contratti a titolo oneroso conclusi per iscritto fra uno o più enti aggiudicatori e uno o più imprenditori o prestatori di servizio, ove, tuttavia, il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, sottostanno ai soli principi derivanti dagli articoli da 43 a 49 del Trattato CE. In questa prospettiva e, avendo a riferimento l'ambito soggettivo di applicazione delle

direttive in oggetto, sembra suscitare perplessità l'inclusione tra la definizione di amministrazioni aggiudicatrici di determinati soggetti.

In particolare, la nozione di "impresa pubblica", ovvero di <<impresa su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione>>, risulta pleonastica. La stessa, infatti, appare affiancata alle figure di "organismo di diritto pubblico" e a quella delle imprese che, non avendo le caratteristiche dell'impresa pubblica, operano in virtù di "diritti speciali o esclusivi". Pertanto, dovendosi ritenere che l'impresa pubblica non goda di diritti speciali né esclusivi e che non partecipi alla natura dell'organismo di diritto pubblico e che, quindi, possa operare anche in mercati potenzialmente concorrenziali, non se ne comprende l'assimilazione alle figure appena citate. Sembrerebbe, al contrario, più appropriata l'inclusione nell'ambito applicativo della direttiva l'affidamento di attività avente le caratteristiche *dell'in house providing*. Si ritiene, infatti, che, qualora un soggetto assuma detta veste, nell'affidare, *rectius* appaltare, all'esterno lavori o servizi debba rivestire la qualifica di amministrazione aggiudicatrice e, quindi, sottostare alle norme comunitarie sugli appalti.

#### *Sistemi dinamici di acquisizione e aste elettroniche*

Si accolgono con favore le disposizioni della direttiva 2004/17/CE inerenti dette tematiche in quanto volte a semplificare e velocizzare le procedure di aggiudicazione degli appalti.

In particolare, con riferimento all'asta pubblica, deve rilevarsi che la sua collocazione nell'ambito del complesso procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico lascia intendere che la stessa non rappresenti una procedura di aggiudicazione, ma esclusivamente un processo per fasi successive che si interseca sulle ordinarie procedure di aggiudicazione. In tal senso, appare opportuno, in sede di recepimento, l'adozione di definizioni e disposizioni tali da non incentivare letture contrastanti anche in sede di eventuali procedure transfrontaliere.

#### *Dialogo competitivo*

Per quanto concerne la direttiva 2004/18/CE, se da un lato si accoglie con favore l'introduzione del sistema del dialogo competitivo, dall'altra si auspica una semplificazione della relativa procedura che potrebbe rendere di fatto detto strumento, stante la relativa complessità, non frequentemente utilizzato. Si auspica, inoltre, una eventuale estensione di detto strumento anche nell'ambito dei c.d. settori esclusi.

#### *Offerta economicamente più vantaggiosa*

Con riferimento all'ampliamento dell'operatività del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa si ricorda che la norma vigente (art. 21 comma 1-*ter* della legge n. 109/1994) consente già oggi l'applicazione di tale criterio, in caso di pubblico incanto o licitazione privata, laddove la progettazione a base di gara possa essere oggetto di varianti migliorative e sempre che queste ultime trovino

giustificazione nella prevalenza della componente tecnologica dei lavori, ovvero nella particolare rilevanza tecnica delle soluzioni progettuali. La circostanza che tali varianti scaturiscano necessariamente dal carattere altamente tecnico o tecnologico dei lavori appare limitativa delle valutazioni che in concreto la stazione appaltante può essere in grado di formulare e, pertanto, non perfettamente in linea con la giurisprudenza. Si ritiene, pertanto, necessario un intervento di coordinamento tra la suddetta disposizione e le novità introdotte dalla direttiva 2004/18/CE.

