

Alla Corte di giustizia UE la questione sulla possibilità di assegnare tramite gara il pacchetto azionario, e quindi il controllo analogo, di una società *in house*.

Il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di giustizia UE la questione della compatibilità con il diritto europeo della normativa interna con cui, in materia di società a partecipazione pubblica, a seguito dei prescritti processi di accorpamento societario, i requisiti per l'affidamento *in house* siano tuttavia venuti meno. Si chiede in particolare di sapere se, in tale ipotesi, i servizi pubblici da svolgere possano o meno continuare ad essere affidati, al nuovo soggetto societario, sempre in via diretta e dunque senza gara.

**Consiglio di Stato, sez. IV, ordinanza 18 novembre 2020, n. 7161 – Pres. Forlenza, Est. Gambato Spisani**

**Contratti pubblici – Società *in house* – Controllo congiunto di più amministrazioni – Affidamento diretto – Presupposti e limiti – Operazioni di aggregazione societaria – Perdita requisiti *in house* – Compatibilità con il diritto UE – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE**

*Va rimessa alla Corte di giustizia UE la seguente questione pregiudiziale:*

*“se l’art. 12 della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 osti ad una normativa nazionale la quale imponga un’aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a seguito della quale l’operatore economico succeduto al concessionario iniziale a seguito di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, comprese fusioni o acquisizioni, prosegua nella gestione dei servizi sino alle scadenze previste, nel caso in cui:*

- (a) il concessionario iniziale sia una società affidataria in house sulla base di un controllo analogo pluripartecipato;*
- (b) l’operatore economico successore sia stato selezionato attraverso una pubblica gara;*
- (c) a seguito dell’operazione societaria di aggregazione i requisiti del controllo analogo pluripartecipato più non sussistano rispetto a taluno degli enti locali che hanno in origine affidato il servizio di cui si tratta” (1)*

(1) I. – Con l’ordinanza in rassegna la quarta sezione del Consiglio di Stato pone uno specifico quesito circa la compatibilità con il diritto europeo della normativa interna con cui è stata prevista l’aggregazione di società originariamente *in house* con altri soggetti societari, e ciò per ragioni legate alla razionalizzazione della spesa pubblica. Il quesito si concentra sulla peculiare ipotesi in cui, a seguito di tali rimodulazioni societarie, siano eventualmente venute meno le caratteristiche previste per gli affidamenti *in house* (in particolare: il controllo analogo). Ci si chiede, più in particolare, se in questi casi la gestione dei vari servizi pubblici può continuare ad essere affidata in via diretta al nuovo soggetto, ossia quello

derivante dalla suddetta aggregazione, allorquando il processo di accorpamento sia avvenuto mediante gara per l'individuazione del soggetto da aggregare.

