

## **Alla Provincia di Torino**

**e**

## **Alla SITAF S.p.A.**

**AG 27/13**

22 maggio 2013

**Oggetto** : richiesta di parere - società SITAF spa - ascrivibilità nel novero dei soggetti tenuti all'applicazione del d. lgs. n. 163/2006

In relazione all'istanza di parere in oggetto, si rappresenta che il Consiglio dell'Autorità, nella seduta del 22 maggio 2013, ha approvato le seguenti considerazioni.

Con nota acquisita al protocollo n. 23095, in data 28/2/2013, il Consigliere Provinciale Antonio Ferrentino (d'ora in poi anche l'istante) ha chiesto parere a questa Autorità in merito alla qualificazione della Società Italiana Traforo Autostradale del Frejus s.p.a. (SITAF) e, in particolare, alla sua ascrivibilità fra i soggetti tenuti all'applicazione della disciplina recata dal codice dei contratti pubblici, anche alla luce di quanto disposto dall'art. 2, comma 2, del d.l. n. 52/2012. Riferisce l'istante che detta Società, concessionaria dell'Autostrada A32 Torino - Bardonecchia e della parte italiana del Traforo del Frejus, è a prevalente capitale pubblico e detiene a sua volta partecipazioni in diverse società, controllate anche al 100%, cui vengono affidati lavori e servizi. Con nota acquisita al protocollo n. 24798 del 5/3/2013 la SITAF stessa, nel produrre un parere pro veritate, ha chiesto a propria volta all'Autorità un pronunciamento sulla questione, anche per quanto attiene al profilo delle condizioni e dei criteri per l'affidamento di lavori ricadenti nella quota disponibile a favore delle controllate, nonché quali siano le condizioni e i criteri per esperire l'affidamento di servizi e forniture. Infine, si chiede un pronunciamento sulla natura dei rapporti fra controllante e controllate e fra queste ultime ed eventuali terzi. Ritenuta la questione rilevante, è stato avviato il procedimento istruttorio con nota prot. n. 0030118, del 20 marzo 2013.

Per la definizione delle questioni sottoposte all'attenzione di questa Autorità è dirimente l'individuazione della qualificazione giuridica della SITAF, ovvero del ricorrere, nei confronti di detta Società, delle condizioni affinché la stessa possa o meno essere inclusa nel novero degli organismi di diritto pubblico, così come definito al comma 26, dell'art. 3, del codice.

In base alla richiamata disposizione, per organismo di diritto pubblico si intende qualsiasi organismo, anche in forma societaria: a) istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, b) dotato di personalità giuridica, c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. Detti requisiti sono cumulativi, nel senso che devono sussistere tutti e tre contemporaneamente.

La consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale definisce la nozione di organismo di diritto pubblico da un punto di vista funzionale, per cui, al fine di risolvere la questione della eventuale qualificazione di un soggetto di diritto privato come organismo di diritto pubblico, si deve verificare se l'ente interessato soddisfa contemporaneamente i citati requisiti, in quanto il carattere di diritto privato dell'ente non costituisce un criterio atto ad escludere la sua qualificazione quale amministrazione aggiudicatrice ai sensi della normativa comunitaria e nazionale.

Nel caso di specie, la presenza del secondo e del terzo requisito, personalità giuridica e controllo pubblico, non si pongono in discussione e la loro sussistenza è riconosciuta anche dalla società istante: SITAF ha natura di società per azioni e, a norma dell'art. 6 dello Statuto, almeno il 51% del capitale è riservato al settore pubblico - Anas (31,746%), città di Torino (10,6527%) e Provincia di Torino (8,6936%). Nel caso in esame ricorre, in capo al settore pubblico, sia il controllo della gestione della società, sia, ai sensi dell'art. 19 dello Statuto, la designazione della maggioranza dei componenti il Consiglio di Amministrazione.

