

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.

Nota a sentenza del dott. M. Cozzio

[estratto da *Informator*, 4, 2008]



CORTE GIUSTIZIA, 17 luglio 2008, causa C-371/05, Sez. Seconda, pres. C.W.A. Timmermans, Avv. gen. M. Poiares Maduro, parti Commissione / Repubblica italiana

La Corte di giustizia respinge il ricorso contro l'affidamento del Comune di Mantova alla ASI S.p.a. e ridefinisce alcuni parametri d'ammissibilità dell'*in house* andando a rivedere i propri orientamenti soprattutto in tema di *controllo analogo* e di *partecipazione dei soci privati*. La sentenza è significativa perché potrebbe segnare, se l'orientamento verrà confermato, un *favor* giurisprudenziale per la formula gestionale delle società pubbliche ed in particolare per gli affidamenti in house.

A partire dal 2005 (vd. sentenza *Stad Halle e Parking Brixen*) infatti i giudici di Bruxelles hanno progressivamente enucleato una serie di definizioni sempre più dettagliate e stringenti dei requisiti di ammissibilità dell'*in house*, a fronte di una crescente diffusione del fenomeno. La Corte in questo modo ha inteso evitare che il ricorso all'istituto diventi l'*escamotage* per sottrarsi agli obblighi imposti dai principi comunitari di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento (e quindi poter operare affidamenti in via diretta senza necessità di pubblicità, né confronto concorrenziale). Di fatto le scelte giurisprudenziali hanno drasticamente ristretto gli ambiti d'ammissibilità dell'*in house*, nonostante sul punto non vi fosse un orientamento unanime, né da parte degli Stati membri, né da parte delle altre Istituzioni comunitarie. Con la sentenza in esame la Corte pare allentare le proprie posizioni avvallando circostanze in precedenza considerate ostative per gli affidamenti in house.

La fattispecie considerata dai giudici di Bruxelles interessa un accordo con il quale il Comune di Mantova assegna alla ASI S.p.a., società pubblica di cui detiene la maggioranza del capitale sociale, la gestione, la manutenzione e lo sviluppo dei propri servizi informatici. L'affidamento è operato in via diretta, il Comune infatti ritiene che la relazione con la società si qualifichi, alla luce dei requisiti stabiliti dalla Corte, come gestione 'interna' (cd. in house) senza dunque alcun obbligo di preventiva pubblicità né di applicazione delle direttive comunitarie. La Commissione europea, al contrario, sostiene che il rapporto tra l'amministrazione e la società non configuri un'ipotesi di gestione 'interna' e, conseguentemente, l'affidamento deve soggiacere alle regole comunitarie.

Secondo la giurisprudenza costante della Corte (¹) l'affidamento in house rappresenta un'ipotesi eccezionale e residuale, rispetto ai principi del Trattato, per la cui esistenza è necessario che sussistano almeno due requisiti, vale a dire:

- 1) che l'amministrazione eserciti sull'affidatario un *controllo analogo* a quello esercitato sui propri servizi, e
- 2) che l'affidatario realizzi *la parte più importante della propria attività* con l'amministrazione *de qua*.

Entrambi i requisiti sono stati oggetto a partire dal 2000 di precisazioni nell'ambito di numerose pronunce della Corte le quali, in mancanza di 'consacrazione normativa' dell'istituto (²), costituiscono ancor oggi un fondamentale *binding judicial precedent* sulla falsariga dei sistemi di *common law* e rappresentano un punto di riferimento fondamentale per i giudici nazionali e gli stessi operatori (³).

La sussistenza del *controllo analogo* è stata verificata dalla Corte alla luce sia di *indicatori generici*, volti a valutare l'esistenza di una dipendenza *formale, economica e organizzativa* tra l'amministrazione e l'affidatario, sia di *indicatori specifici* mediante i quali i giudici hanno considerato più in dettaglio (a) *l'effettiva capacità dell'amministrazione di incidere nelle scelte della società affidataria* e (b) *la struttura del capitale sociale*. La sentenza in esame offre importanti precisazioni in ordine a questi due ultimi indicatori specifici.