#### Clausole sociali ed ambientali

Si ritiene necessario regolamentare nel diritto nazionale la modalità di applicazione di particolari norme a carattere sociale o ambientale agli appalti pubblici, al fine di prevenire eventuali contenziosi che potrebbero derivare dall'incertezza del quadro giuridico di riferimento. A tal proposito si richiamano le Comunicazioni interpretative della Commissione europea COM (2001) 274 del 4 luglio 2001 e COM (2001) 566 del 15 ottobre 2001.

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania Sezione di Salerno  
Sezione Prima

composto dai Magistrati:

Dr. Alessandro Fedullo Presidente

Dr. Filippo Portoghese Consigliere

Dr. Francesco Gaudieri Consigliere, relatore.

ha pronunciato la seguente

**Sentenza**

sul ricorso n. 2555/2004 proposto da Thales E-Transactions Italia S.p.A., con sede legale in Pogliano Milanese, in persona del suo rappresentante legale, sig. Eric Tourtay, rappresentata e difesa, giusta procura a margine dell'atto introduttivo, dall'avv. Andrea Napolitano, con il quale elettivamente domicilia in Salerno alla Via Dogana Vecchia n. 40, presso l'avv. Ludovico Visone

**Contro**

Autoservizi Irpini S.p.A. con sede in Avellino, in persona del Direttore Generale e legale rappresentante pro tempore, avv. Costantino Preziosi, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Tesauro, con il quale elettivamente domicilia, in Salerno al Corso Garibaldi n. 195, presso avv. Antonio Scuderi

**e nei confronti di**

A.I.R. Mobility Solutions – Soc. Consortile a r. l.

Italdata S.p.A., con sede in Avellino, in persona del suo Presidente e legale rappresentante, dott.ssa Maria Patrizia Greco, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giampaolo Rossi, Lucio Iannotta e Sergio Coccia, con i quali elettivamente domicilia, in Salerno, alla Via Fieravecchia n. 40, presso lo studio dell'avv. Gaetano Di Sirio

**per l'annullamento**

del provvedimento, non conosciuto, di scelta dell'Italdata S.p.A, quale socio privato dell'AIR Mobility Solutions Scrl;

del provvedimento, non conosciuto, avente ad oggetto la costituzione di una società consortile a responsabilità limitata tra la AIR S.p.A. e l'Italdata S.p.A

dell'atto costitutivo della AIR Mobility Solutions Scrl;

della nota AIR S.p.A prot. n. 6970 del 22.6.2004

di ogni atto connesso.

\* \* \*

Visto il ricorso con gli atti e documenti allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Italdata S.p.A e dell'Autoservizi Irpini S.p.A (A.I.R.);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 10 marzo 2005 il consigliere dott. Francesco Gaudieri e uditi altresì, per le parti, gli avvocati difensori presenti come da processo verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

### **Fatto e Diritto**

1.- La Thales e-Transactions Italia S.p.A., società operante nel settore della bigliettazione automatica per aziende di trasporto, premette, con l'atto notificato il 17.9.2004, depositato il 28.9.2004, di aver partecipato ad una gara a procedura negoziata per sistemi di bigliettazione, indetta dalla C.T.P. S.p.A. di Napoli, classificandosi nella graduatoria provvisoria, subito dopo l'aggiudicataria ATI tra l'Italdata S.p.A e AEP Srl.

Esperito l'accesso agli atti, rilevava, nell'elenco delle forniture analoghe prodotto dalla citata ATI, un appalto di fornitura di oblitteratrici in favore dell'Autoservizi Irpini AIR S.p.a. - società con capitale interamente posseduto dalla Regione Campania, concessionaria anche di alcune linee di trasporto pubblico su gomma - che, interpellata in ordine al procedimento di gara conclusosi con l'aggiudicazione della citata fornitura, comunicava, con nota 22.6.04, prot. n. 6970/04 di aver costituito una società consortile e precisamente l'A.I.R. Mobility Solutions con la Società Italdata S.p.A di Avellino e di aver affidato la fornitura di apparati relativi alla bigliettazione comprendenti anche oblitteratrici magnetiche contact-less, di produzione AEP, alla partecipata A.I.R. Mobility Solutions srl.

