CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
JULIANE KOKOTT
presentate il 1° marzo 2005 (1)

Causa C-458/03

Parking Brixen GmbH

(Domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal Tribunale amministrativo – Sezione autonoma per la provincia di Bolzano)

«Appalti pubblici – Direttiva 92/50/CEE – Distinzione tra appalto e concessione di servizi – Distinzione tra affidamento esterno e affidamento diretto («affidamento in house») – Gestione di un parcheggio a pagamento ad opera di una società controllata di un'amministrazione aggiudicatrice»

I – Introduzione

1. Una delle questioni principali della disciplina degli appalti pubblici riguarda il confine tra procedure di aggiudicazione per le quali è obbligatorio l'espletamento di una gara ad evidenza pubblica e procedure per le quali siffatto espletamento non è obbligatorio. A tal proposito è di particolare attualità la distinzione tra l'affidamento esterno di appalti ed il cosiddetto affidamento diretto, chiamato anche «affidamento in house».

2. *Gli affidamenti in house in senso stretto* sono procedure con cui una pubblica amministrazione affida un appalto ad un suo ente strumentale non dotato di personalità giuridica propria. *In senso lato*, possono rientrare nell'ambito degli affidamenti in house anche particolari casi in cui amministrazioni aggiudicatrici stipulano contratti con società loro controllate dotate di propria personalità giuridica. Mentre gli affidamenti in house in senso stretto non sono affatto rilevanti per la disciplina in materia di aggiudicazione di appalti, dato che essi costituiscono vere e proprie procedure amministrative interne (2), per quanto riguarda gli affidamenti in house in senso lato (da alcuni chiamati anche affidamenti quasi in house (3)) si pone sovente la difficile questione diretta ad accertare se per essi esista o meno l'obbligo di svolgere una procedura ad evidenza pubblica. In questa causa la Corte di Giustizia si occupa per l'ennesima volta (4) della suddetta problematica.

3. Il Comune di Bressanone ha trasferito la gestione di due parcheggi pubblici a pagamento ad una sua società controllata, l'Azienda Servizi Municipalizzati Bressanone SpA [in prosieguo: la «ASM Bressanone SpA»], senza aver precedentemente indetto alcuna pubblica gara di aggiudicazione. La società privata Parking Brixen Srl ha presentato ricorso avverso tale modalità di affidamento. Il giudice italiano adito, il Tribunale amministrativo, Sezione autonoma per la provincia di Bolzano (in prosieguo anche: il «giudice del rinvio»), ha sottoposto alla Corte di Giustizia due questioni pregiudiziali riguardanti, sostanzialmente, da un lato, la distinzione tra concessione e affidamento di pubblici servizi e, dall'altro, la distinzione tra affidamento esterno, per il quale esiste l'obbligo di svolgere una gara ad evidenza pubblica, e affidamento in house, che non soggiace a tale obbligo.

II – Contesto normativo

A – *La normativa comunitaria*

4. Nel caso di specie il contesto normativo comunitario è costituito, da un lato, dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (5) (in prosieguo: la «direttiva 92/50»), e, dall'altro, dagli artt. 43 CE, 49 CE e 86, n. 1, CE.

5. Le lett. a) e b), citate per estratto, dell'art. 1 della direttiva 92/50, prevedono quanto segue:

«Ai fini della presente direttiva s'intendono per:

a) "*appalti pubblici di servizi*", i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice (…)

b) "*amministrazioni aggiudicatrici*", lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico.

L'esercizio di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi non è a priori escluso per il solo fatto che il Comune sia obbligato per legge ad aprire in futuro, entro un determinato termine, il capitale di tale società per azioni alla partecipazione di terzi oppure che gli organi di tale società per azioni godano di ampi poteri di ordinaria amministrazione.
Il solo fatto che, ai sensi dello Statuto di tale società per azioni, il suo potenziale raggio di attività sia ampio sotto l'aspetto sia contenutistico che territoriale non esclude a priori che tale società svolga la maggior parte della sua attività per il Comune**,** essendo piuttosto rilevanti, al riguardo, le attività che di fatto essa svolge.

1 – Lingua originale: il tedesco.

2 – Sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal (Racc. pag. I-8121, punti 49 e 50), riguardante la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 93/36»).

3 – V., al riguardo, paragrafo 49 delle conclusioni dell'avvocato generale Stix-Hackl 23 settembre 2004, causa C-26/03, Stadt Halle (Racc. pag. I-0000).

4 – V. la fondamentale sentenza Teckal (cit. alla nota 2). Solo di recente, l'11 gennaio 2005, è stata pronunziata sentenza nella causa C-26/03, Stadt Halle e a. (Racc. pag. I-0000). Attualmente sono ancora pendenti, ad esempio, le cause C-231/03 (Coname), C-29/04 (Commissione/Austria) e C-216/04 (Saba Italia).

5 – 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). Questa direttiva è stata abrogata e sostituita dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114; in prosieguo: la «direttiva 2004/18»). Tuttavia, sotto il profilo temporale, rimane applicabile alla fattispecie la direttiva 92/50.

6 – Decreto legislativo o legge delegata.

7 – Il decreto legislativo n. 267/2000, «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali», è pubblicato in GURI n. 227 del 28 settembre 2000, Suppl. ord. n. 162.

8 – Questa disposizione deriva dall'art. 44 della legge regionale 4 gennaio 1993, n. 1 (BUR Trentino-Alto Adige n. 3 del 19 gennaio 1993, Suppl. ord. n. 1), modificato dall'art. 10 della legge regionale 23 ottobre 1998, n. 10 (BUR Trentino-Alto Adige n. 45 del 27 ottobre 1998, Suppl. n. 2).

9 – Delibera del Consiglio comunale 18 dicembre 2001, n. 118.

10 – Delibera del Consiglio comunale 28 novembre 2002, n. 107.

11 – Da quanto risulta dall'ordinanza di rinvio pregiudiziale, un aumento del prezzo del biglietto di parcheggio avrebbe determinato un aumento dell'indennizzo annuale «nella misura dell'80% del corrispondente aumento percentuale del prezzo».

12 – Delibera del Consiglio comunale 25 ottobre 2001, n. 97.

13 –

indennizzo annuale pari a EUR 151 700, che sarebbe stato aumentato di una determinata percentuale nel caso di aumento del prezzo del biglietto di parcheggio (11). Inoltre la ASM Bressanone SpA si obbligava a continuare ad impiegare il personale del suddetto parcheggio, fino ad allora alle dipendenze del Comune di Bressanone, a sopportare i costi della manutenzione ordinaria e straordinaria dell'area, assumendosene tutte le responsabilità. Infine la ASM Bressanone SpA si dichiarava disponibile a continuare all'interno dell'area del parcheggio la gestione del noleggio di biciclette, precedentemente effettuata dal Comune di Bressanone, nonché a consentirvi anche in futuro lo svolgimento del mercato settimanale.

16. Secondo le indicazioni del giudice del rinvio, non veniva invece concluso alcun accordo concernente l'utilizzo del parcheggio all'aperto sulla particella fondiaria 491/11.

17. La Parking Brixen Srl, che già gestisce un altro autosilo in un'altra zona di Bressanone ed è altrettanto interessata alla gestione dei due parcheggi oggetto della presente controversia, si è opposta a siffatta assegnazione della gestione del parcheggio alla ASM Bressanone SpA. Il 17 gennaio 2003 ha presentato ricorso dinanzi al giudice del rinvio, chiedendo l'annullamento del relativo atto d'assegnazione.

Ulteriori elementi sulla ASM Bressanone SpA e sulla precedente azienda autonoma

18. L'ASM Bressanone SpA è succeduta giuridicamente alla Servizi municipalizzati Bressanone, originariamente un'azienda autonoma (chiamata anche azienda speciale) del Comune di Bressanone. Nell'ottobre 2001 il Comune, in applicazione dell'art. 115 del decreto legislativo n. 267/2000, ha trasformato tale azienda autonoma, dotata di personalità giuridica e di autonomia gestionale sin dal 1° gennaio 1999, in una società per azioni, la ASM Bressanone SpA (12).

19. Le attività della ASM Bressanone SpA sono elencate nell'art. 4 del suo Statuto, ai sensi del quale essa è autorizzata ad operare sia sul piano locale che su quello nazionale ed internazionale in numerosi settori dell'approvvigionamento in senso ampio, in particolare in quelli del rifornimento e dello smaltimento delle acque, della fornitura di calore e di energia, della costruzione di strade, dello smaltimento dei rifiuti, del trasporto di persone e di merci, nonché in quelli dell'informatica e delle telecomunicazioni. Anche la gestione di parcheggi e di autosili, con tutte le attività ad essa collegate, rientra nei suoi compiti.

