

## La Corte di Giustizia europea e l'indispensabilità del controllo analogo congiunto

*Bruno Di Giacomo Russo*

**CORTE GIUSTIZIA EUROPEA**, sez. III, 29 novembre 2012, nn. C-182/11 e 183/11

*Pres. Fac. Funz.* R. Silva de Lapuerta; *Rel.* E. Juhász, K. Lenaerts, T. von Danwitz e D. Šváby, *Canc.* A. Calot Escobar.

**Contratti della p.a. - Affidamenti *in house* - Pluralità di autorità pubbliche come amministrazioni aggiudicatrici - Controllo analogo su entità incaricata di adempiere ai servizi pubblici - Requisito da soddisfare congiuntamente - Necessità.**

*Quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un'entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un'autorità pubblica aderisce ad un'entità siffatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo cui tali autorità, per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità alle norme del diritto dell'Unione, debbono esercitare congiuntamente sull'entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta. (1)*

### DIRITTO

#### *Omissis*

Fatti all'origine della controversia e questione pregiudiziale.

9. Risulta dal fascicolo sottoposto alla Corte che il Comune di Varese, al fine di gestire servizi pubblici nel suo territorio, segnatamente quello di igiene urbana, ha costituito la ASPEM, quale prestatore di servizi «*in house*». All'epoca dei fatti, il Comune di Varese deteneva la quasi totalità del capitale di tale società, ciò che gli garantiva il controllo di quest'ultima.

10. Mediante una serie di deliberazioni adottate nel corso dell'anno 2005, il Comune di Cagno e il Comune di Solbiate hanno scelto quale forma preferenziale di gestione del servizio di igiene urbana, e più in particolare del servizio di eliminazione dei rifiuti solidi urbani, quella della gestione coordinata con altri comuni ai sensi degli articoli 30 e 113, quinto comma, lettera c), del decreto legislativo n. 267/2000 e, a questo

scopo, hanno approvato la conclusione di una convenzione con il Comune di Varese per l'affidamento, a titolo oneroso, dei loro servizi di igiene urbana alla ASPEM, aderendo a tale società in qualità di azionisti pubblici, mediante la partecipazione al capitale sociale attuata attraverso l'acquisizione, da parte dei suddetti comuni, di un'azione ciascuno.

11. Risulta dal fascicolo presentato alla Corte che il capitale sociale della ASPEM ammonta ad euro 173.785, rappresentato da altrettante azioni del valore nominale di euro 1 ciascuna. Il Comune di Varese detiene la maggioranza del capitale in virtù del possesso di 173.467 azioni. Le restanti 318 azioni sono suddivise tra 36 comuni della provincia di Varese, con partecipazioni individuali che variano da 1 a 19 azioni.

12. Parallelamente all'acquisizione di tale partecipazione, il Comune di Cagno e il Comune di Solbiate hanno proceduto, insieme con altri comuni interessati, alla sottoscrizione di un patto parasociale tra azionisti, il quale prevedeva il loro diritto di essere consultati, di nominare un membro del collegio sindacale e di designare, in accordo con gli altri comuni partecipanti al patto di sindacato, un consigliere di amministrazione.

13. In tale contesto, i due comuni suddetti hanno ritenuto che esistessero i presupposti per un affidamento «*in house*» del servizio di interesse pubblico in questione, dal momento che la ASPEM era controllata congiuntamente da vari enti locali. Essi hanno pertanto affidato direttamente tale appalto alla ASPEM. La Econord SpA ha contestato tale affidamento diretto, facendo valere che, nella fattispecie, il controllo dei due comuni sulla ASPEM non era garantito e che, di conseguenza, l'attribuzione dell'appalto avrebbe dovuto essere effettuata in conformità alle norme del diritto dell'Unione.

14. Il Consiglio di Stato rileva che la sentenza del 18 novembre 1999, Teckal (C-107/98, Racc. I-8121), ha costituito il punto di partenza della successiva elaborazione giurisprudenziale volta a precisare i presupposti che giustificano l'affidamento diretto di un appalto pubblico. A mente del punto 50 di tale sentenza, l'attribuzione diretta di un appalto è giustificata - anche se effettuata a favore di un soggetto formalmente e giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice - nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sul soggetto in questione un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e tale soggetto realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano. Infatti, in un simile caso, non può ritenersi che il soggetto in questione rivesta la qualità di terzo rispetto all'amministrazione aggiudicatrice. Il Consiglio di Stato sottolinea che, nei procedimenti principali, delle due condizioni cumulative enunciate al punto 50 della citata sentenza Teckal, a venire in discussione è soltanto quella relativa all'esercizio di un «controllo analogo».

15. Il Consiglio di Stato rileva che, nella sentenza del 13 ottobre 2005, Parking Brixen (C-458/03, Racc. I-8585), la Corte ha stabilito delle condizioni assai restrittive per il riconoscimento dell'esistenza di un «controllo analogo» ed ha enucleato al riguardo un numero rilevante di indicatori concreti.