Dalle visure effettuate, risultava che il capitale sociale dell'A.I.R. Mobility Solutions è diviso esattamente al 50% tra l'AIR S.P.A. e l'Italdata.

Stimando illegittimi i provvedimenti di scelta del socio Italdata da parte dell'A.I.R. S.p.A., nonché i provvedimenti con cui l'AIR SpA si è determinata alla costituzione dell'AIR Mobility Solutions con l'Italdata SpA, li ha impugnati chiedendone l'annullamento, deducendo, con un solo ed articolato motivo di ricorso, violazione falsa applicazione d. lgs n. 158/95; violazione delle norme e dei principi in materia di evidenza pubblica, del principio di concorrenzialità, buon andamento; eccesso di potere sotto concorrenti e plurimi profili, atteso che la scelta del socio privato con cui costituire l'A.I.R. Mobility Solutions S.p.A. non è stata effettuata con procedimento ad evidenza pubblica: l'Autoservizi Irpini spa, società con capitale interamente posseduto dalla Regione Campania, concessionaria di alcune linee di trasporto pubblico su gomma, avrebbe dovuto, in quanto destinataria di norme e servizi in materia di appalti pubblici, ex artt. 2 e 5 d. lgs n. 158/95, procedere alla scelta del socio, sia di maggioranza che di minoranza, con pubblica gara.

Radica siffatta doglianza alla giurisprudenza del G.A. ormai attestata nel ritenere che "pur in assenza di un obbligo normativo è necessario il ricorso al confronto concorrenziale per la scelta anche del socio privato di minoranza nelle società a capitale pubblico maggioritario, tutte le volte in cui debba effettuarsi la scelta di un operatore privato chiamato a svolgere attività per conto e nell'interesse della p.a." (Tar Puglia - Lecce 01.02.2003 n. 318; Cons. St. Sez. V 19.9.2000 n. 4850)

2.- Resistono in giudizio l'Autoservizi Irpini S.p.A. (di seguito: A.I.R. S.p.A.) e l'Italdata S.p.A, chiedendo il rigetto della domanda perché inammissibile ed infondata.

3.- Non risultano provvedimenti cautelari.

4.- Alla pubblica udienza del 10 marzo 2005, sulla conclusione delle parti, la causa veniva riservata per la decisione.

5.- Il ricorso, nei limiti e per le considerazioni che seguono, è infondato e soggiace alla relativa declaratoria di reiezione.

5.a.- Con un solo motivo di censura, la ricorrente società si duole dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati, assumendo che l'A.I.R. S.p.A. - società con capitale azionario interamente pubblico, e concessionaria della Regione Campania di servizi di trasporti di linea - avrebbe dovuto procedere alla costituzione della partecipata A.I.R. Mobility Solutions, individuando il socio privato mediante una procedura di evidenza pubblica: l'individuazione fiduciaria dell'Italdata, quale socio privato, sarebbe, pertanto, contraria ad ogni principio normativo, nazionale e comunitario.

Si è riservata ulteriori motivi di ricorso all'esito del deposito della relativa documentazione.

5.a.1.- La censura - nell'ambito dei soli profili evidenziati dalla parte deducente - è infondata.

La società ricorrente radica la propria doglianza a due premesse :

-l'A.I.R. S.p.A., in ragione delle caratteristiche innanzi evidenziate, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 5 d. lgs 158/95, è soggetto tenuto all'osservanza ed all'applicazione delle norme e dei principi della legislazione comunitaria e nazionale in materia di appalti e pubbliche forniture;

-per giurisprudenza consolidata, "la scelta del socio privato di minoranza nelle società a capitale pubblico maggioritario, deve essere effettuata con un procedimento ad evidenza pubblica, tutte le volte in cui la società mista debba svolgere attività per conto e nell'interesse della p.a."