20. Azionista unico dell'ASM Bressanone SpA, sia all'epoca del trasferimento dei due parcheggi, sia in seguito era il Comune di Bressanone. L'art. 5, n. 2, dello Statuto dell'ASM Bressanone SpA prevede che la quota di partecipazione del Comune di Bressanone al capitale sociale non debba essere mai inferiore alla maggioranza assoluta delle azioni ordinarie.

21. Ai sensi dell'art. 17 del suo Statuto, la ASM Bressanone SpA è amministrata da un Consiglio d'amministrazione composto da tre a sette membri nominati dall'assemblea degli azionisti, anche se al Comune di Bressanone (13) è in ogni caso riconosciuta la facoltà di nominare la maggioranza dei componenti del Consiglio d'amministrazione. Ai sensi dell'art. 18 dello Statuto, l'amministrazione ordinaria della società è delegata al Consiglio di amministrazione, che, tuttavia, soggiace a numerose restrizioni e, in alcuni casi particolari, deve limitarsi alla conclusione di negozi giuridici fino ad un valore massimo di EUR 5 000 000 per affare. Inoltre, ai sensi dell'art. 24 dello Statuto, è previsto un Collegio sindacale composto di tre membri effettivi e due supplenti, dei quali il Comune di Bressanone nomina almeno due membri effettivi ed un supplente.

22. La precedente azienda speciale Servizi municipalizzati Bressanone aveva svolto di fatto compiti simili a quelli dell'attuale ASM Bressanone SpA, seppur limitatamente all'ambito di competenza territoriale del Comune e alla cooperazione extraterritoriale con altre aziende. La gestione di parcheggi e autosili rientrava già nei settori di sua competenza, mentre non ne facevano ancora parte, ad esempio, i settori dell'informatica e delle telecomunicazioni. Il Consiglio d'amministrazione della Servizi municipalizzati Bressanone era nominato dal Consiglio comunale ed era tenuto a svolgere la sua attività nel rispetto degli obiettivi generali stabiliti dal Consiglio comunale.

IV – Rinvio pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte

23. Con ordinanza 23 luglio 2003 il giudice del rinvio ha sospeso il procedimento, sottoponendo alla Corte due questioni pregiudiziali. Con tali questioni pregiudiziali, nella cui introduzione viene fatto riferimento agli artt. 43 CE e segg., 49 CE e segg. e 86 CE, si intende accertare:

1) se il contestato affidamento della gestione di parcheggi pubblici a pagamento costituisca un appalto di pubblico servizio ai sensi della direttiva 92/50/CEE, oppure una concessione di pubblico servizio, a cui si applicano le norme comunitarie sulla concorrenza, in particolare gli obblighi della parità di trattamento e della trasparenza;

2) se – qualora si dovesse effettivamente trattare di una concessione di pubblico servizio avente ad oggetto la gestione di un servizio pubblico locale – l'affidamento della gestione di parcheggi pubblici a pagamento, che può essere effettuata anche senza svolgimento di pubblica gara ai sensi dell'art. 44, sesto comma, lett. b), della legge regionale 4 gennaio 1993, n. 1, come modificata dall'art. 10 della legge regionale 23 gennaio 1998, n. 10, e ai sensi dell'art. 88, sesto comma, lett. a) e b), del Testo coordinato delle disposizioni sull'ordinamento dei Comuni, sia compatibile con il diritto comunitario e, in particolare, con i principi della libera prestazione dei servizi e della libera concorrenza, del divieto di discriminazione e con gli obblighi di parità di

trattamento e di trasparenza da esso derivanti, nonché con il principio di proporzionalità, nel caso in cui tale gestione venga affidata ad una società per azioni costituita, conformemente all'art. 115 del decreto legislativo n. 267/2000, mediante la trasformazione di un'azienda speciale di un Comune detentore del 100% del suo capitale sociale al momento dell'affidamento, ma il cui Consiglio di amministrazione dispone dei più ampi poteri di ordinaria amministrazione fino ad un valore di EUR 5 000 000 per affare.

24. Con comunicazione 16 dicembre 2004 la cancelleria della Corte ha messo le parti processuali a conoscenza del fatto che l'11 gennaio 2005 la Corte avrebbe pronunziato sentenza nella causa Stadt Halle (14), affinché esse potessero prendere posizione al riguardo nel corso dell'udienza di discussione sulla presente causa fissata per il 13 gennaio 2005.

25. Nel corso del procedimento pregiudiziale la Parking Brixen AG, la ASM Bressanone SpA, il Comune di Bressanone, i governi italiano e austriaco, nonché la Commissione hanno presentato osservazioni sia scritte che orali. Inoltre, il governo olandese ha presentato osservazioni all'udienza.

V – Analisi giuridica

26. Con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale il giudice del rinvio intende sostanzialmente accertare se e quali criteri direttivi sono previsti dal diritto comunitario per i negozi giuridici tra amministrazioni aggiudicatrici e loro società controllate; ciò costituisce l'oggetto della seconda questione pregiudiziale. Prima però, nell'ambito della prima questione pregiudiziale, sarà necessario verificare da quali norme di diritto comunitario – dalla direttiva 92/50 o, in generale, dai principi giuridici fondamentali contenuti nel Trattato CE – si possano ricavare i suddetti eventuali criteri direttivi; a tale scopo è necessario distinguere tra pubblici appalti e pubbliche concessioni di servizi.

A – *Sulla prima questione: distinzione tra pubblico appalto e pubblica concessione di servizi*

27. Con la sua prima questione il giudice del rinvio vuole essenzialmente accertare se si è in presenza di un pubblico appalto di servizi nel significato accolto dalla direttiva 92/50 oppure di una pubblica concessione di servizi qualora un'amministrazione aggiudicatrice incarichi una società della gestione di un parcheggio pubblico, autorizzandola a riscuotere un corrispettivo per l'utilizzazione del parcheggio, e tale società, a sua volta, si obblighi a versare al Comune un indennizzo annuale.

28. Per risolvere la suddetta questione non è al momento rilevante la distinzione all'inizio effettuata tra procedure di attribuzione a terzi, per le quali è obbligatorio l'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica, ed affidamenti in house, per i quali ciò non è obbligatorio (15). Piuttosto, è qui sufficiente accertare se il semplice *oggetto* di un negozio giuridico, come quello concluso nel caso di specie tra il Comune di Bressanone e la ASM Bressanone SpA, rientri o meno nell'ambito di applicazione della direttiva 92/50. Esso vi rientrerebbe se il negozio giuridico in questione fosse un *pubblicoappalto di servizi*, mentre non vi rientrerebbe se si trattasse, invece, di una *concessione di servizi*. Difatti, secondo la giurisprudenza della Corte, dapprima formatasi sulla cosiddetta direttiva di coordinamento settoriale 93/38/CEE (16) e successivamente estesa anche alla direttiva di coordinamento dei servizi 92/50, siffatte concessioni, anche nel caso in cui riguardino i settori d'attività elencati negli allegati delle suddette direttive, non costituiscono *contratti scritti a titolo oneroso* nel significato accolto da entrambe le direttive (17). Ciò, tra l'altro, trova una conferma a contrario nel fatto che le concessioni di servizi sono per la prima volta espressamente menzionate (18) nella direttiva di futura attuazione 2004/18/CE.

29. A differenza del *pubblicoappalto di servizi*, la *concessione di servizi* è caratterizzata dal fatto che la controprestazione che il gestore del servizio in questione ottiene dall'amministrazione aggiudicatrice consiste nel *diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, la propria prestazione* (19).

30. Come giustamente osservato dalla Commissione e dai governi austriaco e italiano, nel caso di una *concessione di servizi* la società sopporta i rischi collegati alla prestazione del servizio ed ottiene la sua controprestazione – almeno in parte – dagli utenti del servizio, attraverso la riscossione di un prezzo (20). Esiste quindi un rapporto giuridico trilaterale tra affidante, affidatario ed utente del servizio. Al contrario, un pubblico *appalto di servizi* dà luogo esclusivamente ad un rapporto giuridico bilaterale, all'interno del quale il compenso per la prestazione eseguita viene pagato dall'amministrazione aggiudicatrice medesima, che, tra l'altro, sopporta il rischio collegato alla fornitura del servizio.