¹ Sul tema dell'affidamento in house si rinvia in particolare alle sentenze della Corte: *Teckal* del 18 novembre 1999, C-107/98, Racc. 1999, p.I-8121; *University of Cambridge* del 3 ottobre 2000, C-380/98, Racc. 2000, p.I-8035; *Telaustria* del 7 dicembre 2000, C-324/98, Racc. 2000, p.I-10745; *Universale-Bau* del 12 dicembre 2000, C-470/99, Racc. 2002, p.I-7835; *Adolf Truley GmbH* del 27 febbraio 2003, C-373/00, Racc. 2003, p.I-1931; *Commissione v. Germania* del 10 aprile 2003, C-20/01 e C-28/01, Racc. 2003, p.I-3609; *Korhonen Oy* del 22 maggio 2003, C-18/01, Racc. 2003, p.I-5321; *Stadt Halle* dell'11 gennaio 2005, C-26/03, Racc. 2005, p.I-1; *Commissione v. Spagna* del 13 gennaio 2005, C-84/03, Racc. 2005, p.I-139; *Coname* del 21 luglio 2005, C-231/03, Racc. 2005, p.I-7287; *Parking Brixen* del 13 ottobre 2005, C-458/03, Racc. 2005, p.I-8612; *Modling* del 10 novembre 2005, C-29/04, Racc. 2005, p.I-9705; *Carbotermo SpA* dell'11 maggio 2006, C-340/04, Racc. 2006, p.I-4137; *Anav* del 6 aprile 2006, C-410/04, Racc. 2006, p.I-3303; *Auroux* del 18 gennaio 2007, C-220/05, Racc. 2007, p.I-385; *Asemfo e Tragsa* del 19 aprile 2007, C-295/05, Racc. 2007, p.I-3303; *Commissione v. Italia* dell'8 aprile 2008, C-337/05; *Coditel* del 4 giugno 2008, C-324/07 (vd. conclusioni dell'avv. generale).

² Alcune disposizioni riguardanti materie specifiche introducono nell'ordinamento formule simili a quelle dell'*in house*, vd. ad esempio artt. 113 e 113-bis del d.lgs. 267/2000 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) ovvero l'art. 115 del d.lgs. 42/2004 (Codice dei beni culturali), quest'ultimo oggetto di modifiche sostanziali ad opera del recente d.lg. 156/2006. Tuttavia, a causa anche della continua evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali, non si può parlare di consolidamento dell'istituto.

³ Cfr. ALBERTI C., *L'in house negli orientamenti della Comunità europea*, in BENACCHIO G. A. - COZZIO M. (a cura di), *Appalti pubblici e concorrenza: la difficile ricerca di un equilibrio*, Atti dei Seminari di Trento, maggio – giugno 2007, Collana Dipartimento UNITN, 2008, 19 e ss.

Quanto all’effettiva capacità dell’amministrazione di incidere nelle scelte della società affidataria. Secondo la Corte è necessario accertare se dall’analisi delle disposizioni normative e statutarie e delle ulteriori circostanze del caso di specie, emerge che la società affidataria sia “*soggetta a un controllo che consente all’amministrazione di condizionarne le decisioni*”. Deve trattarsi, in altri termini, di una possibilità *di influenza determinante* da parte dell’amministrazione, tanto sugli obiettivi strategici, quanto sulle decisioni importanti della società.

In particolare secondo la Corte (in ciò supportata anche dalla Commissione europea) è necessario che il consiglio di amministrazione della società *non abbia rilevanti poteri gestionali*, circostanza che impedisce il requisito del controllo analogo. Inoltre l’ente pubblico controllante *deve poter esercitare poteri maggiori* rispetto a quelli che il diritto societario normalmente riconosce al socio di maggioranza ⁽⁴⁾. Tali orientamenti espressi in più occasioni dai giudici comunitari ⁽⁵⁾ sono stati in seguito ripresi e confermati anche dal giudice nazionale ⁽⁶⁾.