Si deve, pertanto, verificare la sussistenza del requisito teleologico dell'essere istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, in quanto, come detto, l'organismo di diritto pubblico è tale se il soggetto interessato soddisfa contemporaneamente i predetti tre requisiti.

Per costante giurisprudenza, costituiscono bisogni generali aventi carattere non industriale o commerciale quei bisogni che, da un lato, sono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di beni o servizi sul mercato e al cui soddisfacimento, per motivi connessi all'interesse generale, l'amministrazione preferisce provvedere direttamente o mantenere una influenza determinante. Molti sono gli elementi che secondo gli insegnamenti della Corte di Giustizia occorre prendere in considerazione ai fini dell'esistenza o della mancanza del profilo negativo (non industriale o

commerciale) del requisito "esigenze di interesse generale": in particolare, l'eventuale ricerca di un profitto, la struttura del mercato di riferimento ed il suo eventuale assetto concorrenziale, l'assunzione di rischi collegati all'attività espletata. E' stato, altresì, chiarito che il carattere non industriale o commerciale non è escluso dal metodo imprenditoriale utilizzato nella gestione tendente a perseguire direttamente fini di lucro. In tal senso si è affermato che "Il perseguimento degli scopi di pubblico interesse non si pone in contraddizione con la veste formale di società per azioni dell'Autobrennero, atteso che ai fini dell'identificazione della sostanziale natura pubblica di un soggetto la forma societaria è neutra, non ponendosi il perseguimento di uno scopo pubblico in contraddizione con il fine sociale lucrativo, descritto dall'art. 2247 c.c." (TAR Trento, 12/10/2012, n. 305).

Volendo dunque sinteticamente enunciare gli elementi distintivi dell'organismo di diritto pubblico, questi sono costituiti dalla mancata esposizione alla concorrenza e dalla irrinunciabilità del servizio. L'Autorità, con parere sulla normativa del 29/7/2011, reso a fronte di un quesito posto dalla Società Autostrada Brescia Verona Vicenza - Padova S.p.A., ha statuito che "In modo costante, infatti, la giurisprudenza attribuisce questa qualifica alle società concessionarie autostradali a prevalente capitale pubblico (si vedano, per Società Autostrade, TAR Lazio, Roma, sez. III, sent. 09 marzo 2009, n. 2369; Cons. Stato, sez. IV, 13 marzo 2008, n. 1094; per Autovie Venete, Cons. Stato, sez. VI, sent. 7 giugno 2001, n. 3090; per ARCEA Lazio, AVCP, deliberazione 14 gennaio 2004, n. 1; per il Consorzio per le Autostrade Siciliane, Cons. Giust. Amm. Sic., sent. 19 ottobre 2005, n. 685). Da tale qualificazione discende, per il contratto che qui interessa come per tutta l'attività contrattuale della Concessionaria, la piena applicazione del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163."

Ed infatti, l'attività di progettazione, di costruzione e di gestione di autostrade è finalizzata ad un interesse generale in quanto rapportata ad esigenze qualitative dei livelli di servizio e di sicurezza, con la conseguenza che detta società, indipendentemente dalla sua organizzazione giuridica di società per azioni di diritto privato, ha finalità oggettivamente pubbliche e la sua attività, anche per essere esercitata in regime di concessione amministrativa, ha natura di attività amministrativa e non di attività di diritto privato (Cass. pen., Sez. VI, 20 maggio 1998, n. 8854).

Con riguardo al profilo di interesse in questa sede, la giurisprudenza ha ritenuto che un'attività industriale o commerciale svolta in stretta correlazione con un interesse pubblico perde la sua tradizionale connotazione giuridica ed economica per acquistare quella specifica dell'ordinamento comunitario, così che il carattere non industriale va individuato quando sussiste un collegamento ad un interesse che il legislatore ha inteso sottrarre dai mercati improntati esclusivamente da un'ordinaria attività imprenditoriale, industriale o commerciale (Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 2004, n. 2292).

