

**DIRITTO COMUNITARIO
E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI**

Fascicolo n. 1/2010

Estratto

Editoriale Scientifica

**NON CONTRASTA CON I PRINCIPI DEL DIRITTO COMUNITARIO
L’AFFIDAMENTO DIRETTO DI UN SERVIZIO PUBBLICO
AD UNA SOCIETÀ PER AZIONI PUBBLICA IL CUI STATUTO
PREVEDA LA PARTECIPAZIONE DI CAPITALE PRIVATO**

Corte di giustizia

Sentenza del 10 settembre 2009 in causa C-573/07*

Sea Srl c. Comune di Ponte Nossa, con l’intervento di: Servizi Tecnologici Comuni - Se.T.Co. SpA

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Artt. 43 e 49 CE - Appalti pubblici - Affidamento diretto di un servizio locale di rilevanza economica ad una Spa pubblica - Apertura del capitale ai privati - Sussistenza del requisito del «controllo analogo».

Gli artt. 43 CE e 49 CE, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza così come l’obbligo di trasparenza che ne discende non ostano all’affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi ad una società per azioni a capitale interamente pubblico qualora l’ente pubblico che costituisce l’amministrazione aggiudicatrice eserciti su tale società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e questa società realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o con gli enti locali che la controllano.

Fatta salva la verifica da parte del giudice del rinvio dell’operatività delle disposizioni statutarie di cui trattasi, il controllo esercitato dagli enti azionisti sulla detta società può essere considerato analogo a quello esercitato sui propri servizi in circostanze come quelle di cui alla causa principale, in cui:

* Il testo integrale della sentenza, sopra riportata, è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 63 ss., il commento di *TIZIANA BIANCHI* e *LORENZA PONZONE*.

- l'attività di tale società è limitata al territorio di detti enti ed è esercitata fondamentalmente a beneficio di questi ultimi, e
- tramite organi statutari composti da rappresentanti di detti enti, questi ultimi esercitano un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società.

(Omissis) **In diritto**

Causa principale e questione pregiudiziale

(Omissis)

30. [...], il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se sia compatibile con il diritto comunitario ed in particolare con la libertà di stabilimento ovvero di prestazione di servizi, con il divieto di discriminazione e con gli obblighi di parità di trattamento, di trasparenza e di libera concorrenza di cui agli artt. 12 CE, 43 CE, 45 CE, 46 CE, 49 CE e 86 CE, l'affidamento diretto di un servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti solidi urbani ed assimilati ad una società per azioni a capitale interamente pubblico e statuto conformato – ai fini dell'art. 113 del decreto legislativo n. 267/2000 – così come esposto in motivazione».

Sulla questione pregiudiziale

31. In via preliminare si deve rilevare che l'affidamento di un servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti urbani, come quello di cui trattasi nella causa principale, può rientrare, secondo le specificità della contropartita di tale servizio, nella definizione di appalto pubblico di servizi o in quella di concessione di servizi pubblici ai sensi, rispettivamente, dell'art. 1, n. 2, lett. *d*., o n. 4, della direttiva 2004/18.

32. In base agli elementi contenuti nella decisione di rinvio e nel fascicolo trasmesso alla Corte dal giudice del rinvio, il contratto in esame nella causa principale potrebbe costituire un appalto pubblico di servizi, in particolare per il fatto che il contratto intervenuto tra la Setco e il Comune di Ponte Nossola per la prestazione dei servizi in oggetto prevede che quest'ultimo versi alla Setco il corrispettivo per i servizi da essa forniti.

(Omissis)

44. La decisione di rinvio solleva la questione se un'amministrazione aggiudicatrice possa esercitare su una società di cui è azionista, con la quale intende concludere un contratto, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi nel caso in cui esista la possibilità, sebbene non concretizzata, che investitori privati entrino nel capitale della società di cui trattasi.

45. Per risolvere tale questione va ricordato che la circostanza che l'amministrazione aggiudicatrice detenga, da sola o insieme ad altri enti pubblici, l'intero capitale di una società concessionaria potrebbe indicare, pur non essendo decisiva, che tale

amministrazione aggiudicatrice esercita su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (v., in tal senso, sentenze 11 maggio 2006, causa n. C-340/04, *Carbotermo e Consorzio Alisei*, *Raccolta*, I, p. 4137, punto 37, nonché 13 novembre 2008, causa n. C-324/07, *Coditel Brabant*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 31).

46. Per contro, la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi (v., in tal senso, citate sentenze *Stadt Halle e RPL Lochau*, punto 49, nonché *Coditel Brabant*, punto 30).

47. Di regola, l'esistenza effettiva di una partecipazione privata al capitale della società aggiudicataria deve essere verificata nel momento dell'affidamento dell'appalto pubblico di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza *Stadt Halle e RPL Lochau*, *cit.*, punti 15 e 52). Può anche assumere rilevanza tenere conto della circostanza che, nel momento in cui un'amministrazione aggiudicatrice affida un appalto ad una società di cui detiene l'intero capitale, la legislazione nazionale applicabile prevede l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali (v., in tal senso, citata sentenza *Parking Brixen*, punti 67 e 72).

48. In via eccezionale, circostanze particolari possono richiedere che siano presi in considerazione avvenimenti intervenuti successivamente alla data di aggiudicazione dell'appalto in esame. È quanto avviene, in particolare, nel caso in cui le quote della società aggiudicataria, precedentemente detenute interamente dall'amministrazione aggiudicatrice, vengano cedute ad un'impresa privata appena dopo l'aggiudicazione a tale società dell'appalto di cui trattasi nell'ambito di una costruzione artificiale diretta ad eludere le norme comunitarie in materia (v., in tal senso, sentenza 10 novembre 2005, causa n. C-29/04, *Commissione c. Austria*, *Raccolta*, I, p. 9705, punti 38-41).

49. Certamente, non può escludersi che le quote di una società vengano vendute a terzi in qualunque momento. Tuttavia, il fatto di ammettere che questa mera possibilità possa sospendere indefinitamente la valutazione sul carattere pubblico o meno del capitale di una società aggiudicataria di un appalto pubblico non sarebbe conforme al principio di certezza del diritto.

50. Se il capitale di una società è interamente detenuto dall'amministrazione aggiudicatrice, da sola o con altre autorità pubbliche, al momento in cui l'appalto in oggetto è assegnato a tale società, l'apertura del capitale di quest'ultima ad investitori privati può essere presa in considerazione solo se in quel momento esiste una prospettiva concreta e a breve termine di una siffatta apertura.

51. Ne risulta che in una situazione come quella di cui trattasi nella causa principale, in cui il capitale della società aggiudicataria è interamente pubblico e in cui non vi è alcun indizio concreto di una futura apertura del capitale di tale società ad investitori privati, la mera possibilità per i privati di partecipare al capitale di detta società non è sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo dell'autorità pubblica non è soddisfatta.

