

Servizi pubblici: affidamento in house ed a società miste fra normativa nazionale e principi comunitari (nascita ed evoluzione delle problematiche - esperienze recenti).

Autore: Ranci Giovanni

In: Diritto civile e commerciale

Sommario

1) *Le origini legislative;*

2) *Le innovazioni del decennio 1990-2000 e a tutt'oggi;*

3) *Le linee emergenti da dette innovazioni:*

??????? la privatizzazione

??????? la liberalizzazione

??????? l'efficienza

4) *Le problematiche degli affidamenti diretti dei servizi pubblici:*

??????? il caso Siena Parcheggio;

??????? il significato di "controllo analogo";

??????? I poteri del Giudice Amministrativo;

?????? Rapporti tra annullamento dell'affidamento e contratto;

?????? L'ultima pronuncia europea in tema di affidamenti in house providing.

?

1) Origini legislative: il R.D. 15/10/1925, n. 2578, T.U. sull'assunzione diretta dei pubblici servizi, il codice civile, il T.U. della legge comunale e provinciale del 1934.

Le prime disposizioni sistemate organicamente in un testo legislativo sono quelle contenute nei T.U. sui servizi pubblici degli Enti locali approvato con R.D. 10/10/1925, n. 2558.

Esso contiene una elencazione di n. 19 servizi pubblici; elencazione non tassativa in quanto già allora si riteneva che il servizio pubblico fosse contrassegnato, e quindi individuato, da quelle attività organizzate imprenditorialmente, ma di grande spessore sociale cui, tempo per tempo, l'evoluzione dei rapporti, le esigenze economico-sociali, le sensibilità politiche attribuivano rilevanza pubblica.

Questo concetto di flessibilità che ha accompagnato il contorno e la definizione di servizio pubblico, ha fatto sì che alcuni servizi pubblici, pur previsti nel T.U. del 1925 (quali, ad esempio, la costruzione e l'esercizio di mulini e forni, di stabilimenti per la macellazione, di bagni e lavatoi, di essiccatoi di granturco, di stabilimento e vendita di sementi e vivai, ecc.), abbiano poi perso la loro connotazione, mentre altri hanno assunto la qualifica di servizio pubblico (tipico il caso delle centrali del latte che con la legge 16/6/1938, n. 851, sono entrate nel novero per poi uscirne e (ri)diventare una normale attività di mercato di produzione e commercio), hanno assunto la connotazione stessa e sono entrati a pieno titolo nel novero dei servizi pubblici disciplinati da disposizioni speciali (cosiddette norme di settore).

Si vedrà in prosieguo che di recente la vendita, intesa come fornitura agli utenti finali, del gas naturale e dell'energia elettrica, hanno perso il loro carattere di servizio pubblico e sono state liberalizzate.

Va notato che la flessibilità è l'elemento che caratterizza ancora oggi il concetto di servizio pubblico (si vedano in dottrina il testo fondamentale di Umberto Pototschnig *I Pubblici Servizi?*, 1964, Cedam; il testo *L'Azienda Municipalizzata?* di Giuliano Pischel, 1972, Edizioni Cisper la più recente trattazione *I Servizi Pubblici Locali?*, AA.VV., Giuffrè, collana diretta da Vittorio Italia).

Da ricordare al riguardo che è stata la stessa Adunanza Generale del Consiglio di Stato, n. 30/98 del

12/3/1998, a suggerire al Governo, in sede di predisposizione di quello che sarebbe poi stato il D.Lgs. n. 80 del 31/3/1998, che come è noto ha ampliato l'ambito delle materie soggette a giurisdizione esclusiva ricomprendendovi anche i *servizi pubblici*, di non fissare né la definizione, né l'elencazione dei servizi pubblici stessi, rinviando la prospettazione delle utilità espresse da talune attività ai rilievi pubblicistici che le stesse potevano acquisire, e quindi perdere, tempo per tempo.

Anche la Corte di Cassazione in talune pronunce ha cercato di definire, agli effetti della fattispecie ad essa sottoposta, il concetto di servizio pubblico; per tutte si richiama SS.UU. n. 4992/95, recensita di seguito al punto 4.1.