31. Dai fatti qui noti, nella fattispecie la controprestazione ricevuta dalla ASM Bressanone SpA da parte del Comune di Bressanone per la gestione del parcheggio sulla particella fondiaria 491/6 consiste esclusivamente nell'autorizzazione data alla ASM Bressanone SpA a riscuotere dagli utenti un corrispettivo per l'utilizzazione del parcheggio. Sotto l'aspetto economico la ASM Bressanone SpA può percepire in questo modo i frutti delle prestazioni eseguite, ossia della gestione e della manutenzione del parcheggio. Allo stesso tempo, però, essa sopporta anche il rischio economico della gestione del parcheggio, dato che con l'incasso del corrispettivo per la sua utilizzazione deve coprire non soltanto le spese ordinarie, ma anche quelle di manutenzione dell'area di parcheggio, nonché corrispondere al Comune l'indennizzo annuale. Tutti questi elementi contrastano con la supposta esistenza di un pubblico appalto di servizi, rivelando, piuttosto, l'esistenza di una concessione di servizi.

32. Dalle informazioni a disposizione non si può con sicurezza accertare se altrettanto valga per il parcheggio sulla particella fondiaria 491/11. Del resto, è compito del giudice del rinvio, e non della Corte di Giustizia, applicare alla fattispecie del procedimento principale i criteri derivanti dal diritto comunitario (21). Il giudice del rinvio dovrà, segnatamente, accertare se la controprestazione che la ASM Bressanone

SpA ha ottenuto dal Comune di Bressanone per la gestione del parcheggio consista nell'autorizzazione a riscuotere dagli utenti del parcheggio un corrispettivo per la sua utilizzazione.

33. In conclusione, al pari della ASM Bressanone SpA, dei governi austriaco e italiano e della Commissione (22), sono anch'io dell'opinione che, qualora un'amministrazione aggiudicatrice incarichi una società della gestione di un parcheggio pubblico, in cambio della cui utilizzazione tale società sia autorizzata a riscuotere un corrispettivo, obbligandosi, a sua volta, a versare all'amministrazione aggiudicatrice un indennizzo annuale, non si tratti di un pubblico appalto di servizi ai sensi della direttiva 92/50, bensì di una concessione di servizi, che non rientra nell'ambito di applicazione della suddetta direttiva.

B – *Sulla seconda questione pregiudiziale: criteri di diritto comunitario per l'assegnazione di concessioni di servizi a società controllate da amministrazioni aggiudicatrici*

34. Con la seconda questione il giudice del rinvio vuole in sostanza conoscere a quali condizioni un'amministrazione aggiudicatrice possa affidare ad una delle sue società controllate una concessione di servizi, quale la gestione di parcheggi pubblici a pagamento contestata nel procedimento principale, senza dover ricorrere al previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica.

1. Norme di diritto comunitario concernenti il divieto di discriminazione e l'obbligo di trasparenza, cogenti anche al di fuori dell'ambito di applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione di pubblici appalti

35. Contrariamente a quanto sostenuto dal governo olandese, in giurisprudenza è ormai pacifico che le amministrazioni aggiudicatrici sono sottoposte, anche al di fuori dell'ambito di applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici (23), ai vincoli del diritto comunitario derivanti dalle norme fondamentali del Trattato CE, segnatamente dalle libertà fondamentali (24) e dal divieto di discriminazione in esse contenuto (25).

36. Dal divieto di discriminazione deriva un obbligo di trasparenza. Difatti, solo allorché l'assegnazione di un appalto o di una concessione viene effettuata secondo le regole sulla trasparenza si può determinare se nel caso concreto sia stato rispettato il principio della parità di trattamento o se, invece, sia stata presa una decisione arbitraria a favore o contro un determinato offerente (26).

37. Tutto ciò non significa affatto che si debba arrivare all'applicazione di una procedura del tutto identica a quella prevista dalle direttive in materia di aggiudicazione di pubblici appalti. Tuttavia, come affermato dalla Corte nella sentenza Telaustria e Telefonadress, l'obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice

«consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (27)».

38. Si menziona solo a margine che la ASM Bressanone SpA eccepisce al riguardo che gli artt. 43 CE e segg. non trovano alcuna applicazione nel caso di specie, perché la fattispecie oggetto del procedimento principale sarebbe priva dell'elemento dell'extraterritorialità, giacché tutte le parti processuali hanno la loro sede in Italia.

39. A tale riguardo si deve osservare che è pur vero che le libertà fondamentali non possono trovare applicazione nei confronti di fattispecie nazionali (28), tuttavia, come hanno giustamente osservato la Commissione, la Parking Brixen Srl ed il governo austriaco, un'eventuale violazione dell'obbligo di trasparenza derivante dalla disciplina in materia di pubblici appalti si ripercuote non solo su imprese nazionali, come la Parking Brixen Srl, ma anche su tutti i potenziali interessati, inclusi i potenziali offerenti di altri Stati membri (29). Quindi, un'eventuale mancanza di pubblicità pregiudica sempre al contempo anche le libertà fondamentali dei potenziali offerenti di altri Stati membri.

2. Possibile deroga per i negozi conclusi con proprie società controllate: la giurisprudenza Teckal

40. Rimane tuttavia ancora da accertare se un'amministrazione aggiudicatrice non possa essere eccezionalmente esonerata dal rispetto della normativa comunitaria qualora affidi l'esecuzione di prestazioni a servizi da essa controllati.

41. Qualora l'amministrazione aggiudicatrice intenda all'uopo incaricare un'impresa pubblica diventata autonoma sotto l'aspetto organizzativo, ossia una delle sue società controllate, la soluzione appare chiara: sulla base del principio della parità di trattamento di imprese pubbliche e private, segnatamente sancito dall'art. 86, n. 1, CE, un'impresa pubblica – fatte salve le deroghe contenute nell'art. 86, n. 2, CE – non deve ricevere un trattamento migliore rispetto alla concorrenza privata. Pertanto, un'amministrazione aggiudicatrice non può incaricare direttamente della prestazione di servizi una sua società controllata senza aver prima valutato le offerte degli altri eventuali partecipanti ed avuto cura di espletare a tal fine una gara trasparente di aggiudicazione.

42. D'altro canto, la pubblica amministrazione rimane senz'altro libera di svolgere completamente i suoi compiti *con mezzi propri*, ossia di assolvervi direttamente, senza ricorrere affatto alle prestazioni di imprese – pubbliche o private – giuridicamente autonome. In tal caso essa non è soggetta neppure ai vincoli fissati dalla normativa sugli appalti (30) e dall'art. 86 CE.

43. Come già menzionato all'inizio, non di rado sorgono difficoltà nello stabilire nel caso concreto il confine tra siffatti affidamenti in house e le procedure di affidamento esterno. Al riguardo la Corte nella sentenza Teckal (31) – in riferimento alla direttiva 93/36 – ha stabilito un principio fondamentale. Dalla suddetta sentenza deriva che, in linea di principio, la disciplina comunitaria in materia di pubblici appalti

trova applicazione ogniqualvolta venga raggiunto *un accordo tra due persone distinte* (32), ossia ogniqualvolta venga concluso un *contratto*.

44. Determinante ai fini dell'applicazione della disciplina comunitaria in materia di pubblici appalti non è soltanto l'aspetto meramente formale, ma anche una valutazione critica del negozio giuridico. Difatti, anche nel caso in cui entrambi i contraenti siano formalmente dotati di personalità giuridica, cionondimeno il negozio giuridico da esse concluso può, in via del tutto eccezionale, essere equiparato ad un affidamento in house, purché vengano rispettati entrambi i seguenti criteri cumulativi elaborati dalla giurisprudenza (33):

- l'amministrazione aggiudicatrice (34) deve esercitare nei confronti della società contraente (35) un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi (*primocriterio Teckal*), e
- tale società contraente deve, a sua volta, realizzare la parte più importante della sua attività per (36) l'amministrazione o per le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano (*secondo criterio Teckal*).

45. La Corte di Giustizia ha nel frattempo applicato questa giurisprudenza non soltanto riguardo alla direttiva 93/36, ma anche riguardo alle direttive 92/50 e 93/37 (37) (38).