Anche per quanto attiene alle argomentazioni formulate dalla SITAF spa in merito alla ripartizione degli utili fra gli azionisti, da considerarsi, a suo giudizio, elemento escludente la qualifica di organismo di diritto pubblico, la Corte di Giustizia ha chiaramente contraddetto l'argomentazione volta a negare qualifica di organismo di diritto pubblico nei confronti di una società che svolge le sue attività per uno scopo lucrativo, ritenendo che "è sufficiente rilevare che, anche ammesso che le attività della SIEPSA procurino utili, appare escluso considerare che il perseguimento di tali utili costituisce di per sé il primo scopo di questa società." (sentenza 16/10/2003, in C-283/00, punto 88; cfr. anche C-393/06, sentenza 10/04/2008).

Ebbene, si deve evidenziare che, giusto il disposto dell'art. 21 dello Statuto, SITAF spa è concessionaria della costruzione e della gestione, per la parte ricadente in territorio italiano, del Traforo Autostradale del Frejus, ai sensi della Convenzione internazionale Italo - francese, ratificata con legge 18/12/1972, n. 878; risponde quindi, innanzitutto, al superiore interesse della realizzazione di un impegno assunto dal Governo italiano.

SITAF spa è, altresì, affidataria della progettazione, costruzione ed esercizio dell'Autostrada A32 Torino - Bardonecchia, nonché di ulteriori interventi assentiti in concessione, così come descritti all'art. 2, della Convenzione Unica 22/12/2009 ANAS/SITAF.

Anche in relazione a detti interventi, assentiti in concessione, non si ritiene ricorrano le condizioni atte a qualificare il carattere commerciale di SITAF spa, tenuto conto che, come rilevato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, le diverse tratte autostradali sono caratterizzate da condizioni di monopolio naturale, ovvero non sono generalmente sostituibili per l'automobilista e dunque non sono in concorrenza tra loro (AS 455, del 4/7/2008).

Pertanto, in riferimento alla natura giuridica del soggetto di che trattasi, non si ritiene di doversi discostare dalle posizioni interpretative sopra riportate, di modo che sembra potersi attribuire a SITAF s.p.a. la qualifica di organismo di diritto pubblico.

Da ciò discende che per l'affidamento e l'esecuzione degli appalti pubblici di lavori, in relazione a quei lavori che sono eseguiti da terzi, SITAF spa non potrà rivolgersi a imprese collegate, ma dovrà agire, alla stregua di un'amministrazione aggiudicatrice, nel rispetto della disciplina normativa e regolamentare sugli appalti pubblici, ai sensi dell'art. 148, del codice dei contratti pubblici, in base al quale "il concessionario che è un'amministrazione aggiudicatrice è tenuto a rispettare le disposizioni dettate dal presente codice per l'affidamento e l'esecuzione degli appalti pubblici di lavori, in relazione ai lavori che sono eseguiti da terzi."

Si fa presente che l'insufficiente livello competitivo del mercato delle concessioni, anche di quelle

autostradali, è stato esaminato da questa Autorità congiuntamente con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AS366, del 28/3/2006) con una segnalazione, ove è stata rilevata la sussistenza di alcune distorsioni della concorrenza derivanti dalle modalità adottate per l'affidamento dei lavori pubblici nelle concessioni, soprattutto per quanto riguarda gli affidamenti a imprese controllate.

La mancata applicazione, da parte di SITAF spa, dell'art. 148, del codice, rappresenterebbe dunque una violazione dell'obbligo che ricade in capo ad un'amministrazione aggiudicatrice di far ricorso a procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento di lavori, con conseguente restrizione della concorrenza sui mercati interessati della progettazione e della realizzazione di opere pubbliche. Essendo una amministrazione aggiudicatrice, SITAF spa è, altresì, tenuta all'applicazione del codice anche per l'affidamento degli appalti di servizi e forniture, siano essi di importo superiore o inferiore alla soglia di importo comunitario.

Lorenza Ponzone