II. – La sottostante vicenda può essere così sintetizzata:

- a) ACAM era una società a totale partecipazione pubblica con capitale ripartito tra diversi Comuni della provincia di La Spezia. Questi ultimi esercitavano influenza dominante su tale soggetto societario. Dunque una società *in house* la quale, a sua volta, aveva al proprio interno una serie di società controllate che svolgevano, mediante affidamento diretto, diversi servizi pubblici nell'ambito dei territori delle medesime amministrazioni comunali partecipanti alla società. Tra questi servizi rientrava pure la gestione dei rifiuti del Comune di Lerici (anch'esso rientrante tra i Comuni con partecipazioni in ACAM) da parte di ACAM Ambiente s.p.a. (società controllata da ACAM);
- b) in seguito a crisi societaria del gruppo ACAM veniva avviato un processo di ristrutturazione e contestuale aggregazione con altro gruppo societario che sarebbe stato scelto mediante procedura ad evidenza pubblica. In esito a tale gara veniva individuato IREN s.p.a. A questo punto le azioni ACAM, mediante operazioni di contestuale cessione/acquisto da parte dei Comuni, diventavano azioni IREN. Quest'ultima continuava poi a gestire attraverso le stesse società controllate di ACAM i medesimi servizi pubblici presso le varie amministrazioni comunali che avevano in origine partecipazioni in ACAM;
- c) il Comune di Lerici non si adeguava a tale nuovo assetto societario ed istituzionale, ritenendo nello specifico che i presupposti per l'affidamento *in house* di taluni servizi non fossero più sussistenti. Ciò in quanto il controllo analogo delle amministrazioni comunali sarebbe ormai venuto meno. Due le vicende contenziose che si innescavano:
  - c1) da un lato, il Comune stesso avviava procedure ad evidenza pubblica che venivano tuttavia impugnate dalla provincia di La Spezia e da REN. Tali ricorsi venivano accolti dal T.a.r. per la Liguria, sez. II, con sentenza 6 novembre 2019, n. 845, e con sentenza 20 novembre 2019, n. 884. Il Consiglio di Stato, sez. IV, confermava tali pronunzie di primo grado con sentenza 30 ottobre 2020, n. 4655. Dunque, il Comune di Lerici, pur a fronte di tale nuovo assetto, non avrebbe potuto indire gara per l'affidamento del servizio in quanto lo stesso doveva continuare ad essere direttamente gestito dalla predetta ACAM Ambiente s.p.a.;
  - c2) parallelamente, la medesima amministrazione comunale di Lerici impugnava le determinazioni provinciali con cui era stata in sostanza consentita la prosecuzione del servizio rifiuti da parte di ACAM Ambiente

s.p.a. (dunque si protraeva l'affidamento diretto del suddetto servizio). Coerentemente con le decisioni di primo grado di cui al punto che precede [c1]) il T.a.r. per la Liguria, sez. II, rigettava tale ricorso con sentenza 16 ottobre 2019, n. 847. Tale decisione formava oggetto di appello davanti al Consiglio di Stato il quale adottava l'ordinanza di rimessione in rassegna.

III. – Questo il percorso seguito dal Consiglio di Stato:

- d) innanzi tutto si rammentano sul piano normativo i presupposti ed i limiti dell'affidamento di taluni servizi *in house*, ossia: controllo analogo da parte di una o più pubbliche amministrazioni (controllo congiunto o frazionato) ossia influenza dominante sulle principali scelte societarie; attività della società *in house* prevalentemente dedicata alle amministrazioni partecipanti; divieto tendenziale di partecipazione alla società da parte di operatori privati;
- e) si evidenzia poi come la giurisprudenza abbia tra l'altro avuto modo di affermare che:
  - e1) *“il controllo analogo, in linea di principio sussiste quando gli organi statutari dell'ente affidatario partecipato siano composti da rappresentanti dei soci pubblici, e tramite tali organi si eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società”*;
  - e2) *“per mantenere il controllo analogo la struttura del capitale sociale dell'affidataria deve rimanere la medesima nel periodo di riferimento”*;
- f) si sottolinea ancora, sul piano normativo, come la legge n. 190 del 2014 abbia previsto, per obiettivi di razionalizzazione della spesa pubblica, specifici processi di riorganizzazione ed accorpamento delle società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi di rilievo locale;
- g) si osserva infine che, nel caso di specie:
  - g1) il processo di aggregazione ACAM – IREN rientra nel descritto quadro applicativo della legge n. 190 del 2014 (accorpamento per esigenze di risparmio della spesa pubblica);
  - g2) a seguito di tale aggregazione/accorpamento il controllo analogo congiunto, ossia l'influenza dominante di quei comuni della provincia di La Spezia che prima partecipavano in ACAM, è tuttavia venuto meno, e ciò per effetto delle operazioni societarie sopra descritte [cfr. §b)];
  - g3) sempre sul piano dei prescritti requisiti per la sussistenza di una società *in house*, al venire meno del potere di influenza comunale va aggiunto che:
    - IREN opera anche in aree estranee alla provincia di La Spezia (non vi sarebbe pertanto neppure il requisito della “attività prevalentemente dedicata”);