46. I criteri Teckal sono applicabili anche a casi, come quello di specie, che non rientrano nell'ambito di applicazione di nessuna delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici (39). Se difatti le suddette direttive, nonostante i loro dettagliati requisiti concernenti le gare di aggiudicazione, prevedevano già deroghe per gli affidamenti in house, a maggior ragione devono essere ammesse deroghe laddove trovino applicazione requisiti di gara meno dettagliati, ossia requisiti soltanto generali, derivanti dal divieto di discriminazione e dall'obbligo di trasparenza. In caso contrario si arriverebbe all'assurdo risultato che le amministrazioni aggiudicatrici *al di fuori* dell'ambito di applicazione delle direttive sarebbero soggette a requisiti più rigorosi che all'interno, cioè ad un obbligo *inderogabile* di pubblicità e di trasparenza.

47. Si deve inoltre tener presente che le suddette direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici sono esclusivamente strumentali alla realizzazione dei principi fondamentali del Trattato CE, quali in particolare risultano dalle libertà fondamentali (40). Pertanto, deroghe alle direttive costituiscono in ultima analisi deroghe a tali principi. Anche ciò si pone a favore di un'applicazione della giurisprudenza Teckal a casi in cui il divieto di discriminazione e l'obbligo di trasparenza discendono direttamente da tali libertà fondamentali, e non soltanto allorché essi si concretizzano nelle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici.

48. Tuttavia, se in un caso concreto come quello di specie siano stati rispettati entrambi i criteri Teckal, cosicché – come sostengono il Comune di Bressanone, la ASM Bressanone SpA ed il governo italiano – l'amministrazione aggiudicatrice non sarebbe obbligata al rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti, potrà essere accertato soltanto dopo una valutazione complessiva delle circostanze del singolo caso.

a) Primo criterio Teckal: controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi

49. Ai sensi del primo criterio Teckal, l'equiparazione di un negozio giuridico ad un affidamento diretto presuppone che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'altro contraente un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

50. La Commissione dubita che un siffatto controllo possa essere esercitato nei confronti di un'impresa quale la ASM Bressanone SpA, per due ordini di motivi: in primo luogo perché il capitale della ASM Bressanone SpA deve per legge essere in futuro, ove possibile, aperto alla partecipazione di terzi e, in secondo luogo, perché gli organi della suddetta società per azioni possono gestire gli affari di ordinaria amministrazione in misura ampiamente autonoma. Questo secondo aspetto è stato sottolineato anche dalla Parking Brixen Srl e dal governo austriaco.

i) L'esclusione di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi nell'ipotesi della partecipazione di privati

51. Punto di partenza di queste considerazioni deve essere la sentenza recentemente pronunciata nella causa Stadt Halle. Difatti in tale occasione la Corte ha precisato il primo criterio Teckal, nel senso che la partecipazione, anche minoritaria, di privati esclude un *controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi* (41).

52. Tale chiarimento dimostra che con il criterio del controllo *analogo a quello esercitato sui propri servizi* la giurisprudenza ha stabilito un parametro più rigido di quello comunemente applicato, ad esempio, nell'ambito della disciplina sulla concorrenza. Pertanto, il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice detenga una partecipazione maggioritaria al capitale della sua società controllata, disponga della maggioranza dei voti e nomini la maggioranza dei rappresentanti in seno agli organi di tale società – così come eventuali accordi tra soci – può essere considerato indizio dell'esistenza di un controllo conforme alle regole sulla concorrenza (42) e far diventare la società controllata un'impresa pubblica ai sensi dell'art. 86, n. 1, CE (43); tuttavia siffatti elementi non sono da soli sufficienti ad ipotizzare l'esistenza di un più pregnante controllo *analogo a quello esercitato sui propri servizi*.

53. Difatti, già la sola presenza di un terzo privato, benché soltanto in forma di partecipazione minoritaria senza diritto di veto, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice l'esercizio di un controllo

analogo a quello esercitato sui propri servizi. La presenza di un terzo privato presuppone sempre da parte della pubblica amministrazione un minimo di considerazione dei suoi interessi economici, giacché soltanto in tal caso il terzo privato metterà a disposizione della pubblica amministrazione il proprio know-how o le proprie risorse finanziarie. Perciò, qualora un terzo privato – eventualmente dopo l'espletamento di una procedura di evidenza pubblica – acquisti quote di partecipazione di una società controllata, il fatto che la pubblica amministrazione debba tenere conto degli interessi economici di quello potrebbe ostacolarla nella concreta realizzazione dell'interesse pubblico, sebbene quest'ultimo rimanga realizzabile dal punto di vista meramente giuridico. Il suddetto intreccio tra interessi pubblici e privati costituisce il principale criterio distintivo tra le cosiddette società a capitale misto pubblico privato ed i servizi amministrativi veri e propri (44).

54. Dato che le società a capitale misto pubblico privato *non* possono essere sottoposte da parte della pubblica amministrazione ad un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, tutti i negozi giuridici di un'amministrazione aggiudicatrice con le sue società controllate a capitale misto sono in linea di principio soggetti alla disciplina in materia di pubblici appalti e, in particolare, al divieto di discriminazione e all'obbligo di trasparenza.

ii) La futura apertura del capitale della società alla partecipazione di terzi

55. La ASM Bressanone SpA, sia prima che dopo il rilevamento della gestione di entrambi i parcheggi, *non* era una società a capitale misto pubblico privato, bensì una società controllata al 100% dal Comune di Bressanone. Tuttavia sul Comune gravava l'obbligo di cedere la sua posizione di azionista unico in cambio di una mera partecipazione di maggioranza entro e non oltre il decorso del termine di due anni dalla trasformazione della precedente azienda autonoma (45).

56. Dal principio della certezza del diritto deriva l'obbligo di accertare sempre *ex ante*, ossia al momento della conclusione del negozio giuridico, se esista o meno l'obbligo di effettuare una gara di aggiudicazione. Difatti, già al momento della stipulazione del contratto, sia l'amministrazione aggiudicatrice sia l'impresa contraente sia, infine, le imprese le cui offerte non sono state prese in considerazione debbono essere messe in condizione di accertare se fosse o meno necessaria una procedura ad evidenza pubblica. Le circostanze future debbono senz'altro essere prese in considerazione qualora il loro verificarsi fosse con sicurezza prevedibile già al momento dell'assegnazione.

57. Ad ogni modo, la perdita da parte del Comune del 100% delle partecipazioni al capitale della sua società controllata sarebbe stata prevedibile con sicurezza se l'acquisto di una partecipazione azionaria da parte di un *terzo concretofosse stata* già allora *imminente*.

58. La Commissione è inoltre dell'opinione che, in un caso come quello di specie, la perdita da parte del Comune del 100% delle quote societarie sarebbe stata sufficientemente prevedibile già sulla base delle disposizioni legislative in vigore e che quindi tale circostanza avrebbe dovuto essere tenuta in considerazione fin dal momento dell'affidamento.

59. Invero, da una disposizione quale l'art. 115 del decreto legislativo n. 267/2000 deriva – tutt'al più (46) – soltanto un *obbligo* di vendere le azioni entro un determinato termine. Se e quando si arrivi *effettivamente* alla vendita e al trasferimento a terzi delle partecipazioni azionarie dipende da numerose altre circostanze, sul cui verificarsi tale disposizione nulla dice. In particolare, non si può affatto escludere che non si riesca a trovare un terzo interessato che sia disposto ad acquistare quote di partecipazione della suddetta società alle condizioni che gli vengono offerte. Ciò è dimostrato con estrema chiarezza nel caso di specie: secondo quanto affermato nel corso dell'udienza di discussione dal Comune di Bressanone e dalla ASM Bressanone SpA, ad oggi nessun terzo detiene quote di partecipazione al capitale della ASM Bressanone SpA.

60. Neppure l'assetto degli interessi delle parti in causa all'epoca dell'affidamento è equiparabile a quello di una società a capitale misto pubblico privato. Difatti, finché esiste soltanto un obbligo alla *futura* apertura del capitale della società controllata, ma non si è ancora fatto avanti alcun terzo concreto che voglia diventarne socio, l'amministrazione aggiudicatrice non è tenuta a prendere in considerazione gli interessi di questo privato investitore.