16. Tuttavia, nelle successive sentenze del 19 aprile 2007, Asemfo (C-295/05, Racc. I-2999); del 17 luglio 2008, Commissione/Italia (C-371/05), e del 13 novembre 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Racc. I-8457), la Corte avrebbe mostrato maggiori aperture e mitigato le condizioni che devono essere soddisfatte per arrivare a ritenere sussistente l'esercizio di un «controllo analogo». Il Consiglio di Stato ricava più in particolare da quest'ultima sentenza la conclusione secondo cui è lecito ritenere sussistente una società «*in house*» in caso di controllo congiunto esercitato su quest'ultima da più enti pubblici e secondo cui è irrilevante la situazione individuale di ciascuno di tali enti pubblici per quanto riguarda il controllo esercitato sulla società suddetta.

17. Il giudice del rinvio fa osservare che, nel caso di specie, il Comune di Varese esercita il pieno controllo sulla ASPEM, mentre ciò non vale per il Comune di Cagno



ed il Comune di Solbiate. Infatti, l'acquisizione di una sola azione ed un patto parasociale singolarmente debole non darebbero luogo ad alcun controllo congiunto effettivo sulla società in questione, poiché i due comuni ultimi citati non potrebbero influire sulle decisioni della ASPEM, e gli elementi di cui sopra non varrebbero a soddisfare il criterio del «controllo analogo». Tuttavia, alla luce della citata sentenza Coditel Brabant, la situazione di ciascuno degli enti pubblici partecipanti singolarmente considerati, per quanto riguarda l'esercizio del controllo, sarebbe irrilevante.

18. Alla luce di tali considerazioni, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se il principio di irrilevanza della situazione del singolo ente pubblico partecipante alla società strumentale debba applicarsi anche nel caso in cui, come nella fattispecie, uno dei Comuni associati possieda una sola azione della società strumentale ed i patti parasociali intercorsi fra enti pubblici non siano idonei a dare alcun controllo effettivo della società al Comune partecipante, sicché la partecipazione societaria possa considerarsi solo la veste formale di un contratto di prestazione di servizi».

Sulla questione pregiudiziale.

Osservazioni preliminari.

19. Il Comune di Cagno e il Comune di Solbiate fanno valere che, successivamente ai fatti all'origine delle presenti domande di pronuncia pregiudiziale, essi hanno avviato procedure di gara aperte, all'esito delle quali l'appalto in questione è stato aggiudicato a titolo definitivo alla ASPEM. Tale sviluppo successivo influirebbe sull'utilità di una risposta della Corte alla questione sollevata dal giudice del rinvio.

20. Il governo italiano sostiene che la questione pregiudiziale è irricevibile per mancanza di una descrizione sufficiente del contesto di fatto e di diritto dei procedimenti principali.

21. A questo proposito occorre ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, nell'ambito di un procedimento ex articolo 267 TFUE, basato sulla netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, l'accertamento e la valutazione dei fatti costituenti l'oggetto della controversia principale, nonché l'interpretazione e l'applicazione del diritto nazionale, rientrano nella competenza esclusiva del giudice nazionale. Parimenti, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze del caso, sia la necessità sia la rilevanza delle questioni che esso sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate vertono sull'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire (sentenza del 25 ottobre 2012, Rintisch, C-553/11, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 15 e la giurisprudenza ivi citata).

22. Pertanto, il rigetto, da parte della Corte, di una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da un giudice nazionale è possibile soltanto qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale, qualora il problema sia di natura ipotetica, o anche quando la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte (sentenza Rintisch, cit., punto 16 e la giurisprudenza ivi citata).

23. Orbene, tali ipotesi non si realizzano nel caso di specie. Infatti, il giudice del rinvio invita la Corte a chiarire la propria giurisprudenza in merito al controllo esercitato congiuntamente da più amministrazioni aggiudicatrici su un'entità affidataria posseduta in comune da queste ultime, nonché in ordine ai presupposti in presenza dei quali deve ritenersi che, in un caso siffatto, venga esercitato un «controllo analogo», questione che è innegabilmente in rapporto con l'oggetto dei procedimenti principali. Inoltre, la

Corte reputa che i dati normativi e fattuali contenuti nella presente domanda siano sufficienti affinché essa sia in grado di rispondere utilmente al quesito sollevato.

24. Ne consegue che le domande di pronuncia pregiudiziale sono ricevibili.

Nel merito

25. Secondo una giurisprudenza consolidata, un'amministrazione aggiudicatrice, come ad esempio un ente locale, è dispensata dall'avviare una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico nel caso in cui essa eserciti sull'entità affidataria un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano (sentenza Teckal, cit., punto 50). È pacifico che questa giurisprudenza, inizialmente adottata ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione della direttiva 93/36/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (G.U. L 199, pag. 1), è altresì applicabile alle procedure di attribuzione degli appalti pubblici di lavori e di servizi.

26. Occorre altresì rilevare che, ai sensi della giurisprudenza della Corte, la questione se si tratti di una concessione di servizi o di un appalto pubblico di servizi - e, in quest'ultimo caso, se il valore dell'appalto raggiunga la soglia prevista dalle norme dell'Unione - è priva di rilevanza ai fini della risposta che la Corte deve dare alla questione pregiudiziale, dal momento che l'eccezione all'applicazione delle norme del diritto dell'Unione, ove siano soddisfatte le condizioni attinenti all'esercizio di un «controllo analogo», è applicabile in tutte le situazioni suddette (v., in tal senso, sentenza del 10 settembre 2009, Sea, C-573/07, Racc. pag. I-8127, punti 31-40).