52. Tale conclusione non è inficiata dalle considerazioni contenute nel punto 26 della sentenza 21 luglio 2005, causa n. C-231/03, *Coname* (*Raccolta*, I, p. 7287), in base alle quali il fatto che una società come quella in esame nella causa all'origine della citata sentenza sia aperta ai capitali privati impedisce di considerarla come una

struttura di gestione interna di un servizio pubblico nell'ambito dei comuni che ne fanno parte. Infatti, in questa causa, il servizio pubblico era stato attribuito ad una società a prevalente capitale pubblico, e dunque misto, al momento di tale assegnazione (v. citata sentenza *Coname*, punti 5 e 28).

53. Va tuttavia precisato che, nell'ipotesi in cui un appalto fosse stato attribuito senza indizione di una gara ad una società a capitale pubblico alle condizioni stabilite nel punto 51 della presente sentenza, il fatto che, successivamente, ma sempre durante il periodo di validità di tale appalto, gli azionisti privati siano ammessi a partecipare al capitale di detta società costituirebbe un cambiamento di una condizione fondamentale dell'appalto che necessiterebbe di un'indizione di gara.

54. Bisogna capire poi se, nel caso in cui un'autorità pubblica diventi socia di minoranza di una società per azioni a capitale interamente pubblico al fine di attribuire a quest'ultima la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità pubbliche socie di detta società esercitano su quest'ultima, per essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, debba essere esercitato individualmente da ognuna di queste autorità o possa essere esercitato congiuntamente dalle stesse.

55. La giurisprudenza non impone che il controllo esercitato in un siffatto caso sulla società aggiudicataria sia individuale (v., in tal senso, citata sentenza *Coditel Brabant*, punto 46).

(*Omissis*)

59. Occorre quindi riconoscere che, nel caso in cui varie autorità pubbliche detengano una società cui affidano l'adempimento di una delle loro missioni di servizio pubblico, il controllo che dette autorità pubbliche esercitano sull'ente in parola può venire da loro esercitato congiuntamente (v., in tal senso, citata sentenza *Coditel Brabant*, punto 50).

60. Nel caso di un organo collegiale, la procedura utilizzata per adottare la decisione, segnatamente il ricorso alla maggioranza, non incide (v. citata sentenza *Coditel Brabant*, punto 51).

(*Omissis*)

63. Ne discende 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 a detta società esercitano su quest'ultima può essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, qualora esso sia esercitato congiuntamente dalle stesse.

64. La questione pregiudiziale sottoposta dal giudice del rinvio è volta inoltre a determinare se strutture decisionali come quelle previste dallo statuto della Setco siano atte a consentire ai comuni azionisti di esercitare effettivamente sulla società che detengono un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

65. Per valutare se l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla società aggiudicataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da questo esame deve risultare che la società aggiudicataria è soggetta a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle de-

cisioni importanti di detta società (v., in tal senso, citate sentenze *Carbotermo* e *Consorzio Alisei*, punto 36, nonché *Coditel Brabant*, punto 28).

(*Omissis*)

79. Si deve considerare che, anche se il potere riconosciuto alla società aggiudicataria di cui trattasi nella causa principale di fornire servizi ad operatori economici privati è meramente accessorio alla sua attività principale, il che deve essere verificato dal giudice del rinvio, l'esistenza di tale potere non impedisce che l'obiettivo principale di detta società rimanga la gestione di servizi pubblici. Pertanto, l'esistenza di un potere siffatto non è sufficiente per ritenere che detta società abbia una vocazione commerciale che rende precario il controllo di enti che la detengono.

80. Tale conclusione è confermata dal fatto che la seconda condizione posta al punto 50 della citata sentenza *Teckal*, in base alla quale la società aggiudicataria deve svolgere la parte più importante della sua attività con gli enti locali che la controllano, consente che questa società eserciti un'attività avente un carattere marginale con altri operatori diversi da questi enti (v., in tal senso, citata sentenza *Carbotermo* e *Consorzio Alisei*, punto 63). Tale condizione sarebbe priva di oggetto se la prima condizione di cui al punto 50 della citata sentenza *Teckal* fosse interpretata nel senso di vietare ogni attività accessoria, anche con il settore privato.

81. Per quanto concerne i meccanismi di controllo stabiliti dallo statuto della Setco, dal fascicolo risulta che i soci, con le modifiche apportate allo statuto il 23 dicembre 2006, hanno inteso sovrapporre all'assemblea generale e al consiglio di amministrazione, quali previsti dal diritto societario italiano, strutture decisionali non esplicitamente prescritte da tale diritto, dirette a garantire sulla Setco un controllo analogo a quello che essi esercitano sui propri servizi. Si tratta, in particolare, di assicurare un controllo rafforzato, da un lato, tramite il Comitato unitario e, dall'altro, tramite un Comitato tecnico per ogni divisione responsabile delle diverse attività della Setco.

82. Come emerge dagli artt. 8 *ter* e 8 *quater* di detto statuto, il Comitato unitario e i Comitati tecnici sono formati da rappresentanti degli enti azionisti. Ognuno di questi enti possiede un voto in seno a detti Comitati, indipendentemente dalle dimensioni dell'ente di cui trattasi o dal numero di azioni che esso detiene.

83. Peraltro, gli artt. 8 *bis*-8 *quater* dello statuto della Setco attribuiscono al Comitato unitario e ai Comitati tecnici ampi poteri di controllo e di decisione.

84. Parallelamente, l'art. 14 di tale statuto limita i poteri dell'assemblea generale imponendo a quest'ultima di tener conto degli indirizzi e delle prescrizioni impartite dai Comitati summenzionati e richiedendo un parere favorevole del Comitato unitario prima che l'assemblea generale possa autorizzare l'adempimento di taluni atti da parte degli amministratori della società.

85. Parimenti, l'art. 16 di detto statuto restringe l'autonomia decisionale del consiglio di amministrazione imponendogli di rispettare i poteri riservati a detti Comitati e subordinando le sue decisioni all'osservanza delle prescrizioni emanate da questi ultimi.

86. Tenuto conto della portata dei poteri di controllo e di decisione che esse attribuiscono ai Comitati istituiti nonché della circostanza che questi ultimi sono composti da rappresentanti degli enti azionisti, le disposizioni statutarie come quelle della società aggiudicataria di cui trattasi nella causa principale devono essere intese nel

senso di mettere gli enti azionisti in grado di esercitare, tramite detti Comitati, un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di tale società.

87. Tuttavia, il giudice del rinvio ritiene che gli artt. 8 *bis*-8 *quater* dello statuto della Setco, laddove riguardano il Comitato unitario e i Comitati tecnici, siano assimilabili ai patti parasociali di cui all'art. 2341 *bis* del codice civile italiano. Esso ne deduce che il controllo analogo a quello che gli enti azionisti esercitano sui propri servizi, su cui verte il meccanismo di detti Comitati, potrebbe essere ininfluenza.

