CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
L.A. GEELHOED
presentate il 12 gennaio 2006 [1]

I — Considerazioni introduttive

1. Con la presente domanda di pronuncia pregiudiziale, il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia chiede alla Corte di pronunciarsi sulla conformità con il diritto comunitario di una normativa nazionale che consente l'attribuzione diretta di un servizio di trasporto pubblico locale ad un'impresa detenuta e controllata dall'ente pubblico aggiudicatore. Si tratta di una nuova controversia in cui si chiede alla Corte di chiarire la portata della propria sentenza Teckal [2].

2. Al punto 49 di tale sentenza, la Corte ha affermato che, ai fini dell'esistenza di un appalto pubblico di forniture ai sensi della direttiva del Consiglio 93/36/CEE [3], occorre, segnatamente, la sussistenza di un accordo tra due soggetti distinti.

3. Al riguardo, al punto 50 della menzionata sentenza, la Corte ha affermato quanto segue:

«(...) basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano».

II — Il contesto normativo

4. Nella normativa italiana, l'art. 14 del decreto legge n. 269/03 ha modificato l'art. 113 del decreto legislativo n. 267/00.

1 — Lingua originale: il francese.

2 — Sentenza 18 novembre 1999 (causa C-107/98, Racc. pag. I-8121).

3 — Direttiva 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1).

La nuova versione dell'art. 113, comma 5, che ne è risultata, così recita:

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

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

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

c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

III — La causa principale e la questione pregiudiziale

5. Con delibera 17 luglio 2003, l'amministrazione comunale di Bari aveva indetto una procedura d'appalto pubblico per l'aggiudicazione del servizio di trasporto pubblico locale sul territorio del proprio Comune. Successivamente, con delibera 18 dicembre 2003, l'amministrazione medesima decideva di non proseguire la procedura di appalto indetta e di procedere all'attribuzione del servizio in questione mediante l'affidamento diretto alla società AMTAB Servizio SpA.

6. Dalla decisione di rinvio emerge che la nuova delibera del Comune di Bari è intervenuta a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 14 del decreto legge n. 269/03, che ha modificato l'art. 113, comma 5, del decreto legislativo n. 267/00.

7. In particolare, la nuova disposizione dell'art. 113, comma 5, lett. c), che descrive

la gestione «interna» di un servizio pubblico secondo la definizione datane dalla Corte al punto 50 della menzionata sentenza Teckal e da cui emerge che la gestione «interna» di un servizio pubblico non ricade nella sfera di applicazione del diritto comunitario relativo alle procedure d'appalto, avrebbe indotto l'amministrazione comunale di Bari a non proseguire la procedura d'appalto stessa.

8. Alla luce di quanto emerge dalla decisione di rinvio, la società concessionaria AMTAB Servizio SpA è una società il cui capitale sociale è interamente detenuto dal Comune di Bari e la cui unica attività consiste nel fornire servizi di trasporto pubblico locale nella città di Bari. Tale società è interamente controllata dall'amministrazione comunale di Bari per effetto del contratto di servizio concluso inter partes.

9. La ricorrente nella causa principale, l'Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori, adiva il giudice del rinvio chiedendo l'annullamento della delibera del Comune di Bari 18 dicembre 2003, con cui il servizio in questione era stato attribuito alla società AMTAB Servizio SpA, per violazione degli artt. 3 CE, 16 CE, 43 CE, 49 CE, 50 CE, 51 CE, 70 CE, 71 CE, 72 CE, 81 CE, 82 CE, 86 CE e 87 CE.

10. Ciò premesso, il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se sia compatibile con il diritto comunitario, ed in particolare con gli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli artt. 46 CE, 49 CE e 86 CE (...), l'art. 113, comma quinto, d.lgs. n. 267/00, come modificato dall'art. 14 d.l. n. 269/03, nella parte in cui non pone alcun limite alla libertà di scelta dell'Amministrazione pubblica tra le diverse forme di affidamento del servizio pubblico, ed in particolare tra l'affidamento mediante procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto a società da essa interamente controllata».

IV — Analisi

11. Nella specie si chiede se gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE ostino ad una normativa, come quella oggetto della questione pregiudiziale, che lasci alle amministrazioni locali la scelta di affidare la gestione di un servizio, quale il trasporto pubblico, ad una società appartenente alla relativa amministrazione locale o di avviare la procedura di appalto con gara pubblica ai fini dell'attribuzione della concessione del servizio medesimo ad un soggetto privato.

12. Questa è, sostanzialmente, la questione sulla quale il giudice del rinvio si interroga e che, alla luce della giurisprudenza recente e recentissima della Corte [4], appare relativamente agevole da risolvere.

13. Dagli atti della causa principale, depositati presso la cancelleria della Corte, emerge che il servizio di cui trattasi viene finanziato, quantomeno in parte, per mezzo dell'acquisto di titoli di trasporto da parte degli utenti, ragion per cui si tratta di una concessione di servizi che ricade non nella sfera delle direttive comunitarie sugli appalti pubblici, bensì direttamente nella sfera delle disposizioni di diritto primario, in particolare delle libertà fondamentali previste dal Trattato CE [5]. Il giudice del rinvio sembra essere giunto alla stessa conclusione, in quanto nella questione pregiudiziale fa unicamente riferimento agli artt. 43 CE [6], 49 CE e 86 CE, e non alla direttiva 92/50/CEE [7].