27. Secondo una costante giurisprudenza, sussiste un «controllo analogo» quando l'entità di cui trattasi è assoggettata a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzare le decisioni dell'entità medesima. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di tale entità (citate sentenze Parking Brixen, punto 65; Coditel Brabant, punto 28, e Sea, punto 65). In altri termini, l'amministrazione aggiudicatrice deve essere in grado di esercitare su tale entità un controllo strutturale e funzionale (sentenza Commissione/Italia, cit., punto 26). La Corte esige altresì che tale controllo sia effettivo (sentenza Coditel Brabant, cit., punto 46).

28. Ai sensi della giurisprudenza, nel caso in cui venga fatto ricorso ad un'entità posseduta in comune da più autorità pubbliche, il «controllo analogo» può essere esercitato congiuntamente da tali autorità, senza che sia indispensabile che detto controllo venga esercitato individualmente da ciascuna di esse (v., in tal senso, citate sentenze Coditel Brabant, punti 47 e 50, nonché Sea, punto 59).

29. Da ciò consegue che, se un'autorità pubblica diventa socia di minoranza di una società per azioni a capitale interamente pubblico al fine di attribuirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità pubbliche associate nell'ambito di tale società esercitano su quest'ultima può essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, qualora esso venga esercitato congiuntamente dalle autorità suddette (sentenza Sea, cit., punto 63).

30. Date tali premesse, non vi è dubbio che, ove più autorità pubbliche facciano ricorso ad un'entità comune ai fini dell'adempimento di un compito comune di servizio pubblico, non è indispensabile che ciascuna di esse detenga da sola un potere di controllo individuale su tale entità; ciononostante, il controllo esercitato su quest'ultima non può fondarsi soltanto sul potere di controllo dell'autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale dell'entità in questione, e ciò perché, in caso contrario, verrebbe svuotata di significato la nozione stessa di controllo congiunto.

31. Infatti, l'eventualità che un'amministrazione aggiudicatrice abbia, nell'ambito di

un'entità affidataria posseduta in comune, una posizione inidonea a garantirle la benché minima possibilità di partecipare al controllo di tale entità aprirebbe la strada ad un'elusione dell'applicazione delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o di concessioni di servizi, dal momento che una presenza puramente formale nella compagine di tale entità o in un organo comune incaricato della direzione della stessa dispenserebbe detta amministrazione aggiudicatrice dall'obbligo di avviare una procedura di gara d'appalto secondo le norme dell'Unione, nonostante essa non prenda parte in alcun modo all'esercizio del «controllo analogo» sull'entità in questione (v., in tal senso, sentenza del 21 luglio 2005, Coname, C-231/03, Racc. I-7287, punto 24).

32. Ne consegue che, nei procedimenti principali, spetta al giudice del rinvio verificare se la sottoscrizione, da parte del Comune di Cagno e del Comune di Solbiate, di un patto parasociale che conferisce loro il diritto di essere consultati, di nominare un membro del collegio sindacale e di designare un consigliere di amministrazione in accordo con gli altri enti interessati dal patto suddetto sia idonea a consentire a tali comuni di contribuire effettivamente al controllo della ASPEM.

33. Alla luce delle considerazioni sopra svolte, occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che, quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un'entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un'autorità pubblica aderisce ad un'entità siffatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte, secondo cui tali autorità, per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità alle norme del diritto dell'Unione, debbono esercitare congiuntamente sull'entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta.

Sulle spese.

34. Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

Quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un'entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un'autorità pubblica aderisce ad un'entità siffatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo cui tali autorità, per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità alle norme del diritto dell'Unione, debbono esercitare congiuntamente sull'entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta.

## Commento

1. Il presente commento si occupa della sentenza 29 novembre 2012 della Corte di Giustizia europea, sez. III, che appare - come spesso accade - di particolare interesse per i riflessi sul nostro ordinamento.

In materia di affidamento, la letteratura più recente è sempre molta attenta ai risvolti più interni delle problematiche connesse all'af-

fidamento *in house* <sup>(1)</sup>, come del resto anche la giurisprudenza amministrativa, a cui si deve riconoscere un significativo contributo all'ammodernamento, o meglio all'adeguamento della disciplina dell'affidamento diretto al diritto e alla giurisprudenza europea <sup>(2)</sup>.

La Corte di Giustizia europea, sez. III, con la sentenza 29 novembre 2012, si pronuncia ancora sulle condizioni necessarie per ritenere legittimo l'affidamento diretto, da parte di due o più enti locali, di un appalto di servizi ad una società mista, senza l'attivazione di una procedura di aggiudicazione.

Il fatto, oggetto della pronuncia, riguarda il caso di due comuni, i quali acquistano un'azione ciascuno di una società pubblica, operante nel settore della gestione dei rifiuti urbani, e partecipata per la quasi totalità da un altro comune.

