

AFFIDAMENTI IN HOUSE: LA CORTE PRECISA IL CONTENUTO DEL CONTROLLO ANALOGO NEL CASO DI SOCIETÀ PUBBLICHE CON PLURALITÀ DI SOCI.

Nota a sentenza del dott. M. Cozzio

[estratto da *Informator*, 1, 2009]



CORTE GIUSTIZIA, 13 novembre 2008, causa C-324/07, Sez. Terza, pres. A. Rosas, Avv. gen. V. Trstenjak

La Corte di giustizia aggiunge un ulteriore tassello alla già ricca elaborazione giurisprudenziale in tema di affidamenti *in house*. L'occasione, fornita da un rinvio pregiudiziale presentato dal Consiglio di Stato belga, permette alla Corte di precisare che, secondo il diritto comunitario, un'amministrazione può affidare la gestione di un servizio pubblico, in via diretta e senza bandire alcuna gara, ad una società cooperativa partecipata anche da altre amministrazioni pubbliche, dal momento che, come chiariscono i giudici, "ogni socio esercita sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e la società in parola svolge la parte essenziale della sua attività con i soci - amministrazioni pubbliche".

La sentenza permette di sciogliere alcune importanti riserve poste dalla dottrina e dalla giurisprudenza nazionale in tema di affidamenti diretti a società a partecipazione pubblica totalitaria¹, con particolare riferimento: (a) all'esistenza di più soci - amministrazioni pubbliche, (b) alla configurazione della *governance* societaria e (c) alla effettiva capacità di ogni socio di incidere nelle scelte gestionali. Tema, quest'ultimo, affrontato dalla Corte anche in un'altra recente decisione (C-371/05, del 17 luglio 2008) segnalata su *Informator* (4/2008) e alla cui lettura rinviamo.

La sentenza del 13 novembre 2008 fa parte delle pronunce con le quali i giudici comunitari stanno tracciando, in modo non sempre univoco, l'ambito di operatività degli affidamenti *in house*.

Per quanto l'azione della Corte sia apprezzabile e costituisca un punto di riferimento imprescindibile per gli operatori nazionali (legislatori, interpreti, imprese) nel delineare i contorni dell'*in house*, si coglie con sempre maggiore urgenza la necessità di un intervento normativo che fornisca un orizzonte di sistema all'istituto². In effetti gli sforzi finora compiuti, a partire dal Libro verde *relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto*

¹ V. per tutti l'articolo di CAVALLO PERIN R., CASALINI D., *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*, 1, 2006, 51 e ss.

² In questi termini v. anche la Risoluzione del 26 ottobre 2006 sui partenariati pubblico-privati nella quale il Parlamento europeo prende atto della richiesta degli operatori di fare chiarezza sull'applicazione della legislazione in materia di appalti pubblici in merito alla costituzione di imprese nel contesto dell'aggiudicazione di un appalto o di una concessione, e ha invitato la Commissione a fornire quanto prima i chiarimenti richiesti.

comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (2004)³ fino alla recente Comunicazione interpretativa della Commissione *sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati* (2008)⁴ rientrano nel campo del *soft law* e non contribuiscono a fornire quella 'certezza del diritto' necessaria per garantire il miglior funzionamento del mercato. Questo *deficit* del sistema normativo crea inoltre ulteriori conseguenze: infatti, l'azione interpretativa svolta dalla Corte offre una lettura in termini sempre più cogenti dei principi generali (principio di non discriminazione, proporzionalità, parità di trattamento, trasparenza) e tende a tradursi nell'obbligo per le amministrazioni di rispettare regole procedurali dettagliate e vincolanti. L'effetto finale è quello di trasformare il principio in norma⁵!

In house e controllo analogo nel caso di pluralità di soci pubblici

L'affidamento diretto *in house* rappresenta un'ipotesi eccezionale rispetto all'affidamento con gara, ed è possibile ricorrervi previo accertamento dei presupposti stabiliti dalla Corte, vale a dire: (a) che l'amministrazione eserciti sull'affidatario *in house* un *controllo analogo* a quello esercitato sui propri servizi, e (b) che l'affidatario realizzi *la parte più importante della propria attività* con l'amministrazione *de qua*⁶.

Nel caso in esame la Corte precisa i contenuti del *controllo analogo*, con particolare riferimento *all'effettiva capacità dell'amministrazione di incidere nelle scelte della società affidataria*. L'occasione è data da un

³ V. Libro verde della Commissione *relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, del 30 aprile 2004, COM/2004/327.

⁴ V. Comunicazione interpretativa della commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI), COM/2007/6661 del 5 febbraio 2008, per cui v. segnalazione nella rubrica di Informator 3/2008.

