

S.P.A. PUBBLICA ED AFFIDAMENTO DIRETTO: LA CORTE DI GIUSTIZIA RIFINISCE <<L'IN HOUSE FRAZIONATO>> IN UNA SENTENZA FORIERA DI CONSEGUENZE (Nota a Corte di Giustizia, Sez.III, 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11)

del Prof. Erik Furno

La Corte di giustizia europea, con la sentenza della III sezione del 29 novembre 2012¹, torna ad occuparsi del requisito del << controllo analogo>>² in una vicenda emblematica del c.d. <<in house frazionato>>³, ovvero l'utilizzo, divenuto sempre più frequente, di una società in house pluripartecipata, in cui il controllo sull'ente affidatario deve essere assicurato ad una molteplicità di enti pubblici costituenti il capitale sociale.

¹ Corte di Giustizia, sezione III, 29 dicembre 2012 (cause riunite C-182/11 e C-183/11), *Econord spa c./Comune di Cagno, Comune di Varese e Comune di Solbiate*, con nota di G. GUZZO, in www.lexitalia.it, n.12/2012.

² A partire dalla c.d. eccezione Teckal (Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, C-197/98, *srl Teckal c./ Comune di Aviano*, punto 50, reperibile come le successive in www.eur-lex.eoropa.eu), l'attribuzione diretta di un appalto è stata giustificata dalla Corte di Giustizia -anche se effettuata a favore di un soggetto formalmente e giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice- a condizione che l'amministrazione eserciti sull'ente affidatario un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e che tale ente realizzi con essa o con altri enti locali che lo detengono la parte più importante della propria attività. Sterminata è la bibliografia sull'istituto dell'in house providing e l'evoluzione da esso subito soprattutto in virtù della giurisprudenza comunitaria. *Ex multis*, C. VOLPE, *La Corte di giustizia continua la rifinitura dell'in house providing. Ma il diritto interno va in controtendenza*, in www.giustizia-amministrativa.it; M. URSO, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, in *Urb. e app.*, n.12/2006, 1420 ss.; D.U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl.com.*, n.1/2007, 50 ss.; M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in www.federalismi.it; M. GALESI, *In house providing: verso una concreta definizione del <<controllo analogo>>?*, in *Urb. e app.*, n.8/2004, 930, e, se si vuole, E. FURNO, *Modelli di gestione e soggetti strumentali dei Comuni, in Governo e gestione dei rifiuti*, a cura di A. LUCARELLI e A. PIEROBON, Napoli 2009, 114 ss.

³ Sul c.d. <<in house frazionato>> M. GIORGIO, *L'in house pluripartecipato: nuovo modello societario o apparato amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1269 ss., e A. NICODEMO, *Il controllo analogo congiunto nell'in house providing*, in www.astrid-online.it.

La Corte del Lussemburgo, invitata a chiarire dal giudice del rinvio la propria giurisprudenza in merito al controllo esercitato congiuntamente da più amministrazioni aggiudicatrici su un'entità affidataria posseduta in comune da queste ultime, nonché in ordine ai presupposti occorrenti affinché in un simile caso venga esercitato un <<controllo analogo>>, conferma la bontà del suo modello giurisprudenziale, al fine di attribuire ai soci pubblici la possibilità di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società in house⁴, e rinvia al giudice nazionale la verifica concreta dell'effettività del controllo esercitato.

Nella specie, le domande di pronuncia erano state sollevate, ex art.267 TFUE, dal Consiglio di Stato, che aveva espresso perplessità in ordine alla compatibilità con il diritto dell'Unione di un regime di prestazione di servizi pubblici locali, segnatamente quello di igiene urbana, assegnato senza gara ad una società strumentale, creata da un altro ente pubblico di peso incomparabilmente maggiore rispetto ai restanti enti pubblici, entrati successivamente a far parte del capitale sociale.