88. Si tratta di una questione interpretativa delle norme nazionali la cui soluzione incombe al giudice del rinvio.

89. Fatta salva la verifica da parte di quest'ultimo dell'operatività delle disposizioni statutarie in oggetto, ne risulta che in circostanze come quelle di cui alla causa principale il controllo esercitato attraverso organi statuari dagli enti azionisti sulla società aggiudicataria può essere considerato tale da consentire a tali enti di esercitare su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

90. Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre risolvere la questione pregiudiziale sottoposta nel seguente modo:

Gli artt. 43 CE e 49 CE, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza così come l'obbligo di trasparenza che ne discende non ostano all'affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi ad una società per azioni a capitale interamente pubblico qualora l'ente pubblico che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su tale società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e tale società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano.

Fatta salva la verifica da parte del giudice del rinvio dell'operatività delle disposizioni statutarie di cui trattasi, il controllo esercitato dagli enti azionisti sulla detta società può essere considerato analogo a quello esercitato sui propri servizi in circostanze come quelle di cui alla causa principale, in cui:

- l'attività di tale società è limitata al territorio di detti enti ed è esercitata fondamentalmente a beneficio di questi ultimi, e
- tramite organi statuari composti da rappresentanti di detti enti, questi ultimi esercitano un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società.

(*Omissis*)

AFFIDAMENTI *IN HOUSE*: LA POSSIBILITÀ PER I PRIVATI DI PARTECIPARE AL CAPITALE DI UNA SOCIETÀ CHE EROGA UN SERVIZIO PUBBLICO NON ESCLUDE IL CONTROLLO ANALOGO*

Sommario: **1.** *La nozione di controllo analogo e "l'incertezza" del diritto* - **2.** *L'in house come modulo organizzativo* - **3.** *L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria* - **4.** *La partecipazione "potenziale" dei privati nella sentenza in causa n. C-573/07, Sea srl c. Comune di Ponte Nossua.*

1. La nozione di controllo analogo e "l'incertezza" del diritto

L'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una Spa, interamente pubblica, non contrasta con i principi comunitari anche quando esista la possibilità che investitori privati entrino nel capitale della società. La mera possibilità per i privati di partecipare al capitale di una società interamente pubblica non esclude che il socio pubblico eserciti sulla stessa un effettivo controllo.

Questi i principi sanciti dalla Corte di giustizia nella sentenza del 10 settembre 2009, in causa n. C-573/07, con la quale ha dichiarato la compatibilità con il diritto comunitario dell'affidamento diretto di un servizio ad una Spa pubblica, il cui Statuto preveda la possibilità di un azionariato diffuso a favore dei cittadini.

La Corte di giustizia aggiunge quindi un ulteriore tassello alla già ricca elaborazione giurisprudenziale in tema di affidamenti *in house*.

I giudici comunitari hanno precisato che l'apertura del capitale a privati rileva soltanto quando vi sia un'effettiva prospettiva di ingresso di questi nella compagine sociale, in quanto il principio di certezza del diritto esige di valutare la legittimità dell'affidamento *in house* sulla base della situazione vigente al momento della deliberazione dell'ente locale affidante.

La sentenza certamente consolida il recente indirizzo espresso dai giudici

* Le opinioni personali espresse dalle Autrici non impegnano in alcun modo l'ente di appartenenza. I par. 1 e 2 sono stati curati in particolare da *LORENZA PONZONE*, i par. 3 e 4 da *TIZIANA BIANCHI*.

europei¹ con il quale, modificando il primo orientamento², hanno ritenuto che la legittimità di un affidamento diretto della gestione di un servizio pubblico locale di rilevanza economica non poteva essere fatta discendere dalla previsione in Statuto della obbligatoria apertura del capitale sociale a *partner* privati quanto, piuttosto, dalla effettiva situazione vigente al momento dell'affidamento.

Tuttavia, la sentenza pone dubbi ed incertezze sulla nozione del controllo analogo e sui reali confini degli affidamenti *in house* almeno per come sono stati interpretati nella giurisprudenza nazionale³.

I giudici comunitari stanno tracciando, in modo non sempre univoco, l'ambito di operatività degli affidamenti *in house*. Tale giurisprudenza costituisce certamente un punto di riferimento fondamentale per gli operatori del settore nel delineare i contorni dell'*in house*, ma la mancanza di un quadro normativo comunitario toglie sistematicità all'istituto. In effetti la Commissione europea ha cercato di offrire importanti indicazioni, dal Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (2004) fino alla Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (2008). Ma tali azioni rientrano nell'ambito della *soft law* e non possono rappresentare quella "certezza del diritto" necessaria per garantire il miglior funzionamento del mercato.

Proprio la sentenza in commento evidenzia che i principi affermati dalla Corte europea sono in continua evoluzione, circostanza che, inevitabilmente, finisce per ripercuotersi all'interno degli ordinamenti degli Stati membri rendendo particolarmente complesso il processo di armonizzazione della disciplina del fenomeno degli affidamenti *in house* e delle società miste.

Lo stesso legislatore nazionale si è misurato in modo non sempre chiaro ed univoco con l'*in house providing*, soprattutto nell'ambito dei servizi pubblici locali. Il Governo è ritornato recentemente sulla disciplina dei servizi pubblici locali con due interventi, la legge n. 133 del 2008, art. 23-*bis*, e il d.l. n. 135/2009, art. 15, convertito in legge n. 166/2009, che introduce numerose correzioni, ma consolida il rapporto regola (gara)/deroga (*in house*) introdotto dall'art. 23-*bis* del 2008: l'affidamento della gestione avviene di regola con gara e solo in casi eccezionali si può ricorrere alla gestione *in house*. Ne deriva che gli enti locali devono sempre motivare la scelta della gestione *in house*

¹ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio in causa n. C-371/05, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2008, p. I-110*, Publ. somm. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu.

² Si veda la sentenza della Corte di giustizia del 6 aprile 2006 in causa n. C-410/04, *ANAV*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 3303 ss.

³ Cfr. da ultimo sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, n. 5082, del 26 agosto 2009.

e soprattutto che quella motivazione debba riguardare la situazione di mercato per quello specifico servizio⁴.

Il comma 3 dell'art. 23-*bis* prevede che, in deroga al sistema ordinario della gara pubblica, l'affidamento dei servizi pubblici locali può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria⁵, in presenza di situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato. A queste condizioni è possibile l'affidamento diretto a società secondo il sistema comunitario dell'*in house providing*; tali società devono avere secondo le recenti modifiche alla norma le seguenti caratteristiche:

1. capitale interamente pubblico;
2. l'ente locale deve esercitare nei loro confronti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, secondo i principi comunitari;
3. devono realizzare la parte più importante della loro attività con l'ente o gli enti pubblici che le controllano.

In questi casi, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato che dimostri le speciali situazioni derogatorie al sistema ordinario e, contestualmente, trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Questa esprimerà un parere preventivo rispetto alla decisione di affidare il servizio, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso tale termine, laddove il parere non sia stato reso, si intende espresso in senso favorevole. Il nuovo comma 4-*bis* dell'art. 23-*bis*, inserito con la legge n. 166/2009 prevede che i regolamenti attuativi dell'art. 23-*bis* medesimo definiranno soglie di valore, al di sotto delle quali il parere dell'Autorità non sarà obbligatorio.

L'ente locale deve, quindi, produrre "un'analisi di mercato" e formulare una relazione, sulla base di tale analisi, all'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato.