61. La Commissione manifesta preoccupazione riguardo al fatto che *nell'arco della durata* di una concessione (eventualmente a lungo termine (47)) così affidata, un terzo possa diventare socio della società per azioni e possa pertanto partecipare attraverso la sua quota societaria anche agli utili derivanti dalla concessione. Il pericolo connesso ad una preferenza accordata al futuro investitore privato rispetto ad altre imprese private (48) non deve però sussistere neppure al momento dell'affidamento della concessione alla società controllata del Comune stesso, mentre sono sufficienti adeguate *misure al momento della scelta del terzo*, ossia prima del trasferimento ad esso della quota di partecipazione. Difatti dalle libertà fondamentali (49) discende che, qualora un terzo privato diventi socio di un'impresa pubblica, debbono essere rispettati il divieto di discriminazione e l'obbligo di trasparenza e, in particolare, deve essere garantito un adeguato livello di pubblicità (50).

62. Per le suddette ragioni, il mero obbligo di legge di aprire alla partecipazione di terzi il capitale di una società entro un determinato termine non osta a che l'amministrazione aggiudicatrice continui ad esercitare su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

iii) Autonoma gestione degli affari di ordinaria amministrazione da parte degli organi di una società per azioni

63. Tuttavia, lasciando da parte i rapporti societari, in generale dubbi sull'esistenza nei confronti di un'impresa quale la ASM Bressanone SpA di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi possono sorgere dal fatto che essa è una società per azioni i cui organi sono autorizzati a compiere operazioni di ordinaria amministrazione nella più ampia autonomia (51). Siffatti dubbi sono stati avanzati non soltanto dalla Parking Brixen Srl, dal governo austriaco e dalla Commissione, ma anche dal giudice del rinvio.
64. A questo punto è opportuno effettuare una distinzione tra le relazioni esterne dell'impresa pubblica con gli altri operatori economici e le sue relazioni interne con il Comune.
65. L'esistenza in capo agli organi di un'impresa pubblica di ampi poteri gestionali *nelle relazioni esterne* non impedisce affatto a che il Comune eserciti su di essa un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Siffatti poteri sono anzi, di regola, necessari nelle relazioni esterne per garantire la sua capacità d'agire, per non ostacolare la gestione degli affari di ordinaria amministrazione nonché per tutelare gli interessi dei terzi (52). Inoltre, nell'ambito della pubblica amministrazione medesima non è affatto raro che a singoli pubblici ufficiali, quali il Sindaco di un Comune, il Presidente di una Provincia o i dirigenti di enti pubblici statali, vengano attribuiti poteri relativamente ampi di rappresentanza *esterna* del proprio ente.
66. Maggior significato per la questione che qui rileva del *controllo* rivestono quindi *le relazioni interne* tra un Comune ed un'impresa quale la ASM Bressanone SpA. A tal proposito il giudice del rinvio è dell'opinione che l'autonomia di cui dispone la ASM Bressanone SpA rispetto alla precedente azienda autonoma, la Servizi municipalizzati Bressanone, sia notevolmente aumentata. Mentre infatti tale azienda autonoma sarebbe stata soggetta al controllo e all'influenza diretti del Consiglio comunale, il Comune avrebbe adesso a disposizione nei confronti della società per azioni unicamente gli strumenti del diritto societario. Anche la Commissione e la Parking Brixen Srl sostengono una tesi simile.
67. Sotto l'aspetto giuridico, il controllo della pubblica amministrazione sui propri servizi è caratterizzato in prevalenza da poteri di direzione e di vigilanza. All'interno dell'ente medesimo spetta di regola al dirigente il potere di impartire ordini ed istruzioni agli uffici subordinati. Allo stesso modo esiste, in genere, nei confronti degli enti subordinati, un potere direttivo o, quantomeno, la possibilità di controllare e correggere le decisioni attraverso i poteri di vigilanza.
68. Riguardo agli organi direttivi di imprese pubbliche, almeno nei casi in cui queste siano organizzate in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, simili poteri di direzione e di vigilanza dovrebbero costituire l'eccezione. Se si pretendesse che l'azionista pubblico abbia nei confronti dell'altro contraente le stesse possibilità *giuridiche* di influenza che esso ha sui propri servizi, le società di capitali di diritto privato si troverebbero sovente nell'impossibilità di soddisfare il primo criterio Teckal. Le amministrazioni aggiudicatrici, prima di stipulare contratti con loro società controllate organizzate in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, sarebbero dunque obbligate a rispettare sempre, *anche nel caso in cui esse siano il loro unico socio*, i requisiti imposti dalla disciplina in materia di appalti e ad affidare, ove possibile, l'esecuzione dei loro servizi ai terzi privati migliori offerenti. In tal modo, attraverso il semplice affidamento di servizi a siffatte società in settori così sensibili quali, ad esempio, l'approvvigionamento idrico, si arriverebbe in ultima analisi al coattivo avvio *della privatizzazione di tali servizi*.
69. È vero che in determinati casi la trasformazione di aziende autonome in società per azioni o a responsabilità limitata può essere intesa come il primo passo concreto in direzione della privatizzazione dei relativi settori di intervento. Non è detto però che ciò debba sempre accadere. Si potrebbe, infatti, trattare anche di una semplice misura organizzativa interna, con cui si mira ad una fornitura di servizi più efficiente ed economica e ad una disciplina del pubblico impiego più flessibile per gli impiegati, senza che in questo modo l'ente interessato necessariamente deleghi anche lo svolgimento dei propri compiti. Inoltre, grazie all'applicabilità delle relative disposizioni in materia di bilancio, la scelta della forma giuridica della società per azioni oppure di quella della società a responsabilità limitata può portare ad un aumento della trasparenza sempre accolto con favore (53).
70. Se si applicasse la disciplina in materia di aggiudicazione di pubblici appalti anche a negozi giuridici tra amministrazioni aggiudicatrici e loro società controllate al 100%, le forme giuridiche di diritto privato della società per azioni o della società a responsabilità limitata non potrebbero essere più utilizzate ai fini di una mera riorganizzazione interna. Al relativo ente resterebbe soltanto l'alternativa tra la privatizzazione dei suoi servizi (54) e l'esecuzione diretta di essi per mezzo dei propri servizi amministrativi oppure di aziende autonome, integrate nella gerarchia amministrativa e prive di significativa autonomia. In taluni casi le società controllate esistenti potrebbero addirittura essere ritrasformate in aziende autonome.
71. Tuttavia, un intervento così incisivo sulla supremazia organizzativa degli Stati membri e segnatamente sull'autogoverno di tanti Comuni (55) non sarebbe affatto necessario neppure alla luce della funzione di apertura dei mercati svolta dalla disciplina sugli appalti. Difatti, lo scopo della normativa sugli appalti è di garantire una scelta trasparente ed imparziale dei contraenti ogniqualvolta la pubblica amministrazione decida di svolgere i propri compiti con la collaborazione di terzi. Non rientra invece nella ratio della disciplina sugli appalti la realizzazione di una privatizzazione «di straforo» anche di quei servizi pubblici che la pubblica amministrazione voglia continuare a fornire con mezzi propri (56); a questo scopo sarebbe necessario che il legislatore compisse passi più concreti verso la liberalizzazione (57).