I due nuovi comuni azionisti procedono, insieme con altri comuni interessati, alla sottoscrizione di un patto parasociale, il quale prevede il loro diritto di essere consultati per la nomina di un componente del collegio sindacale e per la designazione, in accordo con gli altri comuni partecipanti al patto, di un consigliere di amministrazione. Pertanto, in tale contesto, i due comuni ritengono che esistano i presupposti per l'affidamento diretto del servizio di interesse pubblico in questione, dal momento che la società è controllata da loro *congiuntamente*.

Diversamente, un soggetto concorrente, operatore nel settore della gestione dei rifiuti urbani, contesta la sussistenza dei presupposti per procedere all'affidamento diretto e propone ricorso straordinario al Presidente della Repubblica <sup>(3)</sup>.

In tale procedimento il Consiglio di Stato, chiamato ad esprimere il proprio parere, dubita che, nel caso di specie, l'acquisizione di una sola azione e la sottoscrizione di un patto parasociale di tale modesta so-

.....

(1) Cfr., tra i tanti, C. DE VINCENTI e A. VIGNERI, *Il punto sui servizi pubblici a rilevanza economica*, in *www.astrid-online.it*, aprile 2012; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2011; B. HARALD e M. CASSANO, *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica: percorsi e disciplina generale*, Torino, 2011; S. STAIANO, *I servizi locali nel decreto legge 138 del 2011. Esigenze di stabile regolazione e conflitto ideologico immaginario*, in *www.federalismi.it*, n. 16, 24.8.2011.

(2) Cfr., Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2012, n. 2531; Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2011, n. 3688; Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7533; Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2010, n. 3358; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 6 maggio 2010, n. 6406; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 29 gennaio 2010, n. 372; Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. V, 7 novembre 2008; Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2008, n. 156.

(3) In tal senso, Cons. Stato, sez. V, 25 novembre 2010, n. 8231, in cui si afferma che le imprese operanti in un determinato settore sono legittimate ad impugnare la delibera di affidamento di un servizio a trattativa privata ovvero le determinazioni che riguardano le modalità di conferimento e di svolgimento del servizio, e ciò anche al fine di soddisfare l'interesse strumentale all'indizione o alla ripetizione di una procedura di gara al fine di spendere, in seno alla medesima, le proprie *chance* competitive.

stanza possa comportare un *controllo congiunto effettivo* sulla società pubblica e, di conseguenza, possa soddisfare completamente il criterio del controllo analogo.

2. Con tale sentenza, la Corte di Giustizia si occupa della problematica dell'*in house providing*, ossia del fenomeno dell'autoproduzione di beni e servizi, che si configura come un modello eccezionale in quanto integra una deroga ai principi fondamentali comunitari in materia di esternalizzazione, il c.d. *outsourcing*, e di ricorso al mercato.

Già nel 1998, la Commissione europea chiarisce, con un documento interpretativo, i contenuti degli appalti *in house*, intesi come quelli aggiudicati all'interno dell'*amministrazione pubblica, ad esempio tra amministrazione statale e locale o, ancora, tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata* <sup>(4)</sup>.

L'istituto dell'affidamento diretto trova, tuttavia, vera origine nella nota sentenza *Teckal* della Corte di Giustizia Europea del 18 novembre 1999, causa C-187/98, in cui vengono, per la prima volta, individuate le sue caratteristiche fondamentali, inseguito affinate dalla stessa Corte.

In sintesi, secondo la Corte di Giustizia, le condizioni perché un'amministrazione aggiudicatrice possa ricorrere legittimamente all'affidamento diretto, prescindendo dall'espletamento di procedure concorsuali, sono: l'esercizio sull'entità affidataria di un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi e lo svolgimento da parte dell'affidataria della porzione più importante della propria attività con l'amministrazione o le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano.

L'affidamento *in house* è un modello pienamente conforme al diritto comunitario, ed è proprio il controllo analogo l'elemento di identificazione, tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società affidataria, che rende compatibile con le regole comunitarie di tutela della concorrenza l'affidamento diretto senza l'adozione delle procedure ad evidenza pubblica.

Così come affermato dalla Corte di Giustizia <sup>(5)</sup>, deve ritenersi che i requisiti dell'*in house providing*, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, devono essere interpretati restrittivamente, poiché la necessità di tutelare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, imparzialità e buon andamento impone il generalizzato ricorso alle procedure aperte o ristrette e la procedura negoziata.

L'*in house providing* non costituisce un principio generale del diritto comunitario, prevalente sulla normativa interna, ma è un principio

(4) Cfr., Comunicazione COM (98) 143, 11 marzo 1998, punto 2.1.3, 11, nota 10.

(5) Corte Giust., 6 aprile 2006, C-410/04.

derogatorio che consente, e non obbliga, i legislatori nazionali a prevedere tale forma di affidamento.

La disciplina comunitaria è preordinata ad evitare che gli Stati membri possano operare nel settore degli appalti pubblici in modo da favorire le imprese nazionali, discriminando in questo modo quelle degli altri Paesi. Nel diritto interno, la concorrenza è preordinata a garantire un miglior livello qualitativo e quantitativo dei servizi pubblici nell'interesse degli utenti finali <sup>(6)</sup>.

Nelle ipotesi in cui l'istituzione della società abbia come conseguenza quella di togliere mercato ai privati, la relativa disciplina deve essere attentamente vagliata alla luce della normativa comunitaria e nazionale, per impedire che la costituzione di società diventi un espediente utilizzato dagli enti pubblici per sottrarsi alle regole del confronto concorrenziale.