Alla luce delle evidenziate doglianze, il Collegio è chiamato a deliberare, nell'ordine :

a) se l'A.I.R. S.p.A. sia organismo di diritto pubblico;

b) se, in tal caso, sia, comunque, tenuto all'applicazione delle procedure di evidenza pubblica nella scelta del socio, di maggioranza o di minoranza, nella costituzione di società consortile per la gestione di attività da svolgere per conto e nell'interesse della p.a.

5.b.- La delibazione del contenzioso in esame, necessita di una sintetica disamina dell'elaborazione giurisprudenziale delle questioni proposte.

Con riferimento alla prima questione può osservarsi quanto segue:

Secondo indirizzi consolidati della giurisprudenza comunitaria e della Corte di Cassazione (in particolare Corte di Giustizia della C.E. nelle cause riunite C-223/99 e C-260/99 del 10 maggio 2001 e Corte di Cassazione, Sezioni Unite n. 97 del 4 aprile 2000), l'individuazione degli organismi di diritto pubblico tenuti al rispetto delle procedure di evidenza pubblica, consegue, ai sensi dell'art. 1, lett. b) della Direttiva del Consiglio C.E. 18 giugno 1992 n. 50 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, all'accertamento di tre distinti requisiti richiesti cumulativamente (sentenza 15 gennaio 1998, causa C - 44/96; Mannesmann) per l'attribuzione di tale natura ad un soggetto: a) il possesso della personalità giuridica; b) la sussistenza di una dominanza pubblica riscontrabile in relazione alla presenza di diversi indici di riconoscimento indicati espressamente nella norma ora richiamata; c) il perseguimento della soddisfazione di interessi generali di carattere non industriale o commerciale.

In proposito deve anche ricordarsi che la Corte di Cassazione ha esplicitamente condiviso l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia nella decisione del 10 novembre 1998, causa 360-96 Gemeente Arnhem in ordine ad una questione analoga che si era posta con riguardo alla costituzione di una società per la raccolta e la gestione dei rifiuti - cui è stata riconosciuta la qualità di Amministrazione

aggiudicatrice – e rispetto alla quale la Corte di Giustizia, dopo aver rilevato che doveva escludersi la rilevanza della commistione dell'attività di interesse generale (appunto la raccolta e gestione dei rifiuti) con altre di natura commerciale ed, anche, la necessità della prevalenza delle attività riferite all'interesse generale rispetto alle attività strettamente commerciali, ha affermato la sussistenza del requisito in questione per la prevalenza dell'attività ritenuta più significativa: quella appunto connotata dalla generalità dell'interesse tutelato (Cass. SS.UU n. 97 del 4 aprile 2000 cit.; Cons. St. Sez. V 22 agosto 2003 n. 4748).

5.b.1.- Orbene, non può escludersi che l'A.I.R. S.p.A. sfugga alla definizione di "organismo di diritto pubblico", dal momento che possiede cumulativamente i tre requisiti innanzi indicati: trattasi, infatti di una società pubblica (100% della Regione Campania), concessionaria di trasporti di linea, locale, extraurbano e interregionale; ha personalità giuridica; vi è dominanza pubblica; persegue la soddisfazione di interessi generali di carattere non industriale o commerciale.

In tale veste, essa rientra, ai sensi degli artt. 2, comma 1, lett.a) e 5 del d. lgs n. 158/95, nel novero dei soggetti aggiudicatori, settore trasporti.