Nella norma, il ricorso all'*in house* è limitato quindi oltre che dai principi comunitari anche da condizioni ulteriori in quanto si riferisce ad una condizione specifica del tutto esterna al rapporto di delegazione interorganica intercorrente tra l'ente affidante e il soggetto affidatario: condizione che, peral-

⁴ Cfr. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Atto di segnalazione sulla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica di cui all'art. 23-*bis* del d.l. 6 agosto 2008, n. 133, novembre 2008, in www.avcp.it.

⁵ L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture recentemente ha concluso una indagine specifica sull'affidamento del servizio idrico integrato nei casi in cui le autorità d'ambito hanno disposto lo stesso in favore di società interamente pubbliche. In questa indagine (la delibera n. 24 del 2009 è pubblicata sul sito internet www.avcp.it) l'Autorità ha analizzato gli affidamenti *in house* dal punto di vista del rispetto delle condizioni e degli orientamenti espressi dal giudice comunitario.

tro, costituisce un fattore aggiuntivo ai presupposti necessari per attuare legittimamente un affidamento diretto. Si tratta di un fattore esogeno inerente le particolari caratteristiche del contesto territoriale ed economico, sociale ed ambientale che non consentono un efficace ed utile ricorso al mercato. Sono queste le parole chiave sulla base delle quali si baserà la possibilità o meno del ricorso all'*in house*: occorre valutare se sussistono e in quale misura le condizioni per un ricorso al mercato e cioè un interesse del mercato a svolgere i servizi; se la risposta è positiva se la scelta *in house* sia comparativamente più conveniente.

Si deve tenere conto, però, che nel caso dei servizi pubblici locali, obblighi di equità e accessibilità economica del servizio da offrire possono giustificare la imposizione agli operatori di vincoli di fornitura universale dei servizi con tariffe socialmente accettabili, ma non remunerative dei costi sottostanti.

Questa è una delle ragioni – spesso addotte a parziale giustificazione – per aver preferito alla procedura di affidamento tramite gara pubblica la c.d. «autoproduzione» tramite la costituzione di società *in house*.

In realtà, anche nei casi di servizi essenziali, con vincoli di offerta a prezzi sotto costo, si potrebbero effettuare affidamenti tramite gara, aventi ad oggetto l'entità del sussidio pubblico che il regolatore deve garantire al soggetto regolato.

2. L'*in house* come modulo organizzativo

Si può affermare che sulla questione degli affidamenti *in house* convivono e sono da conciliare due principi:

1. la facoltà degli enti di auto organizzarsi e quindi scegliere se operare attraverso la propria organizzazione interna, la c.d. «autoproduzione» dei servizi, fermo restando l'ovvio rispetto dell'art. 97 della Costituzione e cioè del principio del buon andamento e, quindi, dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa;

2. il principio della concorrenza recepito nel diritto comunitario che imporrebbe una esternalizzazione del servizio a meno che non sia possibile un ricorso al mercato. È stato infatti affermato che, in astratto, l'affidamento diretto del servizio viola il principio di concorrenza sotto un duplice profilo: *a.* da una parte, sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali le imprese ordinarie vengono escluse da ogni possibile accesso; *b.* dall'altra, si costituisce a favore dell'impresa affidataria una posizione di ingiusto privilegio, garantendole l'acquisizione di contratti. Il tutto si traduce nella creazione di posizioni di vantaggio economico che l'impresa *in house* può sfruttare anche nel mercato, nel quale si presenta come "particolarmente"

competitiva, con conseguente alterazione della *par condicio*⁶.

In sostanza la domanda che ci si pone è se l'*in house* rappresenti una deroga al principio comunitario della concorrenza o se si ponga come espressione di un modello organizzativo completamente diverso.

È stato affermato al riguardo⁷ che una risposta potrebbe essere trovata, nell'ordinamento costituzionale nazionale, nel principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, ultimo comma della Costituzione. Tale disposizione, infatti, imponendo a tutti gli enti territoriali di favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini singoli o associati per lo svolgimento di attività di interesse generale imporrebbe un obbligo giuridico, una sorta di dovere di astensione del pubblico laddove il settore privato sia in grado di intervenire direttamente. Anche l'Autorità garante per la concorrenza, in un atto di segnalazione del 2006⁸, ha affermato che l'affidamento diretto risulta giustificato solamente quando non è possibile individuare una migliore soluzione di mercato secondo un principio di sussidiarietà che limiti l'intervento pubblico a quelle situazioni in cui non sia possibile o conveniente l'offerta dei servizi da parte di imprese individuate secondo meccanismi di mercato⁹.

Tuttavia tale lettura non è condivisa in dottrina. Non mancano interpretazioni secondo le quali la disposizione costituzionale non inciderebbe a monte della scelta, ma su come l'intervento pubblico è sviluppato: si deduce così dalla norma un dovere di intervento laddove gli individui e le forze sociali non abbiano la capacità di intervenire ma non un dovere di astensione.

La Corte costituzionale, nella recente sentenza n. 439/2008, ha censurato la legge della provincia autonoma di Bolzano sui servizi pubblici locali poiché disciplina gli affidamenti *in house* in modo difforme dagli orientamenti comunitari, con ciò violando la tutela della concorrenza, ma non facendo riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale.

Come conferma la Corte, l'art. 86, secondo paragrafo, del Trattato CE prevede che «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (...) sono sottoposte alle norme del presente Trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata».

Nella prospettiva comunitaria, pertanto, da un lato, è necessario che gli

⁶ Per l'analisi delle distorsioni economiche derivanti dall'affidamento diretto, e anche per la giurisprudenza comunitaria in materia, si veda Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia (C.G.A.R. Sicilia) 4 settembre 2007, n. 719.

⁷ Cfr. A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento in house*, in *Giur. cost.*, 2008, fasc. 6, p. 4995-5012.

⁸ Cfr. AS375 del 28 dicembre 2006.

⁹ Cfr. sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 4080, 25 agosto 2008: la preferenza è accordata al mercato anche a parità di condizioni.

Stati membri attivino ampi processi di liberalizzazione finalizzati ad abbattere progressivamente le barriere all'entrata, mediante, tra l'altro, l'eliminazione di diritti speciali ed esclusivi a favore delle imprese, ed attuare la concorrenza "nel mercato"; dall'altro, si impone alle pubbliche amministrazioni di osservare, nella scelta del gestore del servizio, adeguate procedure di evidenza pubblica finalizzate a garantire il rispetto della concorrenza "per il mercato"¹⁰.

In tale contesto, la giurisprudenza della Corte di giustizia¹¹ ha, però, riconosciuto che rientra nel potere organizzativo delle autorità pubbliche "auto-produrre" beni, servizi o lavori mediante il ricorso a soggetti che, ancorché giuridicamente distinti dall'ente conferente, siano legati a quest'ultimo da una "relazione organica" (c.d. affidamento *in house*).