3. L'elemento essenziale e imprescindibile, per la sussistenza dei presupposti dell'*in house*, è la realizzazione e concretizzazione del controllo analogo.

In maniera significativa, il T.A.R. Sardegna, sez. I, con la sentenza 21 dicembre 2007, n. 2407, conferma che, ai fini della legittimità dell'affidamento diretto di un servizio pubblico locale ad una società appositamente costituita, la partecipazione pubblica totalitaria è elemento necessario ma non sufficiente ad integrare il requisito del controllo analogo <sup>(7)</sup>.

Il rapporto di controllo analogo è perfezionato allorché tra amministrazione aggiudicatrice e società aggiudicataria sussista un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario <sup>(8)</sup>.

L'amministrazione deve esercitare sulla società controllata un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del

(6) Con la sentenza n. 272/2004, la Corte costituzionale, a proposito dell'art. 113, c. 7, d.lgs. n. 267/2000, afferma che la tutela della concorrenza non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di regolazione e ripristino di un equilibrio, ma anche in quell'accezione dinamica, nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali.

(7) Cfr., Corte Giust., 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*; e 11/5/2006, C-340/04; e Cons. Stato, sez. V, 1 giugno 2007, n. 2932; e 30 agosto 2006, n. 5072, che esclude il controllo analogo in presenza della sola previsione statutaria della cedibilità delle quote a privati.

(8) Cfr., Corte Giust., 18 novembre 1999, C-107/98; 6 aprile 2006, C-410/04, e 11 maggio 2006, C-340/04, e Cons. Stato, sez. V, ord. 22 aprile 2004, n. 2316; sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168; sez. V, 3 aprile 2007, n. 1514; e C.G.A., 4 settembre 2007, n. 719. Il T.A.R. Campania, sez. I, n. 2784/2005, afferma: "il soggetto gestore deve sostanzialmente essere configurato come una sorta di *longa manus dell'affidante, pur conservando natura distinta e autonoma rispetto all'apparato organizzativo dell'ente*"; e analogamente si sono espressi il T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634, e il T.A.R. Sardegna, 2 agosto 2005, n. 1729, i quali affermano che può ritenersi raggiunto l'obiettivo di consentire il controllo qualora esista una forma penetrante di controllo, che investe non solo gli atti di gestione straordinaria, ma anche, in parte rilevante, la gestione ordinaria e gli organi stessi della società.

soggetto partecipato, che non possiede alcuna autonomia decisionale in relazione agli atti di gestione e che, in concreto, costituisce parte della stessa amministrazione, con la quale deve trovarsi in una condizione di dipendenza finanziaria ed organizzativa. L'ente pubblico detentore del capitale deve poter esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società, in modo tale che siano sottoposti al vaglio preventivo dell'ente affidante<sup>(9)</sup>.

Il controllo analogo sulla società affidataria del servizio può ritenersi garantito dalla previsione espressa, nell'atto costitutivo e nello statuto della società, di stringenti poteri di controllo finanziario e gestionale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

In giurisprudenza emerge che il controllo deve riguardare le attività fondamentali e di straordinaria amministrazione, il perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico assegnati, nonché gli organi della società. Per il Cons. Stato, sez. V, n. 7345/2005, l'ente pubblico, sia mediante la nomina degli organi, sia mediante l'approvazione di opportune deliberazioni, è in condizione di svolgere ogni tipo di verifica, in modo da terminare la sostanziale identificazione tra il soggetto societario agente e l'ente pubblico controllore.

Il Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5, afferma che non è possibile l'affidamento diretto nel caso in cui lo statuto sia quello di una normale società per azioni, nella quale i poteri appartengono agli organi sociali, e non sia previsto nessun raccordo tra gli enti pubblici territoriali e la costituzione degli organi sociali. E, ancora, secondo il Cons. di Stato, sez. VI, 3 marzo 2007, n. 1514, sono necessari maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente pubblico rispetto a quelli previsti dal diritto civile: il consiglio di amministrazione della s.p.a. *in house* non deve avere rilevanti poteri gestionali, e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale; l'impresa non deve aver *"acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo"* dell'ente pubblico e che può risultare, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale, dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali, dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta il territorio nazionale e all'estero<sup>(10)</sup>; e, infine, le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante.

(9) Così, Corte Giust., 21 luglio 2005, C-231/03; e Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5.

(10) Cfr., Corte Giust., 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*; e 10 novembre 2005, C-29/04, *Mödling*.

Il CGA, sez. giurisd., 4 settembre 2007, n. 719, aggiunge, rispetto alla consolidata giurisprudenza, la necessità del controllo del bilancio; il controllo sulla qualità dell'amministrazione; la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti, sino a giungere al potere del controllante di visitare i luoghi di produzione; e la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali.