5.c.- Con riferimento alla seconda questione :

E' ormai pacifico che :

-l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta all'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica e la disciplina comunitaria sulla gara per la scelta del contraente si applica ogni volta che vi sia un rapporto (sia esso di scambio o societario) definibile "a prestazioni corrispettive" od "oneroso" con una Amministrazione aggiudicatrice (Corte di Giustizia delle Comunità Europee 18 luglio 2001 C-399/98);

-non rilevano in contrario i singoli procedimenti ed i singoli istituti che, nei limiti consentiti dal sistema, si affermano nella normativa nazionale o nella prassi (Cons. St. Sez. V 20 dicembre 1996 n. 1577), anche quando sia scelto il socio privato per costituire una società mista per azioni o siano acquistate le azioni di una preesistente società (Cons. St. Sez. V 19 febbraio 1998 n. 192) ovvero quando si individui un concessionario (Cons. St. Sez. II 11 dicembre 1991 n. 1221/91), cui si affidi la realizzazione dei lavori pubblici o lo svolgimento di forniture o di servizi;

-la scelta del socio nella formazione delle società miste preordinate alla gestione di pubblici servizi da parte degli enti locali deve necessariamente seguire procedure ad evidenza pubblica, non solo nel caso in cui la partecipazione stessa sia minoritaria, giacchè, anche mancando nell'ordinamento una specifica norma atta a disciplinare la scelta del socio nelle società di capitale pubblico maggioritario, nondimeno deve escludersi che la scelta stessa possa sottrarsi ai principi concorsuali ormai immanenti nell'ordinamento, quando si debba prescegliere un operatore privato chiamato a svolgere attività per conto e nell'interesse della Pubblica Amministrazione (Cons. St. Sez. V 23 marzo 2004 n. 1543; 3 settembre 2001 n. 4586);

-la scelta del socio privato non è indifferente per l'ordinamento, atteso che questi è chiamato a svolgere compiti di gestione che implicano di regola il possesso di rilevanti capacità tecnico operative e specifiche doti di esperienza che si affiancano all'espletamento dell'attività "latu sensu" amministrative, afferenti alla natura ed al tipo di servizio svolto, onde la scelta di costui non si può basare sul mero "intuitus personae" pena la riproposizione di comportamenti anacronistici ed elusivi dei principi di buona amministrazione e di trasparenza dell'azione amministrativa, ma deve essere effettuata con riguardo al principio di concorrenzialità immanente nell'ordinamento stesso (Cons. St. Sez. 6.4.1998 n. 435);

-l'affidamento diretto di pubblici servizi a società miste con capitale maggioritario pubblico costituite dagli Enti locali non contrasta con il sistema garantistico dell'ordinamento, posto che la scelta del partner privato delle compagini de quibus avviene attraverso procedure ad evidenza pubblica (Cons. St. Sez. V 3 febbraio 2005 n. 272).

5.c.1.- Ciò premesso, non appare revocabile in dubbio che l'A.I.R. S.p.A, quando debba scegliere un operatore privato chiamato a svolgere attività per conto e nell'interesse della Pubblica Amministrazione, possa sottrarsi ai principi concorsuali ormai immanenti nell'ordinamento in materia di costituzione di società mista (Cons. St. Sez. V 23 marzo 2004 n. 1543; 3 settembre 2001 n. 4586), così come dedotto dalla ricorrente.

Sul punto in questione, tuttavia, le memorie delle resistenti evidenziano l'inconferenza al caso in esame del quadro giurisprudenziale consolidatosi in materia di società miste create per la gestione di pubblici servizi, rimarcando la diversa natura di A.I.R. Mobility Solutions, costituita non per già per la gestione di un pubblico servizio, bensì quale operatore di mercato destinato a confrontarsi in regime concorrenziale in settori diversi dal trasporto pubblico locale.

Siffatta puntualizzazione comporta che la perimetrazione dell'ambito della deliberazione necessariamente debba spingersi fino ad includere una disamina della natura dello strumento societario utilizzato per lo svolgimento di attività istituzionali dell'ente e delle attività allo stesso consentite, (per una disamina della evoluzione della legislazione di riferimento, dall'azienda municipalizzata alla società per azioni, passando attraverso l'azienda speciale vedi Cons. St. Sez. V 22 maggio 2001 n. 2835).