Il T.U. del 1925 sui servizi pubblici ha disciplinato il settore per lunghissimi anni (1925-1990): di detto periodo si può dire:

????????? che il legislatore ha ritenuto che la gestione dei servizi andasse effettuata;

-????????? con affidamento a terzi;

-????????? con gestione diretta;

-????????? con aziende municipalizzate che costituivano strutture dotate di autonomia contabile ed organizzativa, ma prive di personalità giuridica (l'art. 2 del T.U. in esame affermava che le aziende dovevano avere *bilanci e conti separati* e che avevano *capacità di compiere tutti i negozi giuridici necessari*);

????????? che le aziende municipalizzate hanno avuto nel corso degli anni un più che significativo sviluppo;

????????? che esse hanno costituito l'espressione dell'Autorità (Comune) che forniva al cittadino il servizio essenziale.

Quasi a corollario si impose sempre più tenacemente la convinzione che riteneva (quasi) inconciliabile il concetto di servizio pubblico con quello di profitto; in sostanza, ed in estrema sintesi il servizio pubblico era ritenuto un elemento di governo cittadino utilizzato dal Comune per intervenire sui rapporti economico-sociali del momento.

Tipica espressione di questo intendimento ? stata la gratuit? realizzata da alcuni Comuni di alcuni servizi.

L'azienda municipalizzata era, o era ritenuta, in conclusione uno strumento di governo nel sociale; il che attutiva grandemente il profilo del risultato della gestione che, se economicamente negativo, veniva poi compensato da forme di ripianamento finanziario che sostanzialmente scaricavano i costi sulla fiscalit? generale.

Se ? vero che l'art. 98, T.U. Legge Comunale e Provinciale del 1934 approvato con R.D. 3/3/1934, n? 383 e subito dopo l'art. 2458 del Codice Civile prevedevano, il primo la possibilit? di *acquisto di azioni industriali?* da parte del Comune, il secondo la possibilit? dello Stato e degli Enti Pubblici di assumere partecipazioni in societ? per azioni, ? altres? vero che ci? comportava una non inibizione giuridica ad operazioni societarie, ma non significava in alcun modo che le societ? di capitali assurgevano a soggetti gestori a regime di servizi pubblici.

?

2) Le innovazioni intervenute nel decennio 1990-2000 e a tutt'oggi.

Se per circa settanta anni (1925-1990) il settore dei servizi pubblici ha registrato una sostanziale stasi legislativa, il periodo che va dal 1990 ad oggi ? stato caratterizzato da variazioni radicali e da una turbolenza legislativa (dovuta principalmente a necessit? impellenti di frenare la cosiddetta spesa corrente ed alle pressioni derivanti da direttive comunitarie sempre pi? cogenti) che ancor oggi non ha trovato il suo assetto definitivo.

In via di estrema sintesi:

2.1 la Legge n. 142 dell'8/6/1990, all'art. 22 prevedeva cinque strumenti di gestione dei servizi:

????????? in economia;

????????? in concessione a terzi;

????????? tramite aziende speciali;

????????? tramite istituzione per servizi sociali senza rilevanza industriale;

????????? tramite societ? di capitali.

2.2 Dieci anni dopo il D.Lgs. n. 267 del 18/8/2000, all'art. 113 prevedeva la gestione in tutte le forme di cui alla precedente Legge n. 142/90, introducendo per?, quanto allo strumento delle societ? di capitali, la gestione attraverso societ? rispettivamente a prevalente capitale pubblico ed a capitale pubblico non maggioritario.

2.3 Interveniva un anno dopo la Legge n. 448 del 28/12/2001 che con l'art. 35, divenuto famoso per il tasso di indecifrabilit? che lo caratterizzava, riscriveva l'art. 113 D.Lgs. n? 267/2000 prevedendo un sistema complicato e farraginoso che ha dato luogo a massiccio contenzioso in parte rientrato a seguito di ulteriore modifica introdotta

2.4 dal D.L. 30/9/2003, n. 269, convertito in Legge n. 326 del 24/11/2003 che all'art. 14 riscriveva ancora l'art. 113 del D.Lgs. n. 267/2000, cos? distinguendo:

a) per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, qualora separata dall'attivit? di erogazione dei servizi, gli Enti locali si avvalgono:

a.1) di societ? di capitali a totale partecipazione pubblica cui pu? essere affidata direttamente tale attivit? *a condizione che gli Enti Pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla societ? un **controllo analogo** a quello esercitato qui propri servizi e che la societ? realizzi la parte pi? importante della propria attivit? con l'Ente o gli Enti Pubblici che la controllano?*

a.2) di imprese idonee individuate mediante gara pubblica;

b) per l'erogazione del servizio gli Enti locali conferiscono la titolarit? del servizio stesso:

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

2)??????? a societ? 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;

3)????? 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.