- IREN è società quotata in borsa che dunque vanta al suo interno pure soci privati (verrebbe meno, per tale via, anche il requisito del divieto di partecipazione privata);
- g4) la gara indetta per la aggregazione del nuovo soggetto societario non aveva ad oggetto un solo servizio pubblico ma più servizi pubblici, tra cui anche quello oggetto di specifica contestazione in questa sede (gestione ciclo rifiuti Comune di Lerici);
- h) si è in presenza di due tesi: quella del Comune di Lerici, secondo il quale il venire meno di tutti i presupposti dell'*in house* renderebbe illegittima la protrazione dell'affidamento del servizio di cui si discute in capo ad ACAM Ambiente; quella delle suddette società ACAM – IREN e della Provincia di La Spezia, secondo cui il pur rinnovato assetto societario, poiché avviato mediante pubblica gara, non avrebbe nella sostanza comportato il venire meno dei ridetti presupposti (tesi del resto fatta propria dallo stesso Consiglio di Stato nella citata sentenza n. 6655 del 30 ottobre 2020, con cui si è ritenuta illegittima la scelta del Comune di Lerici di mettere a gara il servizio gestione rifiuti); nel formulare il quesito di cui sopra alla Corte di giustizia, si ritiene tutto sommato percorribile l'opzione da ultimo descritta sulla base delle seguenti ulteriori considerazioni:
  - h1) obiettivo della normativa europea e nazionale, *in subiecta materia*, è quello di "*promuovere la concorrenza*". Dunque le amministrazioni debbono adottare procedure di evidenza pubblica ogniqualvolta si intenda provvedere alla individuazione di un soggetto privato ai fini dello svolgimento di taluni servizi pubblici;
  - h2) in questa direzione diventa irrilevante se le suddette procedure di gara abbiano ad oggetto il singolo servizio oppure l'intero pacchetto azionario della società che svolge i vari servizi, ipotesi quest'ultima del resto registratasi proprio nel caso di specie (in altre parole: l'affidamento del "controllo analogo");
  - h3) un simile percorso risulta peraltro assimilabile all'istituto del "negozio indiretto": fattispecie questa cui si ricorre, a titolo esemplificativo, allorché si decida di acquistare un immobile non mediante un semplice contratto di compravendita bensì attraverso la cessione del pacchetto azionario della società titolare dell'immobile stesso.

IV. – Si segnala per completezza quanto segue:

- i) *In house providing* (di cui al 5° considerando della direttiva n. 2014/24/UE ed all'art. 2, comma 1, della direttiva n. 2014/23/UE) costituisce una specifica applicazione del principio di autorganizzazione o di libera amministrazione delle

autorità pubbliche, come riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo sin dalla sentenza *Stadt Halle* (in particolare al punto n. 48, Corte di giustizia UE, 11 gennaio 2005, C-26/03, in *Foro it.*, 2005, IV, 136, con nota di R. URSI; *Giur. comm.*, 2007, II, 60, con nota di R. OCCHILUPO; *Giorn. dir. amm.*, 2005, 271, con nota di C. GUCCIONE; *Urbanistica e appalti*, 2005, 288, con nota di R. DE NICTOLIS; *Nuovo dir.*, 2005, 351, con nota di IERA; *Contratti Stato enti pubbl.*, 2005, 231, con nota di ASTEGIANO; in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2005, 665, con nota di E. SCOTTI; *Dir. comm. internaz.*, 2005, 167, con nota di FERRANDO; *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 992, con nota di V. FERRARO; *Guida al dir.*, 2005, 4, 101, con nota di SCINO; *Dir. e giustizia*, 2005, 5, 93, con nota di M. ALESIO; *Servizi pubbl. e appalti*, 2005, 453, con nota di F. ROSSI; *Rass. avv. Stato*, 2004, 1100, con nota di MORICCA); coerentemente con questi principi, l'art. 12 della direttiva n. 2014/24/UE "esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione, cioè dalla necessità di una previa procedura ad evidenza pubblica, gli appalti aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, quando siano soddisfatte le tre condizioni proprie dell'in house" (condizioni che, riepilogativamente, sono le seguenti:

- i1) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;
  - i2) oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi;
  - i3) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata);
- j) quanto alla principale giurisprudenza in tema di *in house*, peraltro ampiamente richiamata anche dalla decisione in rassegna, si veda: Corte di Giustizia UE 10 settembre 2009, C-573/07 [in *Guida enti locali*, 2009, fasc. 38, 62, con nota di NICO; *Rass. avv. Stato*, 2009, 152; *Dir. e pratica amm.*, 2009, fasc. 10, 12 (m), con nota di ATELLI; *Giurisdiz. amm.*, 2009, III, 674; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, 2233, con nota di MORZENTI PELLEGRINI; *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2009, 1925 (m), con nota di FERRARI; *Urbanistica e appalti*, 2010, 38, con nota di VOLPE; *Giur. it.*, 2010, 956 (m); *Giornale dir. amm.*, 2010, 127, con nota di GIORGIO; *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2010, 57, con nota di BIANCHI, PONZONE]; Corte di giustizia UE 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant SA* [in *Urbanistica e appalti*, 2009,

285, con nota di LEGGIADRO; *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2009, 354 (m), con nota di FERRARI; *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2009, 30, con nota di BOTTEON; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, 2899; *Giur. it.*, 2009, 1251, con nota di CARANTA; *Riv. trim. appalti*, 2009, 383 (m), con nota di BASSI]; Corte di giustizia UE 17 luglio 2008, C - 371/05 [in *Bollettino trib.*, 2009, 1312; *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2008, 2016 (m), con nota di DE FALCO; *Dir. ed economia assicuraz.*, 2009, 369; *Corriere trib.*, 2009, 302, con nota di CENTORE; *Giur. it.*, 2008, 2853; *Urbanistica e appalti*, 2008, 1401 (m), con nota di VOLPE; *Guida enti locali*, 2008, fasc. 42, 79, con nota di NICO; *Urbanistica e appalti*, 2009, 20 (m); *Giur. comm.*, 2009, II, 5, con nota di PIAZZONI; *Ragiufarm*, 2009, fasc. 111, 38 (m); *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, 1960; *Riv. trim. appalti*, 2009, 165, con nota di SCARALE]; Corte di giustizia UE, sez. V, 18 novembre 1999, C-107/98 *Teckal* (in *Guida al dir.*, 1999, fasc. 47, 107, con nota di SCIAUDONE);

k) si veda poi la News US n. 65 del 17 giugno 2020 (relativa a Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100), per la più ampia trattazione delle seguenti tematiche: normativa diretta a favorire l'assetto concorrenziale [§ g)]; rapporto regola-eccezione fra affidamento a terzi e affidamento *in house* [§ h)]; scelta del modulo gestionale da parte degli enti locali [§ j)];

l) sulla motivazione del mancato ricorso al mercato si veda:

11) Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100 cit., (in *Foro it.*, 2020, I, 3002, con nota di D'AURIA), ove è stato escluso il vizio di eccesso di delega e la violazione del divieto di *gold plating* – considerato principio di estrazione non unionale – nella previsione, contenuta nell'art. 192, comma 2, codice dei contratti pubblici, circa l'obbligo di motivazione sulle ragioni del mancato ricorso al mercato nell'ambito degli affidamenti *in house*. Il rispetto dei principi di concorrenza, pubblicità e trasparenza, la discrezionalità legislativa, il quadro normativo eurounitario e la continuità con la legislazione nazionale precedente, le direttrici entro le quali la Corte è giunta alla conclusione della necessità della motivazione per scelte che hanno effetti sul mercato delle pubbliche commesse. Più in particolare, secondo la Corte l'obbligo di motivazione sulle ragioni del mancato ricorso al mercato imposto dall'art. 192, comma 2, d. lgs. n. 50 del 2016, legittimamente risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza e dunque non risulta in contrasto con il criterio previsto dall'art. 1 comma 1, lettera a), della legge delega n. 11 del 2016;