5.c.1.2.- E' noto che storicamente l'art. 22 l. n. 142/90 (oggi art. 113 D.Lg.vo n. 267/2000) ha dato agli enti locali la facoltà di gestire i servizi pubblici, oltre che nella forma dell'azienda speciale, anche a mezzo di società private (società per azioni o società a responsabilità limitata, costituite o partecipate dall'ente locale).

Il Consiglio di Stato ha chiarito che :

-ai fini dell'identificazione della natura pubblica di un soggetto la forma societaria assume veste neutrale ed il perseguimento di uno scopo pubblico non è di per sé in contraddizione con il fine societario lucrativo, descritto dall'art. 2247 c.c. (Cons. St. Sez. VI 27 ottobre 1998 n. 1478; 2 marzo 2001 nn. 1206 e 1207; 2 aprile 2001 n. 1885);

- l'ente pubblico, quale soggetto giuridico, ha una pienezza di capacità che gli consente di far tendenzialmente ricorso a tutti gli strumenti conosciuti dall'ordinamento per raggiungere i propri scopi; pertanto, non può dubitarsi della facoltà degli Enti locali territoriali di costituire società per azioni, per la cui attività il territorio non rileva, potendo rappresentare un limite all'esercizio delle potestà pubblicistiche ma non delle capacità di diritto privato; sarà dunque ammissibile lo svolgimento di tutte quelle attività – e solo di quelle – in cui sia rinvenibile un obiettivo e diretto riferimento al complesso degli interessi della collettività impersonata dall'ente (Cons. St. Sez. VI 12 marzo 1990 n. 374);

-il limite rigidamente territoriale ha ceduto il passo ad un vincolo di tipo "funzionale", coincidente con l'inerenza dell'attività delle società locali alla cura degli interessi della collettività di riferimento (Cons. St. A. G. par. 16 maggio 1996 n. 9);

-gli elementi che comportano l'inquadramento delle società di capitale, costituite o partecipate dall'ente pubblico, che pur comportano l'inquadramento delle società nell'ambito degli organismi di diritto pubblico e degli enti aggiudicatori tenuti al rispetto dell'evidenza pubblica, non possono giungere al punto da far configurare anche tali società, al pari delle aziende speciali, come organi strumentali intimamente

legati all'ente territoriale, imponendo loro in maniera indiscriminata, gli stessi limiti posti all'attività espletata al di fuori del territorio dell'ente locale che le ha costituite (Cons. St. Sez. V 3 settembre 2001 n. 4586);

-il modello societario di gestione dei servizi pubblici locali comporta necessariamente un mutamento del quadro di riferimento, dal punto di vista sia dei modelli funzionali che delle attività consentite: l'utilità del modello societario non può ricondursi alla sola maggiore agilità procedurale, precludendo del tutto al medesimo di prodursi in attività e confronti al pari dei liberi soggetti economici ed il pur apprezzabile fine di non snaturare lo scopo per il quale la società è sorta non può portare a snaturare il modello societario prescelto (giuris. citata);

5.d.- Premesse le riferite acquisizioni giurisprudenziali, la cui portata sostanziale autorizza ad affermare che il modello societario si caratterizza per una più pregnante rilevanza imprenditoriale, non limitata o circoscritta da vincoli di sorta se non da quelli funzionali alle attività da svolgere, il Collegio dovrebbe necessariamente porsi il problema del se, negli ambiti di operatività dell'organismo di diritto pubblico, sicuramente maggiori di quelli propri dell'azienda speciale, eventualmente sussistano spazi caratterizzati dall'inosservanza della disciplina pubblicistica, e segnatamente della possibilità per le società di capitali interamente in mano pubblica di sfuggire alle regole dell'evidenza pubblica, non per le attività che esercita come tale o per i diritti esclusivi svolti nell'area interessata, quanto e soprattutto per le ulteriori attività imprenditoriali svolte sul mercato.