In definitiva, secondo la giurisprudenza <sup>(11)</sup>, le società a partecipazione pubblica regionale o locale possono essere destinatarie di affidamenti diretti, se sussiste il requisito del controllo analogo, quale elemento indispensabile della gestione *in house* <sup>(12)</sup>, al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori <sup>(13)</sup>. E, perciò, è necessario che si realizzi un "controllo strutturale", che non può limitarsi agli aspetti formali relativi alla nomina degli organi societari ed al possesso della totalità del capitale azionario <sup>(14)</sup>. Perché l'ingerenza sostanziale dell'ente controllante si deve realizzare non sotto un profilo formale ma sostanziale, impedendo, in concreto, l'attuazione di politiche aziendali che, di fatto, incidano sulla concorrenza <sup>(15)</sup>.

4. Il problema interpretativo, sottostante la pronuncia qui a commento, concerne la compatibilità del requisito del controllo analogo con la struttura associativa o consortile del soggetto affidatario, e le forme e le modalità in cui si deve manifestare detto

(11) Cfr., Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082; Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2009, n. 1365; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 6 marzo 2008, n. 213; Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2008, n. 136; Consiglio di Giustizia Amministrativa, 4 settembre 2007, n. 719.

(12) La gestione diventa ancor più limitata per le pubbliche amministrazioni regionali e locali per l'affidamento dei servizi interni, sul punto si legga la Relazione del Parlamento Europeo del 16 ottobre 2006 sui partenariati pubblico-privati e diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni.

(13) Il T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 30 marzo 2005, n. 2784, afferma la possibilità di affidare direttamente servizi pubblici a società ad intero capitale pubblico, ex art. 14, d.l. n. 269/2003, anche se costituite prima dell'entrata in vigore di quest'ultima norma.

(14) Ha aggiunto il C.G.A. che, in base alla giurisprudenza comunitaria, il requisito del possesso totale, anche se frazionato tra più soggetti pubblici, costituisce condizione necessaria, ma non sufficiente. Ciò si ricava proprio dalla giurisprudenza in ordine ai poteri di indirizzo e controllo, atteso che, soprattutto nel nostro ordinamento giuridico, la condizione di socio unico proprietario non necessariamente garantisce un potere diretto sulle strategie e sugli indirizzi della società, dovendo la volontà di esso comunque essere filtrata ed attuata dagli organi societari. Il controllo analogo è costituito da una serie di poteri pregnanti: determinazione dell'o.d.g. del consiglio di amministrazione, il che garantisce esattamente il controllo dell'indirizzo strategico ed operativo della società; indicazione dei dirigenti; elaborazione delle direttive sulla politica aziendale. Cfr., Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440 e 30 agosto 2006, n. 5072.

(15) L'art. 13 d.l. n. 223/2006, convertito in legge n. 248/2006, che conferma l'obbligo per le società a totale capitale pubblico di operare esclusivamente con gli enti costituenti e il divieto di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né in gara, introduce il limite dell'esclusività dell'oggetto sociale, nel senso che debba essere indicato dalle società nell'attività produttiva, allo scopo di tutelare i terzi che potrebbero operare con i soggetti affidanti e partecipanti.



controllo da parte delle amministrazioni che costituiscono un ente strumentale <sup>(16)</sup>.

La Corte di Giustizia, sez. III, con la decisione del 13 novembre 2008, causa C-324/07, si pronuncia sul quesito relativo alla possibilità di considerare controllo analogo anche il controllo esercitato *congiuntamente* da parte di più amministrazioni socie. La Corte, dopo aver ricordato la sua giurisprudenza che impone che il controllo esercitato sull'ente concessionario da parte dell'amministrazione pubblica concedente sia analogo ma non identico in ogni elemento a quello che la medesima amministrazione esercita sui propri servizi, precisa che l'importante è che il controllo esercitato sull'ente concessionario sia effettivo, pur non risultando indispensabile che sia individuale.

Perciò, nel caso in cui più amministrazioni abbiano costituito un ente al quale affidare in concessione un servizio pubblico, il controllo delle amministrazioni pubbliche sull'ente può essere da loro esercitato *congiuntamente* e, in presenza di un organo collegiale, anche deliberando a maggioranza.

In seguito, con la sentenza 10 settembre 2009, causa C-573/07, la Corte di Giustizia europea ribadisce che se una pubblica amministrazione diventa socia di minoranza di una società per azioni a capitale interamente pubblico, al fine di attribuirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo, che le pubbliche amministrazioni partecipanti esercitano, può essere qualificato come analogo al controllo che esse praticano sui propri servizi qualora esso sia esercitato *congiuntamente*.

La Corte comunitaria conclude nel senso che, fatta salva la verifica da parte del giudice del rinvio in ordine all'operatività delle specifiche disposizioni statutarie, il controllo esercitato dagli enti azionisti sulla società affidataria può essere considerato analogo a quello esercitato sui propri servizi nel caso in cui gli enti, tramite organi statuari composti da loro rappresentanti, esercitino un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici sia sulle decisioni importanti della società.

.....

(16) Differentemente, un primo orientamento della giurisprudenza in passato ritiene che l'affidamento diretto a s.p.a. mista avrebbe concretato nella sostanza un affidamento *in house* al di fuori dei requisiti richiesti e che oramai l'art. 113 del T.U.E.L. sarebbe risultato in aperto contrasto con la normativa comunitaria, tanto da concludere per la disapplicazione della norma stessa. Al contrario un altro indirizzo ammetteva la legittimità dell'affidamento diretto a s.p.a. miste con socio privato scelto attraverso gara pubblica. Di recente, il Consiglio di Stato aveva rimesso la questione all'Adunanza plenaria, affinché venisse individuata una linea ermeneutica omogenea ed unitaria, nonché venisse valutata l'opportunità di deferire la questione stessa alla Corte di Giustizia, in M. RIGO, *La compatibilità con l'ordinamento comunitario dell'affidamento diretto di un servizio pubblico locale, a rilevanza economica, a società con capitale interamente pubblico*, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2008, fasc. 3, 170 ss.

