

IN HOUSE: TUTTI I SOCI DEVONO POTER ESERCITARE UN CONTROLLO APPREZZABILE E PROPORZIONATO SULLA SOCIETÀ

Nota del dott. Michele Cozzio*

* * *



Conclusioni dell'Avv. generale Pedro Cruz Villalón, Corte di Giustizia UE, 19 luglio 2012, cause C-182/11 e C183/11, Econord SpA vs. Comune di Varese

Conclusioni proposte dall'Avv. generale. "Ai fini dell'eccezione in house, è in linea di principio irrilevante che la posizione di un ente pubblico nel capitale della società strumentale cui si intende affidare un servizio sia minoritaria o maggioritaria. Per contro, non può parlarsi di un "principio di irrilevanza" della posizione di detto ente pubblico nel controllo effettivo della società strumentale.

In particolare, il ricorso all'eccezione in house non è possibile in una fattispecie in cui, da un lato, ciascuno degli enti affidanti in questione sia titolare di un'unica azione della società strumentale e, dall'altro, i patti parasociali intercorsi fra enti pubblici non conferiscano al Comune partecipante un controllo apprezzabile e proporzionato sulla società strumentale, circostanze queste che devono essere definitivamente acclarate dal giudice nazionale".

* * *

1. Le conclusioni presentate alla Corte di Giustizia lo scorso 19 luglio dall'Avvocato generale Pedro Villalón obbligheranno, se confermate dai giudici nei prossimi mesi¹, a ridefinire gli assetti di numerose

* Estratto dell'articolo del 6 novembre 2012 pubblicato nella rubrica *Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici, i Servizi e la Concorrenza* della rivista *Informator - Rivista giuridico amministrativa per il Trentino Alto Adige - Zeitschrift fur Trentino-Sudtirol uber Recht und Verwaltung*, EDK editore, 4, 2012.

¹ Si segnala che con sentenza del 29 novembre 2012 la Corte di Giustizia UE ha confermato le conclusioni dell'Avvocato generale qui in commento. Il testo della pronuncia è disponibile all'indirizzo web <http://www.osservatorioappalti.unitn.it/content.jsp?id=26>.

società italiane che erogano servizi utilizzando lo schema dell'*in house*. Detto schema, come noto, permette alle amministrazioni pubbliche l'affidamento senza gara di contratti pubblici (appalti e concessioni) specie nel settore dei servizi. Ciò è possibile quando:

- (1) l'ente appaltatore esercita sul soggetto affidatario (cd. società in house) un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e
- (2) tale soggetto affidatario realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che lo controllano.

Occorre ricordare, anzitutto, che il requisito del *controllo analogo* nel caso di società pubbliche con pluralità di soci è già stato oggetto negli anni passati di varie pronunce giurisprudenziali della Corte². La Corte ha sempre proceduto ad un esame caso per caso della posizione degli enti negli organi di gestione della società in house, per stabilire se e come il *controllo analogo* sulla società fosse esercitato anche congiuntamente da una pluralità di soci.

Ne è derivata una perimetrazione dell'istituto giuridico, che, per quanto utile e apprezzabile, risente inevitabilmente dell'assenza di interventi normativi di sistema.

È questo, in effetti, uno dei principali limiti imposti dalle regole di origine giurisprudenziale, vale a dire l'essere stabilite caso per caso, con lo scopo principale di risolvere questioni specifiche. In tal senso la funzionalità e l'occasionalità degli *arrêts* giurisprudenziali, specie

² Si ricordano, fra le più recenti, la sentenza della Corte di Giustizia del 13 novembre 2008, causa C-324/07, Sez. Terza, con breve commento proposto nella presente Rubrica su *Informator*, 1, 2009 (*Affidamenti in house: la Corte precisa il contenuto del controllo analogo nel caso di società pubbliche con pluralità di soci*) e la sentenza del 17 luglio 2008, causa C-371/05, Sez. Seconda, in *Informator*, 4, 2008 (*Affidamenti in house: la corte torna sui propri passi e attenua i requisiti di ammissibilità dell'in house. Da rivedere alcuni orientamenti del giudice nazionale*). Cfr. anche CORNELLA S., *L'in house providing nel dialogo fra Corte di Giustizia e giudici nazionali*, in BENACCHIO G.A., COZZIO M. (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, cit.

comunitari, evidenzia i limiti di un siffatto percorso di creazione delle regole³.