Nella prospettiva europea, infatti, la pubblica amministrazione può decidere di erogare direttamente prestazioni di servizi a favore degli utenti mediante proprie strutture organizzative senza dovere ricorrere, per lo svolgimento di tali prestazioni, ad operatori economici attraverso il mercato¹².

L'*in house* deve però essere "vero" e quindi non deve essere lo strumento per mascherare un affidamento diretto ad un soggetto autonomo, terzo rispetto all'ente affidante. Se il soggetto è terzo ed è quindi possibile identificare le caratteristiche di un contratto d'appalto, questo deve essere affidato rispettando le regole della concorrenza.

A questo punto, si possono esaminare i principi desumibili dalla giurisprudenza comunitaria in materia.

Come già esposto, la giurisprudenza comunitaria non entra nel merito della valutazione della opportunità da parte dell'ente di esternalizzare – sempre che ve ne siano le condizioni di mercato – o meno un servizio, ma si occupa di delineare le condizioni affinché si possa parlare di *in house* e non dell'affidamento camuffato di un appalto e quindi in violazione delle regole del Trattato.

L'istituto dell'*in house providing* nel diritto comunitario risale al Libro Bianco del 1998. In quella occasione, la Commissione europea chiarì che gli appalti *in house* erano quelli aggiudicati all'interno della Pubblica Amministrazione, ad esempio tra Amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'Amministrazione ed una società interamente controllata.

Ma è la sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999, in causa C-107/98¹³, che può essere considerata il "*leading case*", ad aprire un lungo dibattito a livello

¹⁰ Cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 401 del 23 novembre 2007, con riferimento al settore degli appalti pubblici.

¹¹ *Ex multis*, sentenza dell'11 gennaio 2005 in causa n. C-26/03, *Stadt Halle*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 1.

¹² Cfr. V. M. LEONE, *In House: Ossia dell'autonomia decisionale della Pubblica Amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2009.

¹³ In *Raccolta*, 1999, I, p. 8121.

comunitario sui confini dell'applicazione dell'*in house providing* ai servizi di interesse economico generale¹⁴.

Sono delineati due criteri generali cumulativi che la Corte manterrà fermi fino ad oggi. Si tratta di *in house*:

a. quando l'ente pubblico svolge sul soggetto affidatario un controllo "analogo" a quello esercitato sui propri servizi (condizione funzionale);

b. quando il soggetto affidatario «realizzi la parte più importante della propria attività» con l'ente o con gli enti che la controllano (condizione operativa).

Il dibattito e la giurisprudenza successivi si sono concentrati soprattutto sul concetto di controllo analogo ponendosi la seguente domanda: poiché il controllo analogo si è sostanziato nella giurisprudenza come un rapporto di subordinazione all'ente proprietario della società *in house* come è possibile configurare la sussistenza di un controllo analogo nei confronti di soggetti organizzati in forma societaria posto che tale modello è connaturato da una sfera di autonomia gestionale?

3. L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria

La portata delle affermazioni del giudice comunitario nella sentenza in commento e le conseguenze sull'effettività dell'istituto dell'*in house* sono evidenti se si ripercorre la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia¹⁵.

Anzitutto, la Corte¹⁶ ai fini della sussistenza del controllo analogo ha escluso la possibilità di partecipazione da parte del capitale privato. La Corte ha sottolineato che esso non sussiste quando la società sia partecipata da privati, atteso che «qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati», rifuggendo da «conside-

¹⁴ Vi è copiosa dottrina sull'argomento. Cfr. G. STANCANELLI I. MOSCARDI - R. DE NICTOLIS, *Gli affidamenti in house*, in M. A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS - R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, *I principi generali. I contratti pubblici. I soggetti*, Milano, Giuffrè, 2008; G. GUZZO, *La nuova disciplina degli affidamenti in house e delle società miste alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale nazionale e comunitaria più recente e dell'articolo 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito, con modifiche, nella legge n. 133 del 6 agosto 2008*, in www.giustizia-amministrativa.it; C. VOLPE, *In house providing, Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e Legislatore Nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 12/2008, p. 1401 ss.; G. GUZZO, *Consiglio di Stato e giurisprudenza comunitaria: prove tecniche di intesa in tema di "controllo analogo"*, in www.lexitalia.it n. 5/2007; ID., *Affidamenti in house: Corte di Giustizia e Consiglio di Stato: convergenze parallele. Extraterritorialità, regime transitorio e concorrenza delle società miste secondo la più recente teorica del giudice amministrativo e del legislatore italiano*, in www.dirittodeiservizi pubblici.it, 2 agosto 2006.

¹⁵ Cfr. A. SONCINI, *Gli affidamenti in house: rassegna della giurisprudenza comunitaria sino alla sentenza Tragsa II del 2007*, in questa *Rivista*, 2007, p. 281 ss.

¹⁶ Sentenza dell'11 gennaio 2005 in causa n. C-26/03, *Stadt Halle*, *cit. supra*, nota 11. Per un commento cfr. A. CLARIZIA, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in www.giustamm.it, 1/2005.

razioni ed esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico» che devono caratterizzare «il rapporto tra un'autorità pubblica (...) ed i suoi servizi».

Successivamente, tra le altre, nelle sentenze *Carbotermo* dell'11 maggio 2006 in causa n. C-340/04¹⁷ e *Parking Brixen* del 13 ottobre 2005 in causa n. C-458/03¹⁸, si è puntualizzato che ai fini del riconoscimento della sussistenza del presupposto in esame, accanto alla "dipendenza finanziaria" risultante dalla detenzione pubblica dell'intero capitale della società affidataria, rilevano profili di natura prettamente gestionale. In particolare, i giudici europei ritengono che l'ente pubblico debba essere dotato di poteri di controllo sull'attività del consiglio di amministrazione più ampi e pregnanti di quelli che normalmente il diritto societario riconosce alla maggioranza dei soci.

Il rapporto tra i due soggetti si configura come una relazione di subordinazione ove il soggetto partecipato non possiede alcuna autonomia decisionale sugli atti di gestione.

Inoltre, è stata esclusa la sussistenza del controllo analogo quando l'impresa abbia «acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo» e che risulterebbe dalla presenza di elementi, quali, a titolo esemplificativo: l'ampliamento dell'oggetto sociale; l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; l'espansione territoriale dell'attività della società¹⁹. In tale caso la sussistenza della totalità della partecipazione pubblica si configura come requisito necessario ma non sufficiente.

Nella sentenza *Mödling*²⁰ si è poi ritenuto che la totale partecipazione pubblica deve essere permanente: ai fini della valutazione della sussistenza del requisito del controllo analogo e del criterio della prevalenza occorre, in linea di massima, fermare l'attenzione sul momento in cui avveniva l'affidamento e sull'obiettivo realmente perseguito. Ciò per evitare l'elusione dei principi comunitari mediante la tecnica dell'affidamento diretto di un servizio ad un modulo societario, all'origine integralmente partecipato dall'amministrazione aggiudicatrice, che poi mutava il proprio assetto societario e il proprio pacchetto azionario attraverso l'ingresso di quote di capitale privato.