?

3) **Le linee emergenti dalle recenti riforme**

L'evoluzione legislativa dagli anni 1990 ha manifestato le seguenti linee.

3.1

Abolizione di ogni altra forma di gestione ed individuazione nelle società di capitali, interamente pubblico o misto pubblico-privato, dello strumento di gestione a regime che quindi soppianta tutti gli altri via via indicati in precedenza come possibili dall'ordinamento.

3.2 Il passaggio dalle vecchie gestioni al nuovo assetto ed ai nuovi strumenti ? attuato attraverso un sistema di trasformazioni delle pregresse figure nelle nuove strutture.

3.3

Si impongono i concetti di **privatizzazione**, che significa l'utilizzo di uno strumento di gestione fornito dal diritto privato e da esso disciplinato, e di **liberalizzazione** che sta a significare che un certo servizio pubblico lascia la condizione di gestione in regime di monopolio da parte dell'Amministrazione, ed assume la veste di attività svolta nel libero mercato.

Esempi caratteristici di liberalizzazione sono stati la vendita del gas naturale, oggi attività svolta in regime di libero mercato ai sensi del D.Lgs. 23/5/2000, n. 164 (cosiddetto decreto Letta) e la vendita di energia elettrica giusta D.Lgs. 16/3/1999, n. 79.

3.4 Il tutto ricompreso in una aspettativa di **efficienza** tesa a migliorare il servizio, a renderne meno costosa la fruizione attraverso la concorrenza di mercato che porta (o dovrebbe portare) le imprese ad organizzarsi nel modo migliore e contemporaneamente a portare moneta sonante nelle casse sempre più stremate degli enti locali, partecipanti nella totalità o in una parte del capitale sociale.

?

4) Le problematiche degli affidamenti dei servizi pubblici. l'attuale problematica dei cosiddetti affidamenti in house

4.1 Il caso emblematico della ?Siena Parcheggi?.

L'avvento delle societ? di capitali prima come strumento societario utilizzabile alla stessa stregua di altri tradizionali (L. 142/1990 e D.Lgs. 267/00), poi quale strumento esclusivo di gestione, ha fatto insorgere subito non facili problemi circa la possibilit?, specie a fronte di direttive europee quanto meno privilegianti ? o prescrittive ? l'affidamento mediante gara pubblica, di affidare direttamente il servizio a societ? di capitali che, a totale o parziale partecipazione pubblica, sono per? e restano entit? di diritto privato al pari di tutte le altre strutture che operano sul mercato.

Una sentenza divenuta storica delle Sezioni Unite della Cassazione, n? 4992/1995 nota come ?Siena Parcheggi?, ha affermato;

??????? che per servizi pubblici si dovevano intendere quelli che abbiano per oggetto la produzione di beni e attivit? rivolti a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunit? locali;

??????? che *la scelta del modello organizzatorio della gestione a mezzo di societ? per azioni partecipata dall'ente pubblico ? generalmente determinata, da un lato, dalla opportunit? di promuovere la collaborazione tra enti locali ed altri soggetti apportatori di capitali, di tecnologie, di organizzazione e di competenze imprenditoriali specifiche, nella prospettiva di una pi? efficiente prestativa del servizio mediante una pi? agile struttura di tipo privatistico, nonch? all'autofinanziamento del servizio stesso; dall'altro lato dalla determinazione dell'ente pubblico di non estraniarsi totalmente dall'attivit? di gestione (come avviene in caso di concessione)?;*

??????? che *l'affidamento diretto ?pur se ha sollevato dubbi circa la compatibilit? con la normativa comunitaria di tutela della concorrenza e della par condicio delle imprese operanti nell'ambito della comunit? europea, non sembra eludibile alla luce della lettera e della ratio della disposizione di legge in esame (art. 22 L. n? 142/90), nella quale **l'istituto della concessione a terzi del servizio ? previsto in alternativa alla gestione del servizio stesso a mezzo di societ? per azioni con partecipazione maggioritaria dell'ente locale?**;*

4.2 I pi? recenti pronunciamenti giurisprudenziali.

Essi fanno riferimento al testo dell'art. 113 D.Lgs. n° 267/2000 come da ultimo novellato dal D.L. 30/9/2003, n° 269, convertito in legge 24/11/2003, n° 326 che, come sopra riportato, consente di affidare direttamente il servizio (in house come generalmente si dice) a società a capitale misto pubblico-privato nelle quali il socio privato sia scelto attraverso gare ad evidenza pubblica, o a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale esercitino sulla società un **controllo analogo** a quello esercitato sui propri servizi.