A questo punto, ammessa la sussistenza del controllo analogo *congiunto*, in base a determinate condizioni, rimane per il giudice comunitario il compito di determinare *quantitativamente* il requisito del controllo analogo *congiunto*.

In merito, la Corte di Giustizia europea, Grande Sezione, con la sentenza del 21 luglio 2005, causa C-231/03, statuisce, in merito alla misura della partecipazione alla società strumentale, che una partecipazione dello 0,97% è talmente modesta da non consentire ad un comune di esercitare il controllo su un concessionario che gestisce un servizio pubblico (17).

Più recentemente, la Corte di Giustizia, Sez. II, con la sentenza 19 aprile 2007, causa C-295/05, afferma che, in talune circostanze, la condizione relativa al controllo esercitato dall'amministrazione pubblica può essere soddisfatto anche nel caso in cui l'amministrazione detenga una partecipazione esigua del capitale di un'impresa pubblica. Nel caso di specie il capitale sociale appartiene, per il 99%, allo Stato spagnolo e, per il restante 1%, a quattro Comunità autonome, ognuna delle quali in possesso di un'azione. E la Corte rigetta la tesi volta ad escludere la sussistenza del controllo analogo con riferimento agli appalti commissionati dalle Comunità autonome, poiché, sulla base della normativa spagnola, la società pubblica è obbligata ad eseguire gli incarichi ad essa affidati da tutte le amministrazioni pubbliche, Comunità autonome incluse, e non ha la possibilità di negoziare il corrispettivo per le prestazioni.

Con questi presupposti, non si ravvisa alcun rapporto di natura contrattuale e, pertanto, la società non può considerarsi come un terzo rispetto alle Comunità autonome.

In definitiva, nella giurisprudenza comunitaria, manca una rigida definizione dei requisiti di ammissibilità dell'affidamento diretto in presenza di strutture associative o consortili e della conseguente necessità di ancorare la verifica della sussistenza di detti requisiti alla valutazione complessiva delle circostanze, in fatto e in diritto, pertinenti al singolo caso scrutinato, rifuggendo da soluzioni aprioristiche.

5. La questione fondamentale, pertanto, è la validità o meno della partecipazione simbolica di un ente locale.

La questione pregiudiziale è se il principio di irrilevanza della situazione del singolo ente pubblico partecipante alla società strumentale si applichi anche nel caso in cui uno dei comuni associati possieda una sola azione della società strumentale ed i patti parasociali inter-

.....  
(17) Anche se è doveroso precisare che in questa sentenza la Corte di Giustizia non affronta la questione del possibile esercizio del controllo in forma congiunta.

corsi fra enti pubblici non siano idonei a dare alcun controllo effettivo della società al comune partecipante, sicché la partecipazione societaria corrisponda, di fatto, ad un contratto di prestazione di servizi <sup>(18)</sup>.

L'Avvocato Generale sostiene che 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. Diversamente, non sussiste il principio di irrilevanza della posizione dell'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.

Con la sentenza in nota, la Corte di Giustizia ribadisce che l'amministrazione aggiudicatrice deve essere in grado di esercitare sull'ente strumentale un controllo strutturale, funzionale ed effettivo.

Il giudice comunitario, pertanto, afferma che diverse pubbliche amministrazioni istituiscono un ente in comune allo scopo di adempiere un servizio pubblico, e che non è indispensabile che ciascuna di esse detenga da sola un potere di controllo individuale sulla società pubblica.

Tuttavia, il controllo esercitato sulla società non può fondarsi soltanto sul potere di controllo dell'amministrazione che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale del soggetto in questione, in quanto, in caso contrario, perde di significato la nozione di controllo congiunto. Infatti, il requisito non risulta integrato nel caso in cui un'amministrazione aggiudicatrice abbia, nell'ambito di un ente affidatario a cui partecipa unitamente ad altre amministrazioni, una presenza puramente formale nella sua compagine o in un organo comune incaricato della direzione, tale da non garantirle la possibilità di partecipare effettivamente al controllo.

(18) Sulle società miste a livello locale, cfr. G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. CAMELLI, M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, 291 ss., ove ampi ed ulteriori riferimenti bibliografici; e, più recente, E. MICHELI, *In house providing. Modalità, requisiti, limiti*, Milano, 2011, 11 ss.; A. GARGANI e L. SCIANDRA, *I Comuni e le "Public Utilities": dati e prospettive dopo vent'anni di riforme*, in W. TORTORELLA (a cura di), *Lo stato dei comuni*, Venezia, 2012, 281 ss., in cui gli Autori sostengono che il sistema dei servizi pubblici è oggetto di interventi di riscrittura normativa sulle *public utilities*, in considerazione del loro peso sull'economia locale, mettendo in evidenza come la crisi economica abbia inciso sulle strategie e sui processi operativi dei comuni, arrivando a minacciare la capacità stessa delle amministrazioni di produrre politiche e garantire servizi di qualità. Il comparto presenta un elevato dinamismo e delle potenzialità economico-finanziarie che rivelano da un lato una predisposizione all'efficienza e dall'altro marcati differenziali territoriali.

