



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Sezione Prima

Adunanza di Sezione del 12 giugno 2013

NUMERO AFFARE 00559/2010

NUMERO AFFARE 04392/2009

OGGETTO:

Ministero dell'interno

quanto al ricorso n. 4392 del 2009:

ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto da Econord s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica signor Luciano Milanese, contro il Comune di Cagno e il Comune di Varese e nei confronti di Aspem s.p.a. avverso la convenzione con il comune di Varese per la gestione coordinata del servizio di igiene urbana.

quanto al ricorso n. 559 del 2010:

ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto da Econord s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica signor Luciano Milanese, contro il Comune di Solbiate e il comune di Varese e nei confronti di Aspem s.p.a. avverso la convenzione con il

Comune di Varese per la gestione coordinata del servizio di igiene urbana.

LA SEZIONE

Vista le relazioni trasmesse con note rispettivamente n. 1258 del 24 agosto 2009 e n. 32 del 12 gennaio 2010, con le quali il Ministero dell'interno - Dipartimento per gli affari interni e territoriali - ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sui ricorsi in oggetto;
visti i pareri interlocutori resi all'adunanza del 23 novembre 2011, con i quali la Sezione ha rimesso gli affari alla Corte di giustizia dell'Unione europea perche si esprimesse su questione pregiudiziale comunitaria e ha sospeso nelle more la decisione dei ricorsi;
vista la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 29 novembre 2012 nelle cause riunite C-182/11 e C-183/11;
esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Elio Toscano;

Premesso.

Con i ricorsi straordinari in oggetto, notificati ai Comuni di Cagno, Solbiate e Varese e alla controinteressata ASPEM s.p.a., dei quali si dispone la riunione per connessione essendo le domande basate sugli stessi presupposti di fatto e di diritto riconducibili a un unico rapporto societario, la Econord s.p.a., società specializzata nei servizi di igiene urbana, ha chiesto l'annullamento di tre atti deliberativi del Consiglio comunale di Cagno (nn. 26, 31 e 37 del 2005) e di due deliberazioni del Consiglio comunale di Solbiate (nn. 11 e 17 del

2005), con cui erano state approvate per ciascun Comune l'adesione in qualità di azionista pubblico ad ASPEM s.p.a., scegliendo quale forma preferenziale di gestione del servizio di igiene urbana quella coordinata con altri Comuni (artt. 30 e 113, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 267 del 2000), e la relativa convezione con il Comune di Varese, nonché - per il solo Comune di Cagno - anche l'accettazione di un'azione della società ASPEM.

Entrambi i Comuni, nel merito, hanno ritenuto sussistenti i presupposti del modulo organizzativo così detto in house, essendo la ASPEM una società strumentale del Comune di Varese.

I motivi di ricorso attengono alla violazione del principio di concorrenza per difetto di motivazione in relazione alla mancata scelta per l'evidenza pubblica e per violazione del principio del controllo analogo da parte dei Comuni di Cogne e di Solbiate, stante la loro irrisoria partecipazione alla società pubblica.

Con i pareri interlocutori del 23 novembre 2011, il cui contenuto si richiama integralmente, la Sezione ha respinto le eccezioni di inammissibilità opposte dai Comuni di Cogne e di Solbiate, secondo le quali le delibere impugnate non erano direttamente lesive della società ricorrente. In proposito, il Collegio ha affermato che ogni impresa operante in un determinato settore ha interesse a contestare la scelta della Pubblica Amministrazione di non procedere all'indizione di una procedura di gara pubblica; e ciò alla luce del generalissimo principio nazionale e comunitario di libera concorrenza e del criterio di effettività del diritto alla tutela giurisdizionale, sancito

dalla Carta costituzionale e dal Trattato europeo.

La Sezione ha ritenuto, poi, di sollevare, perché rilevante e decisiva nella controversia, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), la questione pregiudiziale interpretativa in ordine alla portata della sentenza Coditel Brabant, ossia se il principio di irrilevanza della situazione del singolo ente pubblico partecipante alla società strumentale debba applicarsi anche nel caso in cui, come nel caso in esame, due dei Comuni associati posseggano una sola azione della società strumentale e i patti parasociali intercorsi fra enti pubblici non siano idonei a dare alcun controllo effettivo della società ai Comuni partecipanti, sicché la partecipazione societaria possa considerarsi solo la veste formale di un contratto di prestazione di servizi.

I ricorsi vengono ora alla decisione, dopo che la Corte di giustizia dell'Unione europea (d'ora in poi "la Corte") si è espressa per entrambi con sentenza 29 novembre 2012 nelle cause riunite C-182/11 e C-183/11 e dopo che il Ministero dell'interno ha comunicato che la società ricorrente, a cui è stata notificata copia di detta pronuncia, non ha fatto pervenire alcuna deduzione nel termine di quindici giorni assegnatole.

Considerato.