I problemi che si pongono sono:

a) cosa debba intendersi per *controllo analogo*;

b) se il Giudice Amministrativo in caso di annullamento dell'affidamento diretto, possa dichiarare la nullità del contratto e *condannare quindi l'Amministrazione ad indire la gara*;

c) quale sia l'effetto della dichiarata illegittimità della delibera di affidamento diretto sul contratto.

?

Sul primo punto (controllo analogo)

La recentissima sentenza del TAR Friuli Venezia Giulia - Trieste, n° 986 del 12/12/2005, richiamata la pronuncia 18/11/1999 della Corte di Giustizia della Comunità Europea resa su causa n° 107/98 (Teckal contro Comune di Aviano), ha affermato: *Il collegio osserva che la impugnata deliberazione n° 58 del 15 dicembre 2003 assunta dal Consiglio Comunale di Faedis, con la quale è stata affidata direttamente alla Società S.p.a. Consorzio per l'Acquedotto del Friuli Centrale (C.A.F.C.) la gestione del servizio di illuminazione pubblica per la durata di anni cinque, non può dirsi rispettosa dell'art. 113, comma 5 lett. c) del decreto legislativo 18 agosto 2000, n° 267, né, tampoco, può dirsi conforme ai principi espressi in materia dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea (Cfr., in particolare, Corte di Giustizia C.E. 18 novembre 1999, causa C-107/98; Corte di Giustizia n° 349 del 8 maggio 2003), secondo cui è legittimo l'affidamento di un servizio in house providing purché l'Ente territoriale affidante eserciti sul soggetto gestore un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, e che, allo stesso tempo, quest'ultimo svolga la parte essenziale della propria attività insieme con l'ente o gli enti territoriali che lo controllano.*

Si è visto che l'art. 113, comma 5, lett. c) del decreto legislativo 18 agosto 2000, n° 267 stabilisce che l'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento del titolarità del servizio a società a capitale interamente

pubblico a condizione che l'ente? o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla societ? un controllo analogo a quello esercitato sui propri esercizi e che la societ? realizzi la parte pi? importante della propria attivit? con l'ente o gli enti pubblici che la controllano?.

Quanto alla pronuncia? pregiudiziale 18 novembre 1999 adottata in causa 107/98, Teckal S.r.l. contro Comune di Aviano, di cui si ? test? fatto cenno, era stato chiesto se, a norma della Direttiva CEE 93/36, doveva farsi luogo alla procedura di gara per l'affidamento di un appalto pubblico di fornitura, considerando che era stato prescelto con trattativa diretta un soggetto consortile cui l'Amministrazione committente partecipava con proprio capitale.

La Corte (punto 50) ha affermato che, essendo il Comune amministrazione aggiudicatrice a norma dell'art. 1 lett. a) della Direttiva 93/96 CEE, la relativa normativa doveva essere applicata: quindi occorre bandire una gara, se, secondo la valutazione del giudice a quo, si trattava di due soggetti distinti tra i quali si era concluso un contratto configurabile come appalto. Pu? avvenire diversamente ? ha soggiunto la Corte ? solo nel caso in cui, nel contempo, l'Ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello che da esso esercitato sui propri servizi, e questa persona realizzi la parte pi? importante della propria attivit? con l'Ente o con gli enti locali che la controllano.

Circa il concetto di ?controllo analogo?, la Corte aveva avvertito che deve trattarsi di ?un rapporto che determina da parte dell'Amministrazione controllante un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attivit? del soggetto partecipato e che riguarda l'insieme dei pi? importanti atti di gestione?.