Va poi citata la sentenza della Corte di giustizia dell'11 maggio 2006 in causa n. C-340/04, *Carbotermo*, ove i giudici comunitari sono stati chiamati a definire, ancora una volta, il concetto di «controllo analogo» e di «svolgimento della parte più importante dell'attività a favore dell'ente locale». La Corte, in continuità logica con la posizione espressa nella sopracitata sentenza

¹⁷ In *Raccolta*, 2006, I, p. 4137 ss.

¹⁸ In *Raccolta*, 2005, I, p. 8585 ss.

¹⁹ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 ottobre 2005 in causa n. C-458/03, *Parking Brixen*, *loc. cit.*; così anche Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 3 marzo 2008, n. 1.

²⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 10 novembre 2005 in causa n. C-29/04, *Mödling o Commissione c. Austria*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9705.

Parking Brixen, riconduce la nozione di «controllo analogo» nell'esercizio da parte dell'ente affidante di un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti delle società partecipate. Viene altresì precisato che la detenzione in mano pubblica dell'intero capitale sociale dell'affidataria non è elemento sufficiente e decisivo ai fini della sussistenza del requisito in parola.

Con la sentenza *ANAV*²¹ i giudici di Lussemburgo sono stati chiamati ad esaminare la compatibilità con il diritto comunitario dell'affidamento diretto di una concessione di servizi a favore di un soggetto giuridico il cui capitale era interamente detenuto dall'amministrazione affidante. Ribadita l'applicazione delle norme poste a presidio dei principi di parità di trattamento, di divieto di discriminazione e di libera concorrenza, i magistrati della Corte hanno precisato che l'istituto dell'*in house* costituisce un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, comportando, ciò, un'interpretazione restrittiva delle due condizioni previste dalla sentenza *Teckal*. In conseguenza, «l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole, grava su colui che intenda avvalersene»²². La Corte ha quindi ritenuto che si deve escludere la sussistenza del controllo analogo nel caso in cui vi sia la partecipazione, anche se minoritaria, di una società privata²³. Di conseguenza una società concessionaria può considerarsi *in house* solo se non è aperta al capitale privato.

Deve, infine, essere segnalata, tra le più recenti pronunce della Corte di giustizia in materia, la sentenza del 17 luglio 2008 in causa n. C-371/05, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*. Con detta pronuncia si è precisato che l'eventuale obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere ad una gara di appalto deve essere valutato, in via di principio, alla luce delle condizioni esistenti alla data dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi. Nel caso di specie la Corte ha ritenuto legittimo l'affidamento *in house* anche se vi era una potenziale apertura del capitale ai privati.

La sentenza in questione costituisce un vero e proprio *revirement* della precedente posizione assunta dai magistrati della Corte, i quali, con la citata sentenza *ANAV* del 6 aprile 2006 avevano affermato che l'astratta previsione in Statuto dell'apertura, anche parziale, del capitale sociale a privati, conferiva all'affidataria una vocazione commerciale, impedendone l'individuazione del requisito del controllo analogo.

²¹ Sentenza del 6 aprile 2006 in causa n. C-410/04, *ANAV*, cit. *supra*, nota 2.

²² Sentenza del 6 aprile 2006 in causa n. C-410/04, *ANAV*, loc. cit., punto 26. Cfr. sentenze della Corte di giustizia dell'11 gennaio 2005 in causa n. C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*, cit. *supra*, nota 11, punto 46, e del 13 ottobre 2005 in causa n. C-458/03, *Parking Brixen*, cit. *supra*, nota 18, punto 63.

²³ V., in tal senso, anche le sentenze *Stadt Halle e RPL Lochau*, loc. cit., punto 49.

In relazione al secondo requisito, rappresentato, come si è precisato, dalla prevalenza dello svolgimento dell'attività a favore dell'ente pubblico conferente, va, innanzitutto chiarito come esso non impedisca che l'istituto dell'affidamento diretto sia configurabile anche in relazione al settore dei servizi pubblici. La circostanza, infatti, che tale settore si caratterizzi per il fatto che le relative prestazioni sono rivolte, diversamente da quanto accade in presenza di un contratto di appalto, a favore dell'utenza non costituisce un ostacolo alla riconduzione dell'attività all'autorità pubblica. Gli stessi giudici europei hanno sottolineato che non rileva stabilire se il destinatario dell'attività posta in essere dal gestore del servizio sia la stessa amministrazione o l'utente delle prestazioni. Si deve infatti «tener conto di tutte le attività realizzate» da tale gestore sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione, «independentemente da chi remunera tale attività», potendo trattarsi della medesima amministrazione o degli utenti delle prestazioni erogate²⁴. Quanto al significato da attribuire all'espressione che identifica il requisito in esame, la giurisprudenza comunitaria ha sostanzialmente affermato che è necessario che il soggetto beneficiario dell'affidamento destini la propria attività "principalmente" a favore dell'ente. L'effettuazione di prestazioni che non siano del tutto marginali a favore di altri soggetti renderebbe quella determinata impresa "attiva sul mercato", con conseguente alterazione delle regole concorrenziali e violazione dei principi regolatori delle gare pubbliche e della legittima competizione. In altri termini, nella prospettiva comunitaria, una lettura non rigorosa della espressione «parte più importante della sua attività» inciderebbe sulla stessa nozione di soggetto *in house* alterandone il dato strutturale che lo identifica come una mera "articolazione interna" dell'ente stesso. Una consistente attività "esterna" determinerebbe, infatti, una deviazione dal rigoroso modello delineato dai giudici europei, con la conseguenza, da un lato, che verrebbe falsato il confronto concorrenziale con altre imprese che non usufruiscono dei vantaggi connessi all'affidamento diretto e più in generale dei privilegi derivanti dall'essere il soggetto affidatario parte della struttura organizzativa dell'amministrazione locale; dall'altro, che sarebbero eluse le procedure competitive di scelta del contraente, che devono essere osservate in presenza di un soggetto "terzo" (quale deve ritenersi quello che esplica rilevante attività esterna) rispetto all'amministrazione conferente.

Sul piano, poi, della verifica del rispetto del requisito in esame, la Corte di giustizia, in particolare, con la citata sentenza *Carbotermo* dell'11 maggio 2006, ha affermato che il giudice competente deve prendere in considerazione «tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative» (par. 64).

Sotto il profilo quantitativo, la stessa sentenza, al successivo par. 65, fa

²⁴ Cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'11 maggio 2006 in causa n. C-340/04, *Carbotermo SpA*, cit. *supra*, nota 17.

espesso riferimento all'elemento del fatturato, osservando che «occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù di decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante». Inoltre, per mantenere una impostazione coerente con l'esigenza che l'indagine si svolga su un piano casistico, non sono ammesse rigide predeterminazioni connesse all'indicazione della misura percentuale di fatturato rilevante.