La Corte di Giustizia afferma che quando più *amministrazioni aggiudicatrici istituiscono insieme un'entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un'amministrazione aderisce ad una società pubblica, la condizione enunciata dalla giurisprudenza comunitaria, secondo cui gli enti locali, per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità al diritto europeo, sono tenuti ad esercitare congiuntamente sulla società un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è soddisfatta qualora ciascuna degli enti partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi.*

Il giudice comunitario, di conseguenza, statuisce che spetta al giudice del rinvio verificare se la sottoscrizione di un patto parasociale, che conferisce agli enti locali il diritto di essere consultati, per la nomina di un componente del collegio sindacale e la designazione di un consigliere di amministrazione, in accordo con gli altri enti locali, sia idonea a consentire a tali enti di contribuire effettivamente al controllo della società *in house*.

Pertanto, la Corte di Giustizia, oltre il principio del controllo analogo, decide di lasciare al giudice di rinvio la valutazione complessiva delle circostanze pertinenti al caso scrutinato, perciò la valutazione della sussistenza del requisito quantitativo del controllo analogo congiunto.

6. L'argomento è l'*in house providing* e il controllo analogo congiunto.

Per affidamento *in house* si intende quel modello di organizzazione e gestione dei pubblici servizi che l'amministrazione adotta attraverso propri organismi, cioè senza ricorrere al libero mercato. Le attività non possono essere affidate *in house* in assenza di un'espressa disposizione di legge idonea a consentirlo<sup>(19)</sup>.

L'affidamento diretto di attività di interesse generale va considerato come un modello organizzativo, nel senso di amministrazione *indiretta*, per cui la gestione del servizio, sostanzialmente, resta in capo all'amministrazione aggiudicatrice, attraverso un controllo assoluto sull'attività della società affidataria, la quale è istituzionalmente destinata in modo assorbente a operazioni in favore dell'amministrazione<sup>(20)</sup>.

(19) In Italia, nel settore dei lavori pubblici, e in particolare in quello dei beni culturali, nessuna previsione normativa interna consente il ricorso all'affidamento *in house*. Per i beni culturali, ai sensi dell'art. 115, d.lgs n. 42/2004, sono previste solo forme di gestione (ridimensionate dalla modifica apportata dall'art. 2, c. 1, lett. h, d.lgs. 24.3.2006, n. 156) dell'attività di valorizzazione dei beni culturali anche attraverso società pubbliche *in house*. Cfr., Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345; 13 luglio 2006, n. 4440; 30 agosto 2006, n. 5072; T.r.g.a., sez. di Bolzano, 8 marzo 2007, n. 91; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *ter*, 9 gennaio 2007, n. 72; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 8 novembre 2006, n. 5197; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 7 novembre 2006, n. 687.

(20) Cfr., T.A.R. Campania, sez. I, 30 marzo 2005 n. 2784.

In materia di appalti pubblici di servizi, in virtù anche della direttiva 2004/18/CE, l'amministrazione aggiudicatrice che esercita su un'entità affidataria, giuridicamente distinta da essa, un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, non ha l'obbligo di organizzare una procedura di aggiudicazione secondo le norme del diritto europeo, sussistendo i presupposti di applicabilità dell'affidamento diretto, essendo l'entità affidataria controllata congiuntamente da più enti locali.

La partecipazione minoritaria, anche dell'1%, ad una società affidataria di un servizio, da parte di un ente locale o comunque di un'amministrazione, esclude che questa possa essere qualificata come *in house*, determinando che tale partecipazione sia svantaggiosa e controproducente rispetto ai reali intenti sottostanti il progetto di affidamento diretto, con tutte le ripercussioni di tipo economico e politico.

Perciò, rispetto al quadro complessivo, la giurisprudenza comunitaria contrasta il sistema nell'ambito del quale la classe politica opera una dilatazione dei propri confini attraverso l'uso della partecipazione azionaria<sup>(21)</sup>, a spese del contribuente<sup>(22)</sup>, con risultati prevalentemente di inefficienza produttiva<sup>(23)</sup>, risultando contenitiva rispetto a tale insensata e costosa espansione pubblica.

(21) Le ragioni sottese alle logiche promozionali sono numerose e di natura qualitativamente composita, a partire dalle difficili condizioni del ciclo economico in atto. In chiave più generale, si legga anche M. CHITTI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in id. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009, 2 ss.

(22) Cfr., diffusamente, B. SPADONI, *I servizi pubblici locali, gli investimenti, la politica industriale*, Relazione all'Assemblea Confservizi, 16 giugno 2010.

(23) Cfr., M. BIANCO e P. SESTIYO, *Le questioni irrisolte*, in M. BIANCO e P. SESTIYO, *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, Bologna, 2010, 299 ss.; G. NAPOLITANO, *Rapporto per un'Autorità indipendente di regolazione dei servizi idrici*, Aprile 2010, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).