Nella specie, infatti, la resistente e la controinteressata hanno evidenziato che "l'A.I.R. S.p.A. non ha creato una società mista cui affidare un servizio da gestire in nome e per conto dell'A.I.R. stessa ed a suo esclusivo vantaggio, nel qual caso sarebbe stata soggetta all'obbligo della gara sancito dagli indirizzi giurisprudenziali prima richiamati, ma ha deciso di ampliare la propria attività, estendendola ad un mercato in concorrenza, operando attraverso una società separata conformemente a quanto prescritto dalla normativa vigente (art. 8 della l. n. 287/1990) ed individuando legittimamente il proprio parter commerciale al di fuori di qualsiasi obbligo di evidenza pubblica" (vedi pag. 4 e 5 della memoria A.I.R. depositata il 4 marzo 2005), aggiungendo, altresì, che

-“nel caso di specie A.I.R. è un'impresa pubblica che per una parte della propria attività, la gestione dei servizi di TPL ad essa concessi, agisce nel perseguimento di interessi generali ed è, quindi, configurabile quale organismo di diritto pubblico”

“Ma tale qualifica non può essere estesa a quelle attività poste in essere al di fuori del settore di esclusiva, in un mercato aperto alla concorrenza, svolte per il perseguimento di interessi commerciali, con assunzione di servizi informatici posta in essere attraverso la partecipata A.I.R. Mobility Solutions”

“Quando agisce in tali ambiti l'A.I.R. non è qualificabile quale amministrazione aggiudicatrice e non è quindi soggetta all'obbligo dell'evidenza pubblica, né per approvvigionarsi di beni o servizi, né tantomeno per scegliere il proprio partner commerciale dell'operazione” (pag. 6 e 7 della citata memoria).

5.d.1.- A sostegno delle citate tesi risultano versate in atti :

-copia, senza data, della manifestazione di interesse congiunta per la costituzione di una società consortile attiva nel settore IT, sottoscritta dall'A.I.R. S.p.A e dall'Italdata;  
-copia dell'atto costitutivo della società consortile a responsabilità limitata denominata "A.I.R. Mobility Solutions - società consortile a r.l.”.

5.d.1.a.- Risulta dalla prima che l'A.I.R. S.p.A. (100% Regione Campania) :

-“si pone l’obiettivo di diversificare il business e recuperare gli investimenti da realizzare, che, alla luce delle nuove opportunità derivanti, sia dalle recenti disposizioni in materia di concessione dei trasporti, sia dalle acquisizioni in corso, diventano sempre più rilevanti”

-“...non ha competenze interne per sviluppare progetti software, essendo un’azienda di trasporto pubblico...”

-“...pur esprimendo consolidata esperienza nel settore trasporti e piena consapevolezza della domanda di Information Technology proveniente da tale settore, non potrebbe da sola esporsi come fornitore di soluzioni e prodotti software...pertanto ritiene necessaria la partnership con un player locale e qualificato”.

-“Italdata S.p.A ha interesse ad ampliare il suo mercato di riferimento, proponendosi alle aziende di trasporto con un’offerta integrata e qualificata...”

-“la NewCo dovrebbe anche fungere da veicolo per catalizzare fondi governativi, ed Italdata S.p.A., in tal senso, ha già siglato un accordo con la Regione Campania per sviluppare iniziative innovative nell’area del mobile business!

-“La NewCo potrebbe produrre utili da ripartire ai soci, costituendo un portafoglio di piattaforme informatiche e soluzioni software specifiche per il settore trasporti, vendibili alle diverse entità che in tale settore operano”

-“Non esistono allo stato attuale, fornitori di soluzioni/servizi SW integrati specialistici per il settore trasporti, la NewCo...costituirebbe un partnership di successo in un settore, quale quello dei trasporti, caratterizzato da una forte domanda di Information Technology”

“Manifestano l’interesse a costituire una società consortile...per la commercializzazione delle soluzioni e dei servizi informatici nelle aree di : Gestione della Mobilità, ERP, Sistemi di pagamento/bigliettazione, Sistemici localizzazione/monitoraggio rivolti agli Enti pubblici e privati operanti nel settore del Trasporto e della Mobilità”.