⁵ Sul punto sono interessanti le considerazioni svolte da MANGANI R., *Incarichi sotto i 100mila euro: per le amministrazioni vincoli dall'Autorità e dal Ministero*, in *Edilizia & Territorio*, 4, 2009, 14 e ss. Più in generale sugli effetti che derivano nell'ordinamento giuridico si veda Benacchio G. A., il quale, da un lato, rileva come la Corte di giustizia nel formulare o ribadire una regola ne esprime e ne impone ai giudici nazionali l'unica interpretazione ammissibile. Dall'altro lato, inoltre, evidenzia l'evoluzione in atto nell'ordinamento nazionale: infatti le sentenze della Corte caratterizzano il diritto italiano come diritto giurisprudenziale, vale a dire come "un diritto che trova la soluzione alle controversie non solo nelle disposizioni normative ma anche nel precedente giurisprudenziale"; in questo modo la distanza tra sistema di *civil law* e sistema di *common law* si va riducendo notevolmente. BENACCHIO G. A., *Diritto Privato della Comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, IV ed., 2008, 85 e ss.; ID., *La Corte di Giustizia tra armonizzazione e unificazione del diritto europeo dei contratti*, in *Rivista di Dir. Civ.*, 2006, n. 6, 131 ss.

⁶ 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, 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

Comune del Belgio (Uccle) che decide di affiliarsi ad una società cooperativa i cui soci sono esclusivamente altri Comuni (in forma singola e/o associata), allo scopo di attribuire alla società la gestione della rete di teledistribuzione.

L'amministrazione comunale procede all'affidamento in via diretta ritenendo che l'operazione si configuri come affidamento in house, alla luce dei requisiti posti dall'ordinamento comunitario. Il giudice nazionale, invece, sostiene che l'autonomia decisionale di cui fruisce l'amministrazione comunale all'interno della società non è completa, di conseguenza non verrebbe meno il requisito del controllo analogo. Le decisioni della società, pur essendo adottate da organi sociali composti esclusivamente dai rappresentanti dei comuni *“non implicano che ciascuno dei soci cooperatori abbia, individualmente, sulla cooperativa la stessa determinante influenza che avrebbe se egli stesso avesse organizzato l'attività in modo interno ed autonomo”*, di qui il rinvio alla Corte per un'interpretazione del diritto comunitario.

I giudici di Lussemburgo (precisando orientamenti già espressi)⁷ stabiliscono che il *controllo analogo* su una società può essere esercitato anche congiuntamente da più soci pubblici, indipendentemente dall'entità della partecipazione al capitale sociale: infatti, non è indispensabile che ogni socio disponga di un potere di controllo pieno e individuale, risultando sufficiente un potere di controllo collettivo esercitato a maggioranza (*“l'importante è che il controllo esercitato sulla società sia effettivo, pur non risultando indispensabile che sia individuale”*, pt. 46).

“Diversamente”, chiariscono i giudici, *“se si richiedesse un potere di controllo individuale tutte le volte in cui più amministrazioni decidessero di svolgere le loro missioni di servizio pubblico facendo ricorso ad una società concessionaria comune, sarebbe di norma escluso che una di tali autorità, salvo che detenga una partecipazione maggioritaria nell'ente in questione, eserciti da sola un controllo determinante sulle decisioni di tale ente”*. La conseguenza sarebbe quella di imporre una gara di appalto *“nella maggior parte dei casi in cui un'autorità pubblica intendesse associarsi ad un gruppo formato da altre autorità pubbliche, come una società cooperativa intercomunale”* e un risultato del genere, conclude la Corte, *“non sarebbe*

⁷ Ci si riferisce in particolare alle sentenze della Corte: *Asemfo e Tragsa* del 19 aprile 2007, C-295/05, Racc. 2007, p.I-3303; *Commissione v. Italia* dell'8 luglio 2008, C-371/05. In particolare nella sentenza (C-371/05) la Corte stabilisce che l'esercizio dei poteri ordinari 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). Tale controllo analogo, secondo la Corte, sussiste allorchè l'amministrazione può: *i.* designare i membri degli organi direttivi; *ii.* stabilire, per mezzo di delibere dell'amministrazione, le spese di funzionamento della società; *iii.* 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.

conforme al sistema di norme comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni". Il diritto comunitario, infatti, riconosce la possibilità che ogni amministrazione adempia ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi.

Nel caso in questione ha assunto peso determinante la configurazione delle strutture decisionali interne della società cooperativa tali da garantire ai soci - amministrazioni di esercitare un controllo sia nell'assemblea generale, sia nel consiglio di amministrazione, che si compone di rappresentanti dei comuni. In effetti la *"circostanza che gli organi decisionali siano composti di delegati delle amministrazioni associate indica che queste ultime controllano gli organi decisionali e sono dunque in grado di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società"* (pt. 34).

La pronuncia della Corte sposta l'attenzione sulla struttura della *governance* delle società. Il requisito del controllo analogo è garantito non tanto dalla presenza di un unico socio pubblico, quanto anche dalla possibilità, in caso di pluralità di soci - amministrazioni pubbliche, che tutti abbiano la possibilità di incidere sugli indirizzi e le direttive della società, anche attraverso deliberazioni adottate a maggioranza.