Questa conclusione ? stata ribadita dal recente arresto della Corte di Giustizia Europea, I, 13 ottobre 2005, n. c-458/03, secondo il quale, in particolare, ?... deve risultare che l'ente concessionario in questione ? soggetto ad un controllo che consente all'autorit? pubblica concedente di influenzarne le decisioni. **Deve trattarsi di una possibilit? di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti ...?.**

*Nel solco di questo indirizzo giurisprudenziale la Commissione Europea, sin dalla nota del 16 giugno 2002, **sottolineava che non era sufficiente, al fine di individuare il presupposto del ?controllo analogo?, il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole del diritto societario, posto che il soggetto partecipato, in relazione ai pi? importanti atti di gestione, deve configurarsi solo formalmente come entit? distinta dall'Amministrazione, dovendo, invece, essere concretamente parte della stessa.***

In ambito nazionale, sia pure con sfumature diverse, ovviamente dettate dalla particolarit? delle

fattispecie (anche in relazione alla specifica legislazione domestica) la giurisprudenza ha seguito e confermato l'indirizzo europeo.

In questo contesto è stato puntualizzato che il soggetto gestore si attegga ad una sorta di *longa manus* dell'affidante, pur conservando natura distinta ed autonoma rispetto all'apparato organizzativo di questo; **deve, in altri termini, trattarsi di una sorta di amministrazione indiretta, nella quale la gestione del servizio resta saldamente nelle mani dell'ente concedente attraverso un controllo gestionale e finanziario stringente sull'attività della società affidataria: la quale, a sua volta, è istituzionalmente destinata in modo assorbente ad operare in favore di questo** (Cfr., ex pluribus, Consiglio di Stato, VI, 25 gennaio 2005, n° 168; TAR Sardegna, 2 agosto 2005, n° 1729; TAR Campania, 30 marzo 2005, n° 2784, ove si parla di **controllo assoluto** da parte dell'ente concedente).

Nello specifico il TAR Friuli indica i seguenti elementi indicatori dell'esistenza del *controllo analogo*:

- consultazione tra gli enti associati circa la gestione dei servizi pubblici svolti dalla società, circa il suo andamento generale, e, soprattutto, circa le concrete scelte operative: con audizione, da disporsi con una frequenza ragionevole, del Presidente e del Direttore generale;

?????? modifiche dello Statuto della Società, previo invio ai singoli enti locali per gli adempimenti di competenza;

?????? consenso degli enti associati all'eventuale esercizio di attività particolari;

?????? controllo, mediante una Commissione, dello stato di attuazione degli obiettivi, anche sotto il profilo dell'efficacia, efficienza ed economicità della gestione, con successiva relazione all'Assemblea degli azionisti;

?????? ispezioni dirette da parte dei soci.

La sentenza in esame - TAR Friuli-Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n° 634 - precisa che un siffatto tipo di controllo si può anche prevedere attraverso il meccanismo della convenzione tra tutti gli enti associati ex art. 30 del D.Lgs. n° 267 del 2000, che appare uno strumento idoneo a realizzare la condizione del *controllo analogo*, voluta dall'ordinamento europeo e nazionale, da parte di una pluralità di enti.

?

Sul secondo punto (poteri del Giudice)

Sempre la sentenza del TAR Friuli-Trieste n° 986/2005 ha dichiarato, inammissibili le domande esperite con il ricorso volte ad ottenere la risoluzione e/o l'annullamento e/o la declaratoria di nullità e/o di inefficacia del corrispondente contratto stipulato tra il Comune e la società originariamente affidataria, nonché l'affermazione dell'obbligo del Comune di indire una gara ad evidenza pubblica per la scelta del gestore.

Il Collegio ha ritenuto che tali pronunce esulano dalla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo in quanto gli artt. 6 e 7 della legge 21 luglio 2000, n° 205 limitano l'ambito di giurisdizione esclusiva ai soli provvedimenti inerenti alla procedura di affidamento degli appalti con conseguente, implicita, esclusione della cognizione di tutti gli atti successivi alla sua conclusione, ivi compreso il contratto.

Quanto alla affermazione dell'obbligo del Comune di indire una gara ad evidenza pubblica per la scelta del gestore ? ricordato nella sentenza che la condanna dell'Amministrazione ad un fare ? da ritenersi circoscritta alle limitate ipotesi del rito speciale sull'accesso ai documenti amministrativi (art. 25, comma 6, Legge 7 agosto 1990, n° 241) e sul silenzio (art. 21-bis, comma 2, Legge n° 1034/1971).

A giudizio di chi scrive, su questo punto la pronuncia sembra essere restrittiva delle materie soggette a giurisdizione esclusiva, dei poteri del Giudice nell'esercizio della giurisdizione esclusiva e delle linee evolutive in tema di effettività della tutela giurisdizionale davanti al Giudice Amministrativo.