Nello specifico, l'<<asimmetria>> tra i diversi enti affidanti era stata contestata per carenza del requisito del <<controllo analogo>>, considerato che la società in house affidataria aveva un capitale sociale pari ad euro 173.785, di cui il Comune di Varese deteneva il controllo con 173.467 azioni, mentre le restanti 318 azioni erano suddivise tra 36 Comuni, tra cui i Comuni di Cagno e Solbiate, che possedevano una sola azione di un euro ciascuno.

⁴ Secondo la giurisprudenza comunitaria, formatasi in riferimento a compagini multicomunali, sussiste il controllo analogo quando l'ente affidatario è assoggettato ad un controllo reale ed effettivo, strutturale e funzionale da parte delle amministrazioni aggiudicatrici. Cfr. Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, C-458/03 (*Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen*); Corte di Giustizia, 11 maggio 2006, C-340/04 (*Carbotermo spa e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio*); Corte di Giustizia, 17 luglio 2008, C-371/05 (*Comune di Mantova*); Corte di Giustizia, 13 novembre 2008, C-324/07 (*Coditel Brabant SA e Commune d'Uccle*); Corte di Giustizia, 10 settembre 2009, C-573/07 (*Sea srl c. Comune di Ponte Nossa*).

Queste ultime amministrazioni avevano stipulato con l'affidataria un patto parasociale, con cui veniva loro riconosciuto il diritto di essere consultate, di nominare un membro del collegio sindacale e di designare un membro del consiglio di amministrazione di comune accordo con gli altri Comuni partecipanti al patto di sindacato.

Alla luce di ciò, il Consiglio di Stato aveva dubitato che la titolarità di una sola azione e la sottoscrizione di tale patto parasociale potessero dar luogo ad un controllo congiunto effettivo di tutti i soci sulla società affidataria in via diretta del servizio pubblico, in modo da soddisfare i requisiti del <<controllo analogo>>.

In conseguenza di ciò, i giudici di palazzo Spada avevano chiesto alla Corte di accertare

“se il principio di irrilevanza della situazione del singolo ente pubblico partecipante alla società strumentale debba applicarsi anche nel caso in cui, come nella fattispecie, uno dei Comuni associati posseda una sola azione della società strumentale ed i patti parasociali intercorsi fra enti pubblici non siano idonei a dare alcun controllo effettivo della società al Comune partecipante, sicchè la partecipazione societaria possa considerarsi solo la veste formale di un contratto di prestazione di servizi”⁵.

Anche l'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón, nella sue conclusioni⁶, stante l'assenza di precise regole normative e la strumentalità ed occasionalità della giurisprudenza comunitaria, stratificatasi in materia *case by case*⁷, aveva invitato i giudici europei a *“fissare una serie di criteri oggettivi che permettano di stabilire quale tipo di capacità di influenza*

⁵ Punto 18 della sentenza in esame.

⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale, Corte di Giustizia, 19 luglio 2012, nelle cause *Econord spa c. Comune di Varese ed altri*, punto 3.

⁷ Sul tema M. COZZIO, *Il ruolo creativo della giurisprudenza nella disciplina degli appalti pubblici*, in G.A. BENACCHIO e M. COZZIO (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano 2012.

sulla conduzione della società strumentale deve richiedersi all'ente pubblico perché si possa far uso dell'eccezione in house". E ciò allo scopo di non offrire agli enti pubblici la possibilità di eludere le regole del diritto comunitario, che impongono l'affidamento tramite gara, mediante una partecipazione puramente formale, se non simbolica, alla gestione e all'adozione di decisioni della società affidataria.

I giudici comunitari, ribadendo gli approdi giurisprudenziali precedenti⁸, ritengono 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"*⁹. Tuttavia, il controllo esercitato sull'ente affidatario non può fondarsi esclusivamente sul potere di controllo esercitato dall'amministrazione che detiene la partecipazione di maggioranza, per non svuotare di significato la nozione stessa di controllo congiunto.

