

Dossier**Nuove aperture negli appalti *in house* e nelle società miste****di Liliana Tessaroli^(*)**

SOMMARIO: 1. Premessa. -2. Appalti *in house*. -3. L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2008. -4. Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP). -5. Differenze e aspetti comuni degli appalti *in house* e delle società miste. -6. I riflessi del Disegno di legge Lanzilotta e del Decreto Bersani in materia di "appalti *in house*". -7. La sentenza della Corte di Giustizia nella causa Adelfo c/o Tragsa. -8. Comunicazione Interpretativa della Commissione Europea del 5 febbraio 2008. -9. L'ultimo intervento della Corte di Giustizia. -10. Conclusioni.

IN ALLEGATO^():** 1. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza del 3 marzo 2008 n. 1. -2. Corte di Giustizia delle Comunità europee, Osservazioni del Governo italiano, causa pregiudiziale C-573/07. -3. Decreto legge 25 giugno 2008 n. 112, Art. 23-bis. -4. Corte di Giustizia delle Comunità europee, Seconda Sezione, sentenza del 17 luglio 2008 nella causa C-371/05.

1. Premessa

Oggetto del lavoro è l'analisi della disciplina degli "appalti *in house*" e delle società miste. Lo scopo è quello di focalizzare lo stato dell'arte di questi due istituti dopo una cospicua e non sempre coerente giurisprudenza e legislazione nazionale (1) e comunitaria.

La problematica dell'*in house providing* è particolarmente importante in quanto riguarda il settore degli appalti pubblici, che ha un ruolo fondamentale nella vita economica del nostro Paese; la Commissione europea sostiene che tale istituto sia "uno strumento strategico per ottimizzare il funzionamento del mercato unico europeo" (2).

2. Appalti *in house*

Gli "appalti *in house*" sono sostanzialmente degli appalti pubblici che vengono affidati a soggetti che sono parte della stessa amministrazione aggiudicatrice. L'espressione *in house providing* trova le sue origini nel libro

^(*)Dottore in giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

^(**)Gli allegati sono pubblicati secondo l'ordine cronologico relativo alla redazione degli atti.

(1) Ultimo intervento in questa materia effettuato dal legislatore nazionale con D.L. 112 del 2008, vedi documento in allegato.

(2) Libro Bianco, "Gli appalti pubblici nell'Unione Europea", 1998.

bianco del 1998, nel quale la Commissione europea, con riferimento al settore degli appalti pubblici, definisce gli appalti *in house* come “*quelli aggiudicati all'interno della Pubblica amministrazione, ad esempio tra Amministrazione centrale e locale o, ancora, tra una Amministrazione ed una società interamente controllata*” (3).

La fattispecie degli appalti *in house* legittima l'affidamento diretto, senza previa gara, del servizio di un ente pubblico ad una persona giuridicamente distinta, qualora l'ente eserciti sulla seconda un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e che la seconda realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano (4). L'affidamento diretto di un servizio pubblico viene consentito tutte le volte in cui un ente pubblico decida di affidare la gestione del servizio, al di fuori del sistema della gara, avvalendosi di una società esterna che sia qualificabile come una *longa manus* dell'ente stesso. Il modello di organizzazione è meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica (5), il che esclude l'applicazione della disciplina comunitaria dei pubblici appalti (6). Trattandosi di deroga ai principi di concorrenza, di non discriminazione e di trasparenza (7), tale istituto è ammissibile solo nel rispetto rigoroso di alcune condizioni, individuate dalla giurisprudenza comunitaria ed elaborate anche da quella nazionale. Le condizioni per la configurabilità dell'*in house providing*, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, vanno interpretate restrittivamente secondo la giurisprudenza comunitaria e nazionale (8).

Negli ultimi mesi ci sono stati importanti sviluppi in questo ambito, sia a seguito dell'attività del giudice amministrativo nazionale che delle autorità comunitarie, che in varie occasioni sono tornati ad occuparsi dell'istituto cercando di cristallizzarne la disciplina.

(3) *Idem*.

(4) Corte Giustizia, sent. 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*.

(5) La formula “delegazione interorganica” è utilizzata come sinonimo di “*in house providing*” per indicare quella forma gestionale “*che non esula dalla sfera amministrativa dell'amministrazione aggiudicatrice*”, in Libro Bianco “*Gli appalti pubblici nell'Unione Europea*” 1998, punto 2.1.3.

(6) Le direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE.

(7) “*Nel settore degli appalti pubblici e delle concessioni, nel caso in cui un'autorità pubblica affidi la prestazione di attività economiche a terzi trovano applicazione il principio di parità di trattamento e le sue specifiche manifestazioni, ossia il divieto di discriminazione in base alla nazionalità e gli articoli 43 e 49 del trattato CE, che riguardano rispettivamente la libertà di stabilimento e la libera prestazioni dei servizi. Più precisamente, i principi derivanti dagli articoli 43 e 49 del trattato CE comprendono non soltanto la non discriminazione e la parità di trattamento, ma anche la trasparenza, il mutuo riconoscimento e la proporzionalità*”. Si veda in proposito la comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, GU C 121 del 29 aprile 2000, pag. 6.