Non è d'altra parte ? facile intravedere quale altro Giudice sia capace di obbligare l'Amministrazione a comportarsi secondo quel diritto che ? stato sancito nella sentenza.

Sul terzo punto (annullamento dell'atto e suoi riflessi sul contratto)

È noto che la questione rivela profili di grande complessità per l'evidente commistione di aspetti pubblicistici e privatistici ravvisabili nella sequenza che connette la fase procedimentale di scelta del contraente a quella, previamente negoziale, della conclusione dell'accordo; ? noto anche che la questione stessa ha impegnato per anni dottrina e giurisprudenza: che hanno indicato soluzioni assai diversificate tra loro.

Per brevità si rinvia, all'ordinanza della IV Sezione, n° 3355/04 del 21 maggio 2004, a Sez. IV, n°

6666/2003 con le annotazioni apparse su il Foro Italiano 2004, III, pag. 1 ss.; allo scritto di Moscarini apparso su Diritto Processuale Amministrativo 2004, pag. 597 ss., alla nota a Sez. IV, n° 4895/02, apparsa su Urbanistica e Appalti n° 3/2003, pag. 318 ss.

In via di estrema sintesi da un lato si sostiene la sussumibilit? della patologia del contratto nello schema **dell?annullabilit? relativa** ex art. 1441 c.c.; dall?altro si propende per la **nullit?** del vincolo negoziale e per la conseguente soggezione dello stesso al regime di cui agli artt. 1421 ss. c.c.; secondo altra opzione ermeneutica si realizzerebbe un effetto caducante automatico; infine, autorevole dottrina e recenti arresti giurisprudenziali affermano l?inefficacia del vincolo negoziale.

Il tempo non consente di affrontare la tematica ex professo: pare, pur nella complessit? del problema, di dover segnalare quelle pronunce che ritengono soluzione persuasiva, e sostanzialmente collimante con i principi a regime circa i poteri ordinamentali del TAR, quella indicata dal Consiglio di Stato, VI Sezione, 5 maggio 2003, n° 2332 e 30 maggio 2003, n° 2992 che hanno ricondotto la fattispecie allo schema della caducazione automatica, che comporta la necessaria ed immediata cessazione dell?efficacia del contratto ex tunc per il solo effetto dell?annullamento dell?aggiudicazione (senza bisogno, cio?, di pronunce costitutive), sulla base del rilievo della sussistenza di una connessione funzionale tra la sequenza procedimentale pubblicistica e la conseguente stipula del contratto: il che implica, in analogia alle fattispecie privatistiche del collegamento negoziale, la caducazione del negozio dipendente nel caso di annullamento di quello presupposto.

?

L?elevata turbolenza legislativa ed il continuo sopraggiungere di pronunce giurisprudenziali non sempre armoniche hanno tolto da tempo, a chi si interessa e scrive di diritto, quel senso di liberazione che pur si ? provato per lunghi decenni e che si avvertiva al momento di consegnare l?elaborato alla stampa.

Infatti ? stata pubblicata di recente la sentenza della Corte CE , Sez. I, 13/10/2005, C-458/03, in causa Parking Brixen c/ Gemeinde Brixen con la quale la Corte stessa:

??????? afferma la non assimilabilit? della concessione di servizi pubblici ai pubblici appalti;

??????? afferma quindi la non applicabilit? ai servizi pubblici della direttiva 18/6/1992, n° 95/50/CEE;

??????? **ribadisce che i principi di parit? di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza debbono essere interpretati nel senso che ostano a che un?autorit? pubblica attribuisca, senza**

svolgimento di gara pubblica, una concessione di pubblici servizi a una societ? per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale della detta autorit? pubblica.

Anche se la pronuncia ? stata resa su tema specifico e particolare di societ? il cui oggetto sociale era stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale doveva essere a breve obbligatoriamente aperto ad altri capitali ed il cui ambito territoriale di attivit? era stato ampliato a tutto il paese e all'estero, il cui Consiglio di Amministrazione possedeva amplissimi poteri di gestione esercitabili del tutto autonomamente, ? evidente l'ulteriore freno che la Comunit? Europea apporta agli affidamenti in house.

Giovanni Ranci

<https://www.diritto.it/servizi-pubblici-affidamento-in-house-ed-a-societa-miste-fra-normativa-nazionale-e-principi-comunitari-nascita-ed-evoluzione-delle-problematiche-esperienze-recenti/>