12) Corte di giustizia UE, sez. IX, ordinanza 6 febbraio 2020, C-89/19, C-90/19, C-91/19 – Rieco s.p.a. (oggetto della News US n. 31 del 20 marzo 2020 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza,

nonché in *Giur. it.*, 2020, 1178 (m), con nota di MEALE; *Urbanistica e appalti*, 2020, 353, con nota di CONTESSA; *Giur. it.*, 2020, 1731 (m), con nota di MAMELI), secondo cui: “L’articolo 12, paragrafo n. 3, della direttiva n. 2014/24/UE deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un’operazione interna, denominata anche “contratto in house”, all’impossibilità di procedere all’aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell’amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all’operazione interna. La Corte di giustizia si sofferma altresì sul regime di “stretta necessità” delle partecipazioni pubbliche, sancito dall’art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 175 del 2016, secondo cui “Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”. La Corte ritiene compatibile con il diritto europeo una simile disposizione;

- m) sugli organismi di diritto pubblico e le società pubbliche si veda la citata News US n. 31 del 20 marzo 2020 [§ i];
- n) in dottrina, anche con riferimento alla disciplina delle società pubbliche racchiusa nel relativo t.u. si veda R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020. Si vedano in particolare i capitoli 5 (L’ambito soggettivo) e 6 (I contratti esclusi). Nel primo di essi si tratta la tematica della società miste, operando un raffronto tra disciplina del codice dei contratti (decreto legislativo n. 50 del 2016) e testo unico sulle società a partecipazione pubblica (decreto legislativo n. 175 del 2016). Viene in particolare analizzato l’art. 17 del ridetto testo unico nella parte in cui si prevede una gara “a doppio oggetto” per scelta del socio e affidamento della *mission* aziendale e nella parte in cui si disciplinano i limiti di partecipazione societaria, rispettivamente di matrice pubblica e privata. Ampio spazio viene poi dato all’esame della comunicazione 5 febbraio 2008 della Commissione UE nonché al parere del Consiglio di Stato, sez. II, 18 aprile 2007, n. 456. Nel capitolo 6 si affronta più da vicino il tema dell’*in house providing*. Come messo in evidenza dall’autrice: “L’espressione *in house providing*, – come declinata in ambito europeo – descrive il fenomeno dell’autoproduzione, da parte di pubbliche amministrazioni, di beni, servizi o lavori, senza fare ricorso al mercato e a terzi soggetti: in luogo della esternalizzazione, l’amministrazione si procura beni, servizi, lavori al proprio interno mediante formule organizzative che vanno dalla costituzione di apposite società, c.d. *in house*, all’utilizzo di propri uffici interni, o aziende autonome”. Ed ancora: “Si parla di società *in house* quando l’ente pubblico dà vita ad una società da esso totalmente

*partecipata, che opera come longa manus dell'ente medesimo per la realizzazione di lavori e opere o per l'espletamento di servizi, sicché l'ipotesi equivale a quella di esercizio diretto dell'attività da parte dell'ente, la c.d. autoproduzione, o produzione "fatta in casa" ... La ratio della neutralità europea si fonda sul riconoscimento del principio di 'autoorganizzazione amministrativa', che trova a sua volta corrispondenza nel più generale principio comunitario di autonomia istituzionale e organizzativa, espresso con la formula "libera amministrazione delle autorità pubbliche": la scelta per l'autoproduzione è espressione dell'autonomia organizzativa degli apparati amministrativi, e non presenta, di per sé, profili di contrasto con il diritto europeo". Nel suddetto capitolo si illustrano poi i principali capisaldi della disciplina di riferimento (ricavabili dal codice dei contratti e dal testo unico sulle società partecipate), soffermandosi in particolare sui tre presupposti di derivazione comunitaria (controllo analogo, attività prevalentemente dedicata, divieto tendenziale di partecipazione dei privati). Notevole dunque lo spazio dedicato al tema del controllo analogo (vengono riportate le varie distinzioni tra controllo diretto, indiretto o "a cascata", invertito e orizzontale, congiunto o frazionato). Da segnalare infine, sempre ai fini qui di stretto interesse, il paragrafo dedicato al fallimento ed alle altre procedure concorsuali.*