Sul piano qualitativo, alla luce di quanto affermato dalla giurisprudenza comunitaria (citata sentenza *Carbotermo* dell'11 maggio 2006), tale profilo incide o può incidere sulla natura dei servizi resi e, quindi, sul criterio per ritenere che una attività di impresa sia svolta in modo preponderante per l'ente pubblico conferente e solo marginalmente per il mercato perché, a prescindere dal dato quantitativo del fatturato, tale profilo può – in astratto – riverberare i suoi effetti sulla rilevanza dell'attività svolta dal soggetto al fine di considerare prevalente o solo marginale l'attività "libera" in una prospettiva di futura espansione della stessa nel mercato o in zone del territorio diverse da quelle di competenza del soggetto pubblico conferente.

Da ultimo occorre esaminare la sentenza *Coditel* del 17 novembre 2008²⁵, con la quale la Corte di giustizia ha offerto una nuova interpretazione del requisito del controllo analogo.

Il caso riguarda l'affidamento di un servizio pubblico ad una società cooperativa partecipata da più comuni. Nella parte più interessante della sentenza, la Corte evidenzia che la condizione del controllo analogo può essere parimenti soddisfatta tenendo conto del controllo esercitato congiuntamente sull'ente concessionario dalle autorità pubbliche che lo detengono.

Viene, altresì, specificato che la giurisprudenza (della medesima Corte) impone che «il controllo esercitato sull'ente concessionario da un'autorità pubblica sia analogo a quello che la medesima autorità esercita sui propri servizi, ma non identico ad esso in ogni elemento (...). L'importante è che il controllo esercitato sull'ente concessionario sia effettivo, pur non risultando indispensabile che sia individuale». La Corte rammenta inoltre che, secondo le sentenze *Carbotermo*, *Consorzio Alisei*, e *Asemfo*, nel caso di un concessionario detenuto da varie autorità pubbliche, la condizione relativa alla parte più importante della propria attività può ricorrere considerando l'attività che tale ente svolge con l'insieme di dette autorità. Allo stesso modo si può considerare soddisfatto il «controllo analogo» tenendo conto del controllo esercitato congiuntamente sull'ente concessionario dalle autorità pubbliche che lo detengono.

Dunque, la sentenza mette in reciproca relazione i due requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente affermando che, se da un lato si stabi-

²⁵ Sentenza del 13 novembre 2008 in causa n. C-324/07, *Coditel Brabant SA c. Commune di Uccle e al.*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 8457.

lisce che il soggetto concessionario deve svolgere la propria attività prevalente con l'insieme delle amministrazioni concedenti, dall'altro si può corrispondentemente ammettere che si tratta di controllo analogo qualora esso possa essere esercitato congiuntamente dalle amministrazioni concedenti e non dalle singole amministrazioni.

La Corte afferma che: «D'altro canto, allorché varie autorità pubbliche scelgono di svolgere le loro missioni di servizio pubblico facendo ricorso ad un ente concessionario comune, è 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. Richiedere che il controllo esercitato da un'autorità pubblica in un caso del genere sia individuale avrebbe la conseguenza d'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» punto (47). Trattandosi «di un organo collegiale, la procedura utilizzata per adottare la decisione, segnatamente il ricorso alla maggioranza, non incide» (punto 51). «Si deve pertanto risolvere la terza questione nel senso che, qualora un'autorità pubblica si associ ad una società cooperativa intercomunale i cui soci sono tutti autorità pubbliche, al fine di trasferirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità associate a detta società esercitano su quest'ultima, per poter essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, può essere esercitato congiuntamente dalle stesse, deliberando, eventualmente, a maggioranza» (punto 54).

La pronuncia della Corte sposta, quindi, 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 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.

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 totalitaria, con particolare riferimento all'esistenza di più soci-amministrazioni pubbliche.

4. La partecipazione "potenziale" dei privati nella sentenza in causa n. C-573/07, *Sea srl c. Comune di Ponte Nossà*

La sentenza *Sea* in commento riprende ed approfondisce i principi enunciati nella più recente giurisprudenza della Corte circa la potenziale partecipazione dei privati ad una società pubblica. Al fine di comprendere la posizione dei giudici comunitari, appare opportuno riassumere il caso concreto.

Il Comune aveva affidato ad una società l'appalto per la gestione di un servizio pubblico e, successivamente, lo stesso ente, divenuto socio minoritario di una società interamente pubblica, affidava alla stessa il servizio pubblico oggetto della precedente gara d'appalto. L'impresa, quindi, impugnava gli atti del Comune relativi all'affidamento alla partecipata della gestione del servizio, ed il TAR, ritenendo che taluni elementi potessero suscitare dubbi riguardo all'esistenza di un effettivo controllo del Comune sulla partecipata, adiva ex art. 234 CE la Corte di giustizia. Secondo i giudici amministrativi, in particolare, la partecipazione di privati al capitale della società, sebbene al momento dell'affidamento soltanto potenziale, si poneva in contrasto con l'istituto dell'*in house*. Contestualmente, essi sollevavano dubbi in merito alla sussistenza del controllo analogo esercitato dall'ente sui propri servizi a fronte di una partecipazione minoritaria nel capitale della società.

La Corte di giustizia, preliminarmente, chiarisce che l'affidamento di un servizio a rilevanza economica non rende *ex se* obbligatorio l'esperimento di una gara, qualora il Comune eserciti sull'affidatario un controllo analogo a quello che lo stesso esercita sui propri servizi e, nel contempo, tale società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano (sulla base della giurisprudenza *Teckal*). I giudici europei precisano che la circostanza che l'ente locale, da solo o insieme con altri enti pubblici, possieda l'intero capitale di una società concessionaria potrebbe indicare, pur non essendo decisiva, che tale ente eserciti sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. L'effettività di una partecipazione privata al capitale della società deve essere, però, verificata nel momento dell'affidamento del servizio. Secondo la Corte, comunque, «il fatto di ammettere che questa mera possibilità possa sospendere indefinitamente la valutazione sul carattere pubblico o meno del capitale di una società affidataria diretta di un servizio pubblico non sarebbe conforme al principio di certezza del diritto» (punto 49). Se il capitale di una società è interamente detenuto dall'ente affidante, o anche da altre pubbliche amministrazioni, al momento in cui è deliberato l'affidamento, l'apertura del capitale di quest'ultima ad investitori privati rileva solo se in tale momento esista una prospettiva concreta e a breve termine, di una siffatta apertura. Secondo la Corte di giustizia, ne deriva, pertanto, che se al momento dell'affidamento non vi è alcun indizio concreto di una futura apertura del capitale della società a privati, la mera possibilità per essi di partecipare al capitale della stessa, non è sufficiente per ritenere escluso il requisito del controllo analogo. Con riferimento alla sussistenza del controllo analogo nel caso di un ente socio di minoranza di società interamente pubblica, la giurisprudenza europea non impone che tale controllo debba essere esercitato individualmente dalla pubblica amministrazione e, nella circostanza in cui vari enti siano soci di una società cui abbiano affidato la gestione di un servizio pubblico, il controllo può essere esercitato

congiuntamente²⁶. Tale imposizione, infatti, non risulterebbe conforme ai principi del diritto comunitario e, come precisato dai giudici europei, in tali casi, il controllo può essere esercitato deliberando eventualmente a maggioranza²⁷.