Detti limiti, che si traducono infine in minor certezza sulla regola applicabile, sono rimarcati in questo procedimento dal giudice nazionale, che, nel sollevare la questione davanti alla Corte, sembra invitare i giudici europei ad andare oltre valutazioni casistiche “*con l’obiettivo*” (sottolinea l’Avvocato generale) “*di fissare una serie di criteri oggettivi che permettano di stabilire quale capacità di influenza sulla conduzione della società strumentale deve richiedersi all’ente pubblico perché si possa far uso dell’eccezione in house*” (pt. 3).

L’esigenza, in altri termini, è quella di definire con maggior precisione i parametri delineati dalla Corte per evitare di attribuire ad essi significati diversi da quelli ad essi realmente assegnati.

Nel caso *Coditel* (C-324/07), ad esempio, la Corte ha stabilito che il requisito del *controllo analogo* è garantito anche a fronte di una pluralità di soci – amministrazioni pubbliche, indipendentemente dall’entità della partecipazione al capitale sociale, purché tutti abbiano la possibilità di incidere sugli indirizzi e le direttive della società, anche attraverso deliberazioni adottate a maggioranza. Per questa via in sede nazionale si è giunti al riconoscimento di un “*presunto principio di irrilevanza della situazione del singolo ente pubblico partecipante alla società strumentale*”. Ora questa interpretazione, secondo Villalòn, non è pienamente conforme al diritto europeo e con essa si fa dire alla Corte molto più di quanto realmente voleva affermare.

³ Sul tema cfr. COZZIO M., *Il ruolo creativo della giurisprudenza nella disciplina degli appalti pubblici*, in BENACCHIO G.A., COZZIO M. (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Egea, Milano, 2012.

Altra considerazione dell'Avvocato generale è diretta a precisare che nella causa in esame ai giudici europei è chiesta una valutazione sulla prima delle due precondizioni (*controllo analogo*) che legittimano l'affidamento in house. La questione posta dal Consiglio di Stato italiano, in altri termini, è essenzialmente diretta a stabilire in quali circostanze si possa ritenere che gli enti pubblici titolari di una partecipazione minoritaria o, addirittura, di minima entità nel capitale di una società strumentale, arrivano ad esercitare su quest'ultima un controllo analogo a quello da essi esercitato sui propri servizi. Anzi, più concretamente, se tale presupposto (*controllo analogo*) risulti soddisfatto in una fattispecie, come quella in discussione, nella quale "i patti parasociali intercorsi fra enti pubblici non sono idonei a garantire alcun controllo effettivo della società al Comune partecipante".

2. La fattispecie esaminata dall'Avvocato Villalòn riguarda una società di capitali costituita dal Comune di Varese per la gestione del servizio di igiene urbana. Alla società aderiscono successivamente 36 Comuni della provincia di Varese mediante l'acquisto di partecipazioni individuali per complessive 318 azioni, contro le oltre 170mila detenute dal Comune di Varese.

V'è dunque una pluralità di enti pubblici che si serve della società strumentale creata da un altro ente pubblico. Quest'ultimo però conserva un 'peso' incomparabilmente maggiore rispetto ai restanti enti pubblici partecipanti e mantiene una capacità decisionale egemonica all'interno della società.

In seguito alcuni dei Comuni-soci, in forza delle rispettive partecipazioni, affidano alla società l'appalto del servizio di igiene urbana sul proprio territorio senza predisporre alcuna gara, ritenendo sussistenti i presupposti per l'*in house*.

L'affidamento, però, è stato contestato. Secondo i ricorrenti, infatti, non sussisterebbero i requisiti dell'*in house*: posto che i soci, in quanto titolari di partecipazioni di minima entità nel capitale sociale e privi di strumenti statutari e parasociali in grado di attribuire capacità di governo sulla società, non potrebbero esercitare su di essa alcun controllo analogo.

Nelle proprie conclusioni Villalòn evidenzia come non sia rilevante la circostanza che i Comuni-soci abbiano partecipazioni minoritarie al capitale della società, quanto il fatto che *“le facoltà di controllo loro concesse sembrerebbero, anche se esercitate in forma congiunta, insufficienti per determinare un’influenza qualificabile come determinante nell’adozione delle decisioni e nella fissazione degli obiettivi della società”*. In altri termini la partecipazione societaria risulterebbe solo la *“veste formale di un contratto di prestazione di servizi”* il cui affidamento necessiterebbe del previo espletamento di una gara pubblica.