Con la sentenza 29 novembre 2012, la Corte, richiamati i contesti normativi comunitari e italiano di riferimento della controversia in esame, ha preliminarmente affermato la propria competenza ad esprimersi sulla questione pregiudiziale posta dal Consiglio di Stato, in

quanto attinente all'interpretazione del diritto dell'Unione.

Passando, quindi, all'esame di merito la Corte ha ricordato che *“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, 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 (GU L 199, pag. 1), è altresì applicabile alle procedure di attribuzione degli appalti pubblici di lavori e di servizi?”*. In particolare, sussiste un *“controllo analogo”* quando l'Amministrazione aggiudicatrice è in grado di esercitare una influenza determinante sia sugli obiettivi strategici, sia sulle decisioni più importanti dell'entità aggiudicataria (sentenze Parking Brixen, punto 65; Coditel Brabant, punto 28, e Sea, punto 65).

Su tali premesse, la Corte ha precisato 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 entità in questione, e ciò perché, in caso contrario, verrebbe svuotata di significato*

la nozione stessa di controllo congiunto”.

Fermo restando, quindi, che spetta al giudice del rinvio verificare se le clausole del patto parasociale sottoscritte dai Comuni di Cagno e di Solbiate consentono loro di contribuire effettivamente al controllo della ASPEM, la Corte ha conclusivamente dichiarato:

“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”.

In sintesi, la Corte, nel confermare in linea di diritto e alla stregua dell'ordinamento europeo le condizioni per il legittimo affidamento in house, ha affermato il principio in diritto che l'affidamento in house di un servizio di interesse pubblico a società a cui partecipino più enti pubblici destinatari del servizio medesimo non viola le regole comunitarie, quando ciascuno di essi detiene una quota di capitale ed è parte attiva negli organi di *governance* sociale. Va, altresì, posto in evidenza che, nel rispetto di un modello organizzativo in cui la pubblica amministrazione provvede da sé al perseguimento degli scopi pubblici esercitando il potere di autorganizzazione e in

conformità al più generale principio comunitario di autonomia istituzionale, la Corte ha chiarito che, in materia di in house providing, il requisito del controllo analogo congiunto non sottende una logica dominicale, ma piuttosto una dimensione funzionale. Ciò sta a significare che, affinché il controllo sussista anche nel caso di una pluralità di soggetti pubblici partecipanti al capitale della società affidataria non è indispensabile che ad esso corrisponda simmetricamente un controllo della governance societaria, purché gli enti partecipi di una società in house possano esercitare il detto controllo collettivamente mediante l'assunzione di delibere a maggioranza all'interno degli organi sociali nei quali siedono i loro rappresentanti.

Orbene, entrambi i requisiti indicati dalla Corte nella sentenza interpretativa 29 novembre 2012 si riscontrano nel caso in esame: infatti, i Comuni di Cagno e di Solbiate partecipano al capitale sociale della ASPEM, di cui detengono un'azione ciascuno; inoltre, il patto parasociale sancisce il diritto di entrambi gli enti locali di essere consultati, di nominare un esponente del collegio sindacale e, d'accordo con gli altri Comuni partecipanti al patto di sindacato, di designare un consigliere di amministrazione. Conseguentemente, si deve concludere che i Comuni di Cagno e di Solbiate, congiuntamente al Comune di Varese, esercitano nei confronti della società strumentale un controllo effettivo conforme ai parametri indicati dalla Corte nella pronuncia, che risulta vincolante ai fini della decisione degli odierni ricorsi.

A questo punto è evidente che non possono essere condivise le censure della società ricorrente di violazione del principio di concorrenza per difetto di motivazione in relazione alla mancata scelta per l'evidenza pubblica nell'affidamento del servizio di igiene e per violazione del principio del controllo analogo da parte dei Comuni di Cogne e di Solbiate.

Relativamente al primo motivo di doglianza si osserva che l'affidamento in house rispetto all'affidamento della prestazione mediante gara pubblica è pur sempre una scelta di merito che trae la sua motivazione da una comparazione degli obiettivi pubblici che si intendono perseguire con le possibili modalità realizzative alla luce dei principi di economicità e allo scopo di massimizzare l'utilità per l'Amministrazione. Nel caso di specie, è palese che l'adesione alla società strumentale a cui è affidato il servizio di igiene consegue ad un apprezzamento discrezionale degli enti locali interessati e, in ogni caso, è espressione dell'autonomia organizzativa loro riconosciuta anche dall'ordinamento interno nel perseguimento dei fini pubblici cui sono preposti; né invero le argomentazioni esposte nei ricorsi in esame valgono a comprovare il contrario.

Quanto, poi, alla dedotta violazione del principio del controllo analogo, la censura è infondata alla luce della richiamata pronuncia della Corte e delle considerazioni sopra espresse.

In conclusione, i ricorsi in parola, previa riunione, devono essere respinti.

P.Q.M.

esprime il parere che i ricorsi, previa riunione, debbano essere respinti.

L'ESTENSORE
Elio Toscano

IL PRESIDENTE
Giuseppe Barbagallo

IL SEGRETARIO