14. Gli elementi più importanti ai fini della soluzione della questione sono racchiusi nel punto 50 della sentenza Teckal, citata supra, nonché nel punto 49 della sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, citata supra. Da tale giurisprudenza risulta che l'appello alla concorrenza non è obbligatorio, anche se la controparte contrattuale è un ente giuridicamente distinto dall'autorità aggiudicatrice, nell'ipotesi in cui l'autorità pubblica, che è un'autorità aggiudicatrice, eserciti sull'ente distinto di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e in cui tale ente realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano [8].

15. Orbene, ponendo a raffronto il nuovo testo dell'art. 113, comma 5, lett. c), del decreto legislativo n. 267/00 [«società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano»] con i passi della giurisprudenza della Corte richiamati al punto precedente, si rileverà che il legislatore italiano si è evidentemente conformato a tale giurisprudenza.

16. Ciò è confermato dalla Commissione delle Comunità europee, la quale rileva, nelle proprie osservazioni scritte, che il testo attuale del detto art. 113, comma 5, lett. c), è conseguente ad una procedura d'infrazione

4 — Sentenze Teckal, citata supra; 11 giugno 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau (Racc. pag. I-1); 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname, (Racc. pag. I-7287); 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen (Racc. pag. I-8585), e 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria (Racc. pag. I-9705).

5 — Sentenza Coname, citata supra (punto 16).

6 — Nella questione pregiudiziale il giudice a quo cita l'art. 46 CE, e non l'art. 43 CE. Dalla lettura completa dell'ordinanza di rinvio si deve peraltro dedurre che si tratta di un errore materiale.

7 — 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).

8 — V. parimenti la sentenza Commissione/Austria, citata supra (punto 34).

avviata dall'Istituzione nei confronti della Repubblica italiana.

17. Alla luce della conformità della normativa nazionale con la giurisprudenza della Corte, qualsiasi decisione di un'amministrazione locale che, a sua volta, risulti conforme a tale normativa dev'essere parimenti considerata compatibile con il diritto comunitario.

18. A tal riguardo, si deve tuttavia osservare che i criteri che consentono di ritenere sussistenti situazioni «interne» devono essere applicati restrittivamente. In particolare, dalle menzionate sentenze Parking Brixen e Commissione/Austria emerge, da un lato, che il controllo esercitato dalla autorità aggiudicatrice non deve essere diluito per effetto della partecipazione, «anche di minoranza», di un'impresa privata nel capitale della società cui sia stata affidata la gestione del servizio di cui trattasi e, dall'altro, che la detta società deve realizzare la parte essenziale delle proprie attività unitamente all'ente o gli enti che la controllano.

19. Alla luce delle circostanze di fatto da cui è scaturita la controversia principale, tali due criteri appaiono soddisfatti, ragion per cui potrei terminare la mia analisi con tale rilievo, se dalla menzionata sentenza Commissione/Austria [9] non emergesse peraltro un terzo criterio, vale a dire l'esigenza che i due detti criteri devono risultare soddisfatti permanentemente.

20. Infatti, nell'ipotesi in cui, una volta soddisfatti i due primi criteri all'atto dell'attribuzione della gestione del servizio di cui trattasi, l'amministrazione competente procedesse alla cessione di una parte, «anche di minoranza», delle quote della società interessata ad un'impresa privata, ne conseguirebbe che — mediante una costruzione artificiale comprendente varie fasi distinte, vale a dire la creazione della società, l'attribuzione della gestione del servizio di trasporto pubblico alla medesima e la cessione di parte delle sue quote ad un'impresa privata — la concessione di un servizio pubblico potrebbe venire attribuita ad un'impresa ad economia mista senza previa aggiudicazione in regime di concorrenza.

21. Lo stesso ragionamento vale per il caso in cui all'ente concessionario originario dovessero essere attribuiti, altri servizi pubblici, senza previo esperimento della procedura d'appalto in regime di concorrenza, da parte di enti pubblici diversi da quelli che lo controllino.

22. Nelle due suesposte ipotesi, non risulterebbero più soddisfatti i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, rammentati dalla Corte nelle menzionate sentenze Coname e Parking Brixen.

9 — V. punti 38-42.

V — Conclusione

23. Alla luce delle suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di risolvere la questione pregiudiziale posta dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia nei termini seguenti:

«Gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE devono essere interpretati nel senso che non ostano all'applicazione di una disposizione quale l'art. 113, comma 5, del decreto legislativo italiano n. 267/00, nel testo attualmente vigente, sempreché i due criteri ivi previsti, vale a dire che la società concessionaria sia soggetta ad un controllo analogo a quello esercitato dall'amministrazione sui propri servizi e che realizzi la parte essenziale dei propri servizi unitamente all'ente che la controlli, risultino continuativamente soddisfatti successivamente all'attribuzione, alla società medesima, della gestione di un servizio pubblico».