5.d.1.b.- Risulta dall’atto costitutivo che la società “A.I.R. Mobility Solutions” ha per oggetto le seguenti attività “rivolte a soggetti erogatori di servizi di pubblica utilità e principalmente operanti nel settore della mobilità” :

-soluzioni e servizi nell’area del “mobile business”;

-soluzioni e servizi di ERP per aziende di mobilità;

-soluzioni ICT per aziende di mobilità : sistemi di informazione per i viaggiatori, sistemi di monitoraggio dei flussi di traffico, sistemi intelligenti per la gestione dei veicoli, sistemi di pagamento basati su smart card;

-servizi di formazione, consulenza tecnica e CRM, il tutto come meglio e più ampiamente previsto dall’art. 2 dello Statuto sociale...” (non allegato).

5.e.- La menzionata documentazione evidenzia che l’A.I.R. Mobility Solutions Scrl non è stata creata per divenire destinataria di tutte le attività e/o dei servizi pubblici gestiti dall’A.I.R. S.p.A. bensì per operare, con soluzioni e servizi informatici, nel mercato del “mobile business”.

In definitiva, è rimasta confermata – con la citata documentazione (per la rilevanza in subjecta materia degli atti costitutivi della società vedi ex plurimis Cons. St. Sez. V 23 maggio 2004 n. 1543; £0 aprile 2002 n. 2297; 30 giugno 2003 n. 3864; 3 settembre 2001 n. 4586; 19 settembre 2000 n. 4850)– che la società consortile non è stata creata per l’affidamento diretto di pubblici servizi.

5.c.- Siffatta acquisizione, come innanzi precisato, pone all’attenzione del Collegio una diversa e più penetrante problematica e segnatamente quella di valutare se un organismo di diritto pubblico e segnatamente una società per azioni interamente in

mano pubblica possa “diversificare il business”, ossia operare in ambiti di mercato non coincidenti con il fine istituzionale e se, per il raggiungimento di tale scopo, sia tenuta ad applicare le regole dell’evidenza pubblica anche quando opera in settori di attività che esulano dall’attività prevalente per lo svolgimento della quale è stata creata.

5.c.1.- Allo stato siffatto scrutinio deve ritenersi precluso al Collegio non essendovi state specifiche censure al riguardo.

Non appare, infatti, revocabile in dubbio che il ricorrente, benché abbia dichiarato di voler “proporre ulteriori motivi di ricorso all’esito di un esame più approfondito della documentazione relativa alla costituzione della società”, di fatto, all’esito della produzione documentale in questione, non ha rassegnato alcuna ulteriore censura, di talché l’ambito delle questioni sottoposte al Collegio deve ritenersi necessariamente circoscritto alla doglianza con la quale l’interessata società ha censurato gli atti costitutivi dell’A.I.R. Mobility Solutions, sulla scorta della giurisprudenza amministrativa che ha ormai codificato il principio del ricorso all’evidenza pubblica “tutte le volte in cui debba effettuarsi la scelta di un operatore privato chiamato a svolgere attività per conto e nell’interesse della p.a. (Consiglio di Stato Sez. V 19.9.2000 n. 4850)”.

Poiché, nella specie, la documentazione prodotta in atti, relativa alla costituzione dell’A.I.R. Mobility Solutions, ha escluso siffatte finalità, il ricorso, nei limiti evidenziati, deve stimarsi infondato e come tale va respinto.

6.- Sussistono giusti motivi per compensare interamente tra le parti gli onorari e le spese del giudizio.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sede di Salerno, sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 2255/04 proposto da Thales e-Transactions Italia S.p.A. lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente pronunzia sia eseguita dall’Autorità Amministrativa.

Così deciso in Salerno nella c.c. del 24 marzo 2005, con l’intervento dei Magistrati

Dr. Alessandro FEDULLO           Presidente

Dr. Francesco GAUDIERI           Consigliere Estensore.