Secondo la Corte del Lussemburgo, spetterà, quindi, al giudice del rinvio verificare se la sottoscrizione, nella specie, di un patto parasociale, che conferisce ad alcuni Comuni il diritto di essere consultati, di nominare un

⁸ In particolare, la Corte europea richiama la decisione del 13 novembre 2008 (*Coditel Brabant SA*, punti 47 e 50), che afferma il principio, poi confermato dal successivo *arret* del 10 settembre 2009 (*Sea srl*, punto 59), della non necessità di un controllo analogo atomistico ed individuale, essendo, invece, indispensabile che il controllo esercitato da più enti pubblici associati sull'ente affidatario sia congiunto ed effettivo, anche se deliberato a maggioranza. Su tali posizioni si è da tempo attestata anche la giurisprudenza amministrativa, secondo cui *"nel caso di affidamento in house, conseguente all'istituzione da parte di più enti locali di una società di capitali da essi interamente partecipata per la gestione di un servizio pubblico, il controllo, analogo a quello che ciascuno di essi esercita sui propri servizi, deve intendersi assicurato anche se esercitato non individualmente ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo. Il requisito del controllo analogo deve essere quindi verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente* (Cons. St., sez. V, 8 marzo 2011, n.1447, con nota di F. LEGGIADRO, in *Urb. e app.*, n.8/2011,957 ss.; conformi, 24 settembre 2010, n.7092; 29 dicembre 2009, n.8970; 26 agosto 2009, n.5082; 9 marzo 2009, n.1365).

⁹ Punto 30 della sentenza in esame.

membro del collegio sindacale e di designare un consigliere di amministrazione in accordo con gli altri enti c.d. paciscenti, sia idoneo a consentire a tali Comuni un effettivo controllo analogo¹⁰.

Quindi, i giudici comunitari dichiarano che *“quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un’entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un’autorità pubblica aderisce ad un’entità siffatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte 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”*¹¹.

Fin qui il *decisum* dei giudici del Lussemburgo, che, pur demandando al giudice nazionale la verifica in concreto della sussistenza del requisito del controllo analogo, lascia insoluti i dubbi di cui la stessa Corte era stata investita.

Non v’è, infatti, chi non veda come il portato della sentenza comunitaria risulti inappagante nel momento in cui non coglie l’occasione per chiarire i termini del controllo analogo nell’ipotesi del c.d. “in house frazionato”, allo scopo di definire un sistema di controllo che possa dirsi <<analogo>> in conformità ai dettami della giurisprudenza comunitaria.

¹⁰ S. MONZANI, *Controllo “analogo” e governance societaria nell’affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano 2009, specie 254 ss., sottolinea l’insufficienza degli strumenti ordinari del diritto societario in relazione al controllo analogo e la necessità di configurare una *governance* tale da garantire agli enti pubblici soci, indipendentemente dalla quota posseduta, concrete possibilità di controllo strutturale e gestionale dell’ente affidatario.

¹¹ Trattasi del principio di diritto enunciato dalla sentenza in esame.

E' mai possibile che un ente pubblico, che detenga una sola azione in una compagine societaria dominata da altro ente pubblico con schiacciante partecipazione maggioritaria, possa esercitare un controllo sull'ente affidatario, seppur in forma congiunta, analogo a quello esercitato sui propri servizi?

Resta sullo sfondo la necessità di arginare l'eccessiva disinvoltura con cui gli enti locali, mediante il ricorso a tale forma di affidamento diretto, possano eludere il confronto concorrenziale e la messa a gara del servizio pubblico, laddove una maggiore specificazione dei criteri da adottare, al di là della parcellizzazione dei casi concreti, avrebbe potuto essere più proficua in un settore, qual' è quello delle *public utilities*, da sempre dominato dall'incertezza e dalle difficoltà di armonizzare i principi comunitari a tutela della concorrenza con il potere di autorganizzazione delle pubbliche amministrazioni, parimenti riconosciuto a livello comunitario.