Il TAR Lombardia aveva sollevato dubbi in merito alla legittimità dell'affidamento diretto anche in relazione al fatto che la partecipata sembrava avere una vocazione commerciale che rendeva precario il controllo degli enti pubblici. La problematica era stata sollevata in quanto l'oggetto sociale prevedeva che la società potesse svolgere servizi anche a favore di soggetti privati. Secondo la Corte di giustizia, «l'esistenza di tale potere non impedisce che l'obiettivo principale della società rimanga la gestione di servizi pubblici». Pertanto, la sussistenza di una tale previsione non è sufficiente per individuare la vocazione commerciale di una società, rendendo precario il controllo degli enti soci. Richiamando la sentenza *Teckal*, la Corte ritiene che ai fini della individuazione del requisito del controllo analogo, la società deve svolgere la parte più importante della propria attività per gli enti che la controllano, stabilendo, con tale principio, la possibilità per essa di poter svolgere un'attività a carattere marginale per operatori diversi dai soci.

Ritiene infine, la Corte di giustizia che, nel caso di specie, il controllo esercitato dagli enti soci sulla società stessa «può essere considerato analogo a quello esercitato sui propri servizi», poiché l'attività di tale società è stata, per Statuto, limitata al territorio degli enti soci ed è esercitata fundamentalmente a beneficio di questi ultimi che, avendo previsto alcuni organi statutari – "*effettivamente operativi*" – composti da rappresentanti degli enti, esercitano sulla società un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti.

Le ultime sentenze analizzate e soprattutto quella in commento dimostrano la difficoltà della giurisprudenza, in specie quella comunitaria, di "stabilizzare" alcuni principi che fino a poco tempo prima venivano considerati dalla dottrina come punti fermi.

La sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2008, in causa n. C-371/05, costituiva quindi solo una prima apertura nei confronti della potenziale partecipazione del capitale privato nella società pubblica *in house*: ma, con la sentenza in commento, i giudici europei hanno confermato il principio precedentemente elaborato arricchendolo di nuovi elementi.

La Corte di giustizia, infatti, ha affermato esplicitamente che la mera possibilità, prevista nello Statuto, che il privato possa partecipare ad una società il cui capitale sia interamente detenuto dalla amministrazione aggiudicatrice

²⁶ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 2008 in causa n. C-324/07, *Coditel Brabant SA c. Commune di Uccle e al.*, *cit. supra*, nota 21, punto 46.

²⁷ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 2008 in causa n. C-324/07, *Coditel Brabant SA c. Commune di Uccle e al.*, *loc. cit.*, punto 54.

non può essere sufficiente per concludere che non sussista la condizione relativa al "controllo analogo" (punto 51). Essa, ritiene, quindi, che una diversa conclusione comporterebbe una sospensione a tempo indefinito della valutazione sul carattere pubblico o meno del capitale di una società aggiudicataria di un appalto pubblico, compromettendo così il principio della certezza del diritto (punto 49). In conseguenza, nonostante un affidamento si configuri potenzialmente lesivo dei principi comunitari, occorre in un certo senso attendere che il vizio in potenza diventi effettivo. Infatti, scrivono i giudici, se il capitale di una società è interamente detenuto dall'amministrazione aggiudicatrice, da sola o con altre autorità pubbliche, al momento in cui l'appalto in oggetto è assegnato a tale società, l'apertura del capitale di quest'ultima ad investitori privati può essere presa in considerazione solo se in quel momento esiste una prospettiva concreta e a breve termine di una siffatta apertura.

La Corte, quindi, sembra modificare il concetto stesso di vocazione commerciale espresso nella precedente giurisprudenza: non appare chiaro perché la previsione in Statuto della obbligatoria apertura del capitale sociale a terzi non sia stata ritenuta una prospettiva concreta e a breve termine tale, cioè, da incidere negativamente sulla permanenza del requisito del controllo analogo in ragione della futura, ma certa, configurazione commerciale della società affidataria.

È pur vero che i giudici europei affermano chiaramente che, nel caso di un affidamento diretto ad una società a capitale pubblico, la successiva ammissione di azionisti privati in corso di validità dell'affidamento, costituirebbe un cambiamento di una condizione fondamentale che imporrebbe l'indizione di una gara (punto 53).

In ogni caso, quindi, la Corte ribadisce che qualora vi sia una partecipazione dei privati al capitale della società pubblica, non può parlarsi di *in house*. Un altro punto fermo sembra essere, quello che indica il momento dell'affidamento come quello in cui occorre valutare se esiste concretamente una partecipazione del capitale privato nella società (*Stadt Halle*, punto 15 e 52; *Sea*, punto 47).

Come già evidenziato all'inizio del presente contributo, è sul piano operativo che appare piuttosto difficile applicare le conclusioni non sempre facilmente interpretabili della giurisprudenza (si pensi alla rilevanza del settore dei servizi pubblici locali)²⁸.

²⁸ Nell'atto di segnalazione citato l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici aveva sottolineato che la Commissione europea nella procedura di infrazione relativa all'affidamento della gestione di servizi idrici nella Regione Basilicata (IP/07/918), al fine di ricondurre un caso di *in house* alle condizioni legittimanti sotto il profilo comunitario ha chiesto alcune modifiche statutarie della società di gestione atte a 1. limitare lo scopo sociale della società, 2. escludere esplicitamente l'apertura del capitale a soggetti privati, 3. rafforzare i poteri dell'ente affidante in tema di controllo strutturale tale da consentire agli enti pubblici azionisti di influenzare in maniera determinante tutte le più importanti decisioni riguardanti la gestione della società. È evidente la differenza tra la posizione della Commissione e la sentenza in commento.

Peraltro, non sempre la giurisprudenza nazionale è in linea con la recente evoluzione di quella comunitaria: sulla scia della precedente giurisprudenza della Corte di giustizia, i giudici nazionali hanno affermato che la proprietà pubblica della totalità del capitale sociale dovrebbe essere garantita da appositi e stabili strumenti giuridici, quale, il divieto statutario di cedibilità delle quote di partecipazione²⁹.

Un chiarimento normativo da parte delle istituzioni comunitarie sarebbe certamente auspicabile al fine di evitare difficoltà applicative da parte degli operatori del settore.

Tiziana Bianchi - Lorenza Ponzone*****

²⁹ Si veda, da ultimo, la sentenza del *Consiglio di Stato*, Sezione V, n. 5082, del 26 agosto 2009, nella quale si è affermato che osta alla configurabilità dell'affidamento *in house* l'acquisizione, da parte dell'impresa affidataria, di una vocazione schiettamente commerciale tale da rendere precario il controllo dell'ente pubblico. Inoltre, il Consiglio di Stato ha aggiunto che detta vocazione, può, in particolare, risultare dall'ampliamento, anche progressivo, dell'oggetto sociale e dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali o dall'espansione territoriale dell'attività della società.

** Dirigente l'Ufficio Relazioni Internazionali e Comunitarie dell'Autorità Vigilanza Contratti Pubblici.

*** Dirigente l'Ufficio per la Regolazione dell'Autorità Vigilanza Contratti Pubblici.