La sentenza in esame riformula i termini della questione. La Corte infatti ritiene che l’esercizio dei poteri ordinari propri dell’azionista di maggioranza unitamente all’esercizio di forme di controllo esterno (purchè tali da non incidere sull’autonomia gestionale e operativa dell’organo di amministrazione) sono sufficienti “*a dimostrare l’esistenza di un potere di controllo strutturale e funzionale da parte dell’amministrazione sulla società, analogo a quello esercitato sui propri servizi*” (pt. 26). Più precisamente tale controllo analogo, secondo la Corte, sussiste allorchè l’amministrazione può:

- designare i membri degli organi direttivi;
- stabilire, per mezzo di delibere dell’amministrazione, le spese di funzionamento della società;
- verificare l’attività della società, sia attraverso la nomina di un funzionario comunale (incaricato di collaborare, stimolare e controllare l’operato societario), sia attraverso il controllo sulla contabilità aziendale.

⁴ Cfr. sentenza della Corte di giustizia 11 maggio 2006, causa C- 340/04, Carbotermo e Consorzio Alisei, cit., pt. 36. Vd. anche la Comunicazione della Commissione del 26 giugno 2002, C/2002/2329, Atti relativi alla procedura di infrazione n. 1999/2184 avviata dalla Commissione europea contro lo Stato italiano, secondo la quale il rapporto tra amministrazione e società deve determinare da parte della prima “*un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell’attività del soggetto partecipato, che riguarda l’insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo. In virtù di tale rapporto il soggetto partecipato, non possedendo alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione, si configura come un’entità distinta solo formalmente dall’amministrazione, ma che in concreto continua a costituire parte della stessa*”.

⁵ Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, cit., pt. 65, 11 maggio 2006, causa C- 340/04, Carbotermo e Consorzio Alisei, cit., pt. 36.

⁶ Cfr. part. Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514 e Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5.

Quanto alla struttura del capitale sociale. La Corte su questo argomento si era espressa in modo decisamente restrittivo stabilendo che la partecipazione, anche minoritaria, di un privato ad una società di capitali pubblica escluda la possibilità che l'amministrazione (socio pubblico di maggioranza) possa svolgere sulla società stessa un *controllo analogo* a quello esercitato sui propri servizi ⁽⁷⁾.

Secondo i giudici comunitari *“la sola presenza di un terzo privato, benché in forma di partecipazione minoritaria senza diritto di veto, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice l'esercizio di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”*. La pubblica amministrazione, infatti, non potrebbe non tenere in considerazione gli interessi economici del partner privato, che altrimenti non avrebbe ragione per entrare in società con l'amministrazione e mettere a disposizione il proprio know-how o le proprie risorse finanziarie.

Sul punto i giudici sono arrivati a negare il presupposto del controllo analogo non solo a fronte dell'esistenza di un socio privato, ma anche a fronte della mera possibilità che una quota minoritaria del capitale sociale potesse (perché previsto statutariamente) essere alienata a privati ⁽⁸⁾.

È facile comprendere come la dottrina sostenesse che in questo modo la Corte finiva col suonare *“il de profundis per l'in house”* ⁽⁹⁾.

Con la sentenza in esame, invece, la Corte fa 'marcia indietro' e stabilisce che la mera possibilità dell'ingresso di terzi privati *non esclude* l'esistenza del controllo analogo.

Per i giudici *“la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria ... non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione ... per concludere che la condizione relativa al controllo analogo dell'autorità pubblica non sia soddisfatta”*. *“Infatti”* prosegue la sentenza *“per ragioni di certezza del diritto, l'eventuale obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere ad una gara d'appalto dev'essere valutato, in via di principio, alla luce delle condizioni esistenti alla data dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi”* (pt. 29).

Sulla base di quanto detto la Corte ha rigettato il ricorso della Commissione.

⁷ Vd. sentenza della Corte di giustizia 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, cit.

⁸ In senso conforme vd. anche sentenza del Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072.

⁹ Cfr. CLARIZIA A., *La Corte suona il de profundis per l'in house*, 2006, su giustamm.it