72. Con l'espressione «un controllo *analogo* a (…)» (58), la sentenza Teckal vuole sottolineare che le possibilità di influenza esercitate su imprese pubbliche non debbono necessariamente essere identiche a quelle esercitate sui propri servizi. Determinante ai fini dell'equiparazione di un'impresa ad un servizio amministrativo oppure ad altri operatori economici non è tanto il fatto che la pubblica amministrazione, *sotto l'aspetto formale*, abbia le stesse possibilità *giuridiche* di influenza che essa ha nei confronti dei propri servizi, come, ad esempio, un potere di direzione nel caso concreto. Determinante è piuttosto il fatto che all'interno di tale società l'amministrazione aggiudicatrice sia in qualunque momento *concretamente* in grado di realizzare pienamente gli obiettivi fissati nell'interesse pubblico. Solo quando un'impresa concretamente si emancipa (si rende autonoma) al punto (59) da mettere l'amministrazione aggiudicatrice nell'impossibilità di far valere appieno i propri interessi all'interno dell'impresa suddetta non si potrà più parlare di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.
73. Questa tesi che tiene conto del perseguimento dell'interesse pubblico risulta particolarmente chiara nella sentenza Stadt Halle (60), nella quale in occasione dell'interpretazione del primo criterio Teckal si fa concreto riferimento al *perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico*. Secondo la sentenza Stadt Halle, la necessità di realizzare il suddetto interesse pubblico determina quali sono le possibilità di influenza di fatto necessarie alle istituzioni pubbliche nei confronti dei loro servizi (61).
74. Per quel che riguarda tali concrete possibilità di influenza, trova applicazione quanto detto al riguardo nel paragrafo 53 di queste conclusioni: qualora un terzo privato sia socio di un'impresa, anche se in forma di mera partecipazione di minoranza, il fatto che la pubblica amministrazione debba tenere conto degli interessi economici di questi può costituire un impedimento alla piena realizzazione degli obiettivi propri dell'interesse pubblico, malgrado quest'ultimo possa apparire realizzabile sotto l'aspetto giuridico. Se invece l'amministrazione aggiudicatrice è azionista unico della sua società controllata, allora i suoi interessi e quelli della società controllata possono in linea di principio essere considerati sostanzialmente coincidenti, anche qualora la società controllata sia organizzata in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, dato che l'azionista unico partecipa al 100% degli utili realizzati e può autonomamente decidere sul loro impiego.
75. Laddove invece non sia necessario tenere conto degli interessi economici di terzi privati, dato che la pubblica amministrazione detiene il 100% delle quote societarie, l'affermazione dell'interesse pubblico all'interno della società è garantita anche senza un potere direttivo in senso tecnico già con gli strumenti del diritto societario e, in particolare, per mezzo della presenza all'interno degli organi societari del rappresentante nominato esclusivamente dalla pubblica amministrazione. Difatti risulterebbe alquanto insolito che tali organi, che, di regola, si caratterizzano anche per lo stretto legame personale con la pubblica amministrazione, si discostassero nella gestione degli affari di ordinaria amministrazione dalle direttive impartite dall'ente locale che li ha nominati in misura tale da poter pregiudicare la realizzazione degli obiettivi stabiliti nell'interesse generale. Inoltre i rappresentanti dovrebbero temere per l'avvenire la revoca o, in ogni caso, la non riconferma del loro mandato.
76. Dalla semplice circostanza che una società quale la ASM Bressanone SpA sia una società per azioni i cui organi sono dotati di ampi poteri gestionali negli affari di ordinaria amministrazione non si può dedurre che tale società sia autonoma rispetto all'azionista pubblico e che questo non eserciti più su di essa un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.
b) Secondo criterio Teckal: attività dell'altro contraente in prevalenza svolta per il suo o per i suoi azionisti pubblici
77. Conformemente al secondo criterio Teckal, l'equiparazione ad un affidamento in house presuppone che il contraente dell'amministrazione aggiudicatrice svolga la maggior parte della sua attività per l'amministrazione o per le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano.
78. Nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale il giudice del rinvio cita semplicemente le disposizioni dello Statuto della ASM Bressanone SpA. Secondo tali disposizioni l'ambito materiale di azione di tale società è costituito da un fitto elenco di attività prevalentemente rientranti tra i servizi di interesse economico generale, che possono essere svolte non solo a livello locale, ma anche nazionale ed internazionale (62).
79. Tali disposizioni statutarie, tuttavia, sono poco indicative. Da un lato, infatti, non di rado le disposizioni statutarie sono caratterizzate da una formulazione particolarmente ampia, atta a comprendere non necessariamente soltanto le attuali, ma anche le possibili future attività della società. Dall'altro, siffatte *limitazioni* statutarie del campo di attività di una società per azioni non sono opponibili ai terzi (63); con lo Statuto gli azionisti assegnano alla società, limitatamente alle relazioni interne, l'ambito entro cui essa è autorizzata ad esercitare la sua attività.
80. Se si ritenessero determinanti i settori di attività che dal punto di vista esclusivamente giuridico (secondo la legge e lo Statuto della società) rientrano nel raggio d'azione generalmente abbastanza ampio di una società per azioni o anche in quello di una società a responsabilità limitata, allora sarebbe praticamente impossibile il rispetto del secondo criterio Teckal da parte di siffatte imprese. Prima di concludere contratti con le loro società controllate che siano organizzate in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, le amministrazioni aggiudicatrici sarebbero dunque sempre obbligate a rispettare le direttive in materia di appalti. Ciò renderebbe decisamente meno attraente la scelta della forma giuridica della società per azioni o di quella della società a responsabilità limitata (64). Un intervento così incisivo sulla supremazia organizzativa degli Stati membri e segnatamente sull'autogoverno di tanti

Comuni non è necessario alla luce della funzione di apertura del mercato alla concorrenza svolta dalla disciplina dei pubblici appalti.

81. Piuttosto basta prendere come punto di riferimento la *concreta attività* di ciascuna impresa (65). Difatti, indipendentemente dalla forma giuridica in cui essa è organizzata, l'attività svolta concretamente da un'impresa è il migliore criterio per accertare se tale impresa si muova all'interno del mercato come le altre o se, al contrario, sia così strettamente collegata alla pubblica amministrazione che i contratti con l'amministrazione aggiudicatrice possano essere equiparati a procedure interne e dunque giustificare una deroga alla disciplina in materia di aggiudicazione di pubblici appalti.

82. A tal proposito si deve notare come sulla base del secondo criterio Teckal sia già possibile una deroga alle direttive in materia di appalti quando l'impresa in questione svolga la sua attività *essenzialmente* per l'amministrazione o per le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano. L'eventuale svolgimento di un'attività affidatale da terzi non è quindi pregiudizievole, purché tale attività rivesta un'importanza meramente subordinata.

83. Come è già stato rilevato nell'introduzione, per poter esprimere un giudizio in proposito è necessario procedere ad una valutazione complessiva di tutte le circostanze del caso concreto. Affinché un negozio giuridico possa essere equiparabile ad un affidamento interno, il contraente dell'amministrazione aggiudicatrice deve svolgere dal punto di vista sia *quantitativo* che *qualitativo* la maggior parte della sua attività per l'amministrazione o per le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano (66). Un primo indizio in tal senso può essere costituito dalla quota del volume d'affari realizzato da tale società con gli appalti affidatile dal suo azionista pubblico. Inoltre, nel caso in cui un'impresa – come, ad esempio, la ASM Bressanone SpA – sia presente con la sua attività in numerosi settori, bisognerà accertare in quanti di questi settori d'attività tale impresa eserciti la maggior parte della sua attività per il suo azionista pubblico e quale importanza ciascuno di tali settori rivesta per l'impresa suddetta (67).

84. Anche il raggio di azione territoriale di imprese come la ASM Bressanone SpA richiede un'analisi approfondita. Difatti, la semplice circostanza che un'impresa pubblica locale svolga o possa svolgere la sua attività al di fuori del territorio di un Comune non esclude necessariamente che essa svolga la sua attività *in prevalenza per quel Comune*. Piuttosto bisognerebbe accertare che importanza rivesta dal punto di vista sia quantitativo che qualitativo un'eventuale attività della suddetta impresa al di fuori del territorio comunale rispetto all'attività svolta per il suo o per i suoi azionisti pubblici.

85. Il solo fatto che l'ambito di attività stabilito dallo Statuto di una società per azioni quale la ASM Bressanone SpA sia ampio dal punto di vista contenutistico e le permetta da quello territoriale di esercitare la sua attività anche al di fuori del territorio comunale non esclude comunque che tale società per azioni svolga la maggior parte della sua attività per il Comune che la controlla.

c) Conclusioni provvisorie

86. Riassumendo si deve quindi affermare:

Un Comune non viola gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE affidando la gestione di un parcheggio pubblico a pagamento ad una società per azioni di cui esso costituisca l'unico azionista, senza previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica, purché eserciti sulla suddetta società per azioni un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e tale società svolga la maggior parte della sua attività prevalentemente per il Comune.

Il solo fatto che il Comune sia obbligato per legge ad aprire in futuro, entro un determinato termine, il capitale di tale società per azioni alla partecipazione di terzi o il fatto che gli organi di tale società per azioni godano di ampi poteri di ordinaria amministrazione non esclude che il Comune eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Il solo fatto che, ai sensi dello Statuto di tale società per azioni, il suo potenziale raggio di attività sia ampio sotto l'aspetto sia contenutistico che territoriale non esclude a priori che tale società svolga la maggior parte della sua attività per il Comune**,** essendo piuttosto rilevanti, al riguardo, le attività che di fatto essa svolge.

VI – Conclusioni

87. Sulla base delle suesposte considerazioni propongo alla Corte di risolvere le questioni pregiudiziali poste dal Tribunale amministrativo, Sezione autonoma per la provincia di Bolzano nel modo seguente:

1) Non si è in presenza di un pubblico appalto di servizi ai sensi della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, bensì di una concessione di servizi non contemplata dalla suddetta direttiva, qualora un'amministrazione aggiudicatrice affidi ad una società la gestione di un parcheggio pubblico e tale società sia autorizzata a riscuotere un corrispettivo per l'utilizzazione del parcheggio, obbligandosi, a sua volta, a versare all'amministrazione aggiudicatrice un indennizzo annuale.

2) Un Comune non viola gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE affidando la gestione di un parcheggio pubblico a pagamento ad una società per azioni di cui costituisca l'unico azionista, senza previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica, purché eserciti su tale società per azioni un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e la suddetta società svolga la maggior parte della sua attività per il Comune.

L'esercizio di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi non è a priori escluso per il solo fatto che il Comune sia obbligato per legge ad aprire in futuro, entro un determinato termine, il capitale di tale società per azioni alla partecipazione di terzi oppure che gli organi di tale società per azioni godano di ampi poteri di ordinaria amministrazione.
Il solo fatto che, ai sensi dello Statuto di tale società per azioni, il suo potenziale raggio di attività sia ampio sotto l'aspetto sia contenutistico che territoriale non esclude a priori che tale società svolga la maggior parte della sua attività per il Comune**,** essendo piuttosto rilevanti, al riguardo, le attività che di fatto essa svolge.

1 – Lingua originale: il tedesco.

2 – Sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal (Racc. pag. I-8121, punti 49 e 50), riguardante la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 93/36»).

3 – V., al riguardo, paragrafo 49 delle conclusioni dell'avvocato generale Stix-Hackl 23 settembre 2004, causa C-26/03, Stadt Halle (Racc. pag. I-0000).

4 – V. la fondamentale sentenza Teckal (cit. alla nota 2). Solo di recente, l'11 gennaio 2005, è stata pronunziata sentenza nella causa C-26/03, Stadt Halle e a. (Racc. pag. I-0000). Attualmente sono ancora pendenti, ad esempio, le cause C-231/03 (Coname), C-29/04 (Commissione/Austria) e C-216/04 (Saba Italia).

5 – 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). Questa direttiva è stata abrogata e sostituita dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114; in prosieguo: la «direttiva 2004/18»). Tuttavia, sotto il profilo temporale, rimane applicabile alla fattispecie la direttiva 92/50.

6 – Decreto legislativo o legge delegata.

7 – Il decreto legislativo n. 267/2000, «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali», è pubblicato in GURI n. 227 del 28 settembre 2000, Suppl. ord. n. 162.

8 – Questa disposizione deriva dall'art. 44 della legge regionale 4 gennaio 1993, n. 1 (BUR Trentino-Alto Adige n. 3 del 19 gennaio 1993, Suppl. ord. n. 1), modificato dall'art. 10 della legge regionale 23 ottobre 1998, n. 10 (BUR Trentino-Alto Adige n. 45 del 27 ottobre 1998, Suppl. n. 2).

9 – Delibera del Consiglio comunale 18 dicembre 2001, n. 118.

10 – Delibera del Consiglio comunale 28 novembre 2002, n. 107.

11 – Da quanto risulta dall'ordinanza di rinvio pregiudiziale, un aumento del prezzo del biglietto di parcheggio avrebbe determinato un aumento dell'indennizzo annuale «nella misura dell'80% del corrispondente aumento percentuale del prezzo».

12 – Delibera del Consiglio comunale 25 ottobre 2001, n. 97.

13 –

Da quanto è emerso durante l'udienza, il responsabile è il Consiglio comunale.

14 –

Cit. alla nota 4.

15 –

V., al riguardo, paragrafi 1 e 2 di queste conclusioni.

16 –

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), nel frattempo abrogata e sostituita dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU L 134, pag. 1).

17 –

Sull'art. 1, lett. a), della direttiva di coordinamento dei servizi 92/50, v. ordinanza 30 maggio 2002, causa C-358/00, Buchhändler-Vereinigung (Racc. pag. I-4685, punti 29 e 30); sull'art. 1, n. 4, della direttiva di coordinamento dei settori 93/38/CEE, v. sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress (Racc. pag. I-10745, punti 57 e 58).

18 –

Art. 1, n. 4, della direttiva 2004/18.

19 –

Sentenza Telaustria e Telefonadress (punto 58, secondo trattino) e ordinanza Buchhändler-Vereinigung (punto 27), entrambe citate alla nota 17. In tal senso anche la definizione legale in futuro applicabile contenuta nell'art. 1, n. 4, della direttiva 2004/18.

20 –

A tal proposito la Commissione rimanda anche alla sua comunicazione 29 febbraio 1999, concernente l'interpretazione delle concessioni nel diritto comunitario (GU 2000, C 121, pag. 2); v. ivi, in particolare, sezione 2.2.

21 –

V., in tal senso, per tutte, sentenza 16 luglio 1998, causa C-235/95, Dumon e Froment (Racc. pag. I-4531, punto 25); similmente sentenza Telaustria e Telefonadress (cit. alla nota 17, punto 63).

22 –

Gli altri partecipanti non hanno invece approfondito tale problematica. Il Comune di Bressanone e la ASM Bressanone SpA negano piuttosto l'esistenza di una concessione di servizi sulla base del fatto che la ASM Bressanone SpA non è impresa terza rispetto al Comune di Bressanone.

23 –

Sull'inapplicabilità della direttiva 92/50 in un caso come quello di specie, v. le considerazioni effettuate sulla prima questione (paragrafi 27-33 di queste conclusioni).

24 –

In un caso come il presente possono assumere rilevanza la libertà di prestazione di servizi (art. 49 CE) e – qualora un offerente straniero si voglia stabilire in Italia per ivi gestire parcheggi – anche la libertà di stabilimento (art. 43 CE).

25 –

In tal senso – in particolare nel caso di una concessione di servizi – la sentenza Telaustria e Telefonadress (cit. alla nota 17, punto 60); v., inoltre, sentenza 23 gennaio 2003, causa C-57/01, Makedoniko Metro e Michaniki (Racc. pag. I-1091, punto 69), e ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, Vestergaard (Racc. pag. I-9505, punti 20 e 21); similmente, sentenza 18 giugno 2002, causa C-92/00, HI (Racc. pag. I-5553, punto 47).

26 –

Sentenze Telaustria e Telefonadress (cit. alla nota 17, punto 61) e HI (cit. alla nota 25, punto 45); sentenza 18 novembre 1999, causa C-275/98, Unitron Scandinavia e 3-S (Racc. pag. I-8291, punto 31).

27 – Sentenza Telaustria e Telefonadress (cit. alla nota 17, punto 62).

28 – Giurisprudenza costante: v., da ultimo, sentenza 16 dicembre 2004, causa C-293/03, My (Racc. pag. I-0000, punto 40). Specialmente sulla libertà di stabilimento e di prestazione di servizi v. sentenza 7 febbraio 1979, causa 115/78, Knoors (Racc. pag. 399, punto 24, prima parte della prima frase).

29 – V. anche sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-2043, punto 33), secondo cui è sempre possibile che imprese stabilite in altri Stati membri siano riguardate, direttamente o indirettamente, dall'assegnazione di un appalto. Sicché gli obblighi relativi alla gara d'assegnazione debbono essere rispettati indipendentemente dalla nazionalità o dal luogo di stabilimento degli offerenti. Questa considerazione non riguarda soltanto i requisiti delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, ma può valere anche riguardo a casi, come quello di specie, in cui si devono applicare i principi fondamentali del diritto comunitario.

30 – Sentenza Stadt Halle (cit. alla nota 4, punto 48).

31 – Sentenza Teckal (cit. alla nota 2, punti 46, 49 e 50).

32 – Per quanto riguarda l'applicazione ratione personae è dunque necessario, e nello stesso tempo sufficiente, che una delle parti contraenti sia un'amministrazione aggiudicatrice (sentenze Teckal, cit. alla nota 2, punto 42, seconda frase, e Stadt Halle, cit. alla nota 4, punto 47; v., inoltre, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-94/99, ARGE, Racc. pag. I-11037, punto 40).

33 – La versione originale di tali criteri è contenuta nel punto 50, seconda frase, della sentenza Teckal (cit. alla nota 2). Tali criteri vengono menzionati anche nella sentenza 13 gennaio 2005, C-84/03, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-0000, punto 38), nonché nella sentenza Stadt Halle (cit. alla nota 4, punto 49, seconda frase), sebbene in forma leggermente diversa. Salvo diversa indicazione, le considerazioni che seguono si basano su quest'ultima versione.

34 – Nella sentenza Stadt Halle viene utilizzata l'espressione macchinosa «un'autorità pubblica che sia un'amministrazione aggiudicatrice», mentre nella sentenza Teckal – in relazione alla fattispecie ivi esaminata – si parla di un «ente locale».

35 – Il contraente viene definito nella sentenza Teckal letteralmente «persona di cui trattasi», mentre nella sentenza Stadt Halle «entità in questione».

36 – L'uso della preposizione «con» nella sentenza Stadt Halle e nella maggior parte delle versioni linguistiche della sentenza Teckal è insolito sotto l'aspetto linguistico, se si riflette sul fatto che non si è in presenza di una cooperazione tra due società, bensì di un rapporto nel quale un'azienda pubblica svolge determinati compiti oppure presta determinati servizi per l'ente pubblico da cui dipende, di regola un ente locale.

37 – Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), nel frattempo abrogata e sostituita dalla direttiva 2004/18.

38 –

Sulla direttiva 92/50 v. sentenza Stadt Halle (cit. alla nota 4, punti 47 e 49); un accenno in tal senso è contenuto già in sentenza ARGE (cit. alla nota 32, punto 40). Sulla direttiva 93/37, v. sentenza Commissione/Spagna (cit. alla nota 33, punto 39).

39 –

Sull'inapplicabilità della direttiva 92/50 ad un caso come quello presente, v. le considerazioni svolte sulla prima questione (paragrafi 27-33 di queste conclusioni).

40 –

V., al riguardo, sesto 'considerando' della direttiva 92/50 e secondo 'considerando' della direttiva 2004/18, come pure sentenze 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge (Racc. pag. I-8035, punto 16), e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a. (Racc. pag. I-11617, punto 51). V. inoltre paragrafi 35-37 di queste conclusioni.

41 –

Sentenza Stadt Halle (cit. alla nota 4, punti 49 e 52).

42 –

V. in proposito – riguardo alla nozione di controllo nel caso di concentrazione di imprese – punti 13, 14, 18 e segg. della comunicazione della Commissione 2 marzo 1998, sulla nozione di concentrazione a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GU C 66, pag. 5).

43 –

V. anche art. 2 della direttiva della Commissione 25 giugno 1980, 80/723/CEE, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche (GU L 195, pag. 35), da ultimo modificata dalla direttiva della Commissione 26 luglio 2000, 2000/52/CE (GU L 193, pag. 75).

44 –

Un tale riferimento è contenuto anche nella sentenza Stadt Halle (cit. alla nota 4, punto 50). Per la definizione di società a capitale misto pubblico privato v., ad esempio, paragrafo 58 delle conclusioni dell'avvocato generale Stix-Hackl nella causa Stadt Halle (cit. alla nota 3).

45 –

V., da una parte, art. 115 del decreto legislativo n. 267/2000 e, dall'altra, art. 88, n. 6, lett. b), dell'Ordinamento dei Comuni, come pure l'art. 5, n. 2, dello Statuto della ASM Bressanone SpA.

46 –

Come è emerso nel corso dell'udienza di discussione, nella specie i partecipanti non concordano sul fatto che l'art. 115 del decreto legislativo n. 267/2000 obblighi il Comune all'apertura del capitale sociale della ASM Bressanone SpA, ritenendo alcune che il Comune possa rimanere anche per lungo tempo azionista unico. Il Comune di Bressanone cita in proposito l'art. 2362 del codice civile italiano (codice civile, nella versione contenuta nel decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, pubblicato in GURI n. 17 del 22 gennaio 2003, suppl. ord. n. 8), a norma del quale in Italia le società per azioni possono essere costituite anche da un unico azionista.

47 –

Nella fattispecie era stato concordato un termine di nove anni per la concessione della gestione del parcheggio sulla particella 491/6, v. paragrafo 14 di queste conclusioni.

48 –

Sentenza Stadt Halle (cit. alla nota 4, punto 51).

49 –

Libertà di stabilimento (art. 43 CE) o libertà di circolazione dei capitali (art. 56, n. 1, CE).

50 –

V., al riguardo, paragrafi 35-39 di queste conclusioni.

51 –

Come rileva il giudice del rinvio nella sua seconda questione, il consiglio di amministrazione della ASM Bressanone SpA dispone «(…) dei più ampi poteri di ordinaria amministrazione fino ad un valore di EUR 5 000 000 per affare».

52 –

V. art. 9 e secondo 'considerando' della prima direttiva del Consiglio 9 marzo 1968, 68/151/CEE, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'art. 58, secondo comma, del trattato, per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi (GU L 65, pag. 8; in prosieguo: la «direttiva 68/151»).

53 –

V., in particolare, artt. 2 e segg. della direttiva 68/151, come pure gli artt. 2 e 47 della quarta direttiva del Consiglio 25 luglio 1978, 78/660/CEE, basata sull'art. 54, paragrafo 3, lettera g), del trattato, e relativa ai conti annuali di taluni tipi di società (GU L 222, pag. 11).

54 –

In tal caso un'impresa organizzata in forma di società per azioni o a responsabilità limitata controllata dalla pubblica amministrazione dovrebbe, al pari degli altri potenziali offerenti, presentare la propria offerta relativa all'appalto o alla concessione in questione.

55 –

Come punto di riferimento può qui trovare applicazione la Carta europea dell'autonomia locale del 15 ottobre 1985, ratificata dalla maggior parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa (STCE, n. 122), che all'art. 6, n. 1, stabilisce che le collettività locali debbono «poter definire esse stesse le strutture amministrative interne di cui intendono dotarsi, per adeguarle alle loro esigenze specifiche in modo tale da consentire un'amministrazione efficace». Inoltre, l'importanza dell'autonomia locale viene sottolineata attraverso la sua espressa menzione nell'art. I-5, n. 1, del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004 (GU C 310, pag. 1).

56 –

V. al riguardo anche paragrafo 42 di queste conclusioni.

57 –

Si pensi qui, ad esempio, ai primi passi verso la liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni; v., da ultimo, direttiva della Commissione 16 settembre 2002, 2002/77/CE, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica (GU L 249, pag. 21). V., inoltre, proposta modificata della Commissione 21 febbraio 2002, COM (2002) 107 def., di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'azione degli Stati membri in tema di obblighi di servizio pubblico e di aggiudicazione di contratti di servizio pubblico nel settore del trasporto di passeggeri per ferrovia, su strada e per via navigabile interna (GU C 151 E, pag. 146).

58 –

Il corsivo è mio. A differenza della maggior parte delle versioni linguistiche della sentenza Teckal, nella versione tedesca mancava il termine «analogo». Questa discrepanza è stata eliminata nella sentenza Stadt Halle.

59 –

Nella sentenza Teckal (cit. alla nota 2, punto 51) si trova al riguardo l'espressione autonomo potere decisionale rispetto all'amministrazione aggiudicatrice (nella versione francese viene impiegato l'aggettivo autonome, mentre in quella italiana viene utilizzato l'aggettivo autonomo).

60 –

Sentenza Stadt Halle (cit. alla nota 4, punto 50).

61 –

A tenore della sentenza Stadt Halle (cit. alla nota 4, punto 50): «[I]l rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico».

62 –

V. al riguardo, in particolare, paragrafo 19 di queste conclusioni.

63 –

Art. 9, nn. 1 e 2, della direttiva 68/151.

64 –

V., al riguardo, anche paragrafi 68-71 di queste conclusioni.

65 –

Anche l'avvocato generale Stix-Hackl, nel paragrafo 83 delle sue conclusioni nella causa Stadt Halle (cit. alla nota 3), sottolinea che assumono rilievo le attività effettive e non anche le attività astrattamente consentite dalla legge o dallo statuto sociale.

66 –

In tal senso anche l'avvocato generale Stix-Hackl nel paragrafo 89 delle sue conclusioni nella causa Stadt Halle (cit. alla nota 3).

67 –

Nel presente caso si dovrebbe accertare, ad esempio, quale importanza rivestano nell'ambito delle attività di tale impresa, rispetto ai settori già di competenza della precedente azienda speciale, i nuovi settori d'attività (ossia quello dell'informatica e delle telecomunicazioni), che con lo Statuto sono stati successivamente affidati alla ASM Bressanone SpA, e chi sono i suoi committenti.