(8) Corte di Giustizia sent. del 6 aprile 2006, C-410/04 e Consiglio di Stato, sez. II, parere n. 456 del 2007.

3. *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2008*

Il giudice amministrativo ha ritenuto la fattispecie oggetto del ricorso (affidamento diretto da parte di un'ASL del servizio di assistenza domiciliare territoriale ad una società mista, solo "controllata" dall'ente pubblico) non riconducibile all'ipotesi di un appalto *in house*, ma alla diversa ipotesi dell'affidamento del servizio a *società mista*. La linea di confine tra questi due modelli non è mai stata chiaramente delineata e si può sostenere che l'ascesa e la caduta del modello della società mista pubblico e privato non è nient'altro che il riflesso dell'evoluzione giurisprudenziale della nozione di affidamento diretto o *in house*. Infatti, dalle aperture iniziali del giudice nazionale che ha interpretato estensivamente il concetto di società *in house* fino ad includervi molte fattispecie di società miste a partecipazione pubblica maggioritaria (9), con conseguente esclusione della necessità di procedere all'affidamento del servizio attraverso procedure a evidenza pubblica, si è giunti progressivamente a un'interpretazione della nozione sempre più ristretta, prima da parte della Corte di Giustizia e poi dalla giurisprudenza nazionale (10). Su questo punto sembra che il Consiglio di Stato abbia finalmente raggiunto un punto fermo: l'*in house providing* e la società mista sono due istituti incompatibili tra loro, la configurabilità dell'una esclude l'altra (11). Il nodo centrale della questione riguarda l'applicabilità delle procedure ad evidenza pubblica alle società miste e l'affidamento diretto da parte della pubblica amministrazione in deroga alle disposizioni comunitarie in materia di appalti.

4. *Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP)*

Secondo il diritto comunitario, le società miste rientrano nel concetto di *Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP)*, la cui origine risale al "libro verde" della Commissione CE relativo al IPPP e al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni. La Commissione ha precisato che il termine IPPP si riferisce in generale a "*forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio*" (12). Sono stati previsti due tipi di partenariato pubblico-privato: il tipo "puramente contrattuale" e quello "istituzionalizzato".

(9) Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 272 del 2005, si afferma che la società per azioni a capitale pubblico maggioritario costituisce un modello alternativo alle aziende speciali e pertanto l'affidamento del servizio può avvenire senza esperimento di una procedura di gara.

(10) Secondo M. Clarich, "*Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti in "house" e concorrenza per il mercato*", in *Corriere giuridico* n. 7 del 2007, editoriale Enti pubblici.

(11) Consiglio di Stato, sez. II, parere n. 456 del 2007 e Ad. Plenaria n. 1 del 2008.

(12) Libro verde del 30 aprile 2004.

Il primo è quello “*basato esclusivamente su legami contrattuali tra i vari soggetti. Esso definisce vari tipi di operazioni, nei quali uno o più compiti, più o meno ampi, vengono affidati al partner privato*”. I modelli di partenariato di tipo contrattuale più conosciuti sono l'appalto e la concessione.

Il modello di partenariato di tipo istituzionalizzato più conosciuto è quello della società mista, basata sulla cooperazione tra il settore pubblico e quello privato in seno a un'entità distinta detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato, la quale ha la “missione” di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico.

È bene precisare che a livello comunitario non esiste una normativa specifica sulla costituzione dei IPPP.

5. Differenze e aspetti comuni degli appalti in house e delle società miste

Il modello di società mista che si è sviluppato e diffuso in Italia non coincide né con quello ipotizzato dalla Commissione europea né con quello *in house*, anche se presenta degli aspetti comuni.

Le società miste previste dal nostro ordinamento condividono con gli organismi *in house* la possibilità di essere affidatarie dirette degli incarichi ad esse attribuiti, nonché, almeno di solito, la prevalenza della loro attività a favore dell'ente o degli enti pubblici che le costituiscono.

La società mista si differenzia dagli organismi *in house*, perché i controlli che su di esse esercitano gli enti pubblici che le costituiscono sono quelli che vengono normalmente esercitati dai soci di una società di capitali e che non hanno nulla a che vedere con i controlli ai quali devono essere sottoposti gli organismi *in house*.

Le società miste del nostro diritto interno condividono con quelle previste dalla Commissione europea la necessità che il socio privato venga scelto mediante una procedura concorrenziale. Pertanto, se è vero che alle società miste previste dall'ordinamento interno gli incarichi sono affidati direttamente, è del pari vero che il coinvolgimento dei privati nello svolgimento di tali incarichi avviene attraverso una procedura concorrenziale e, quindi, nel rispetto del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.

Questi due modelli, la società mista nazionale e quella comunitaria, si differenziano in quanto nella prima l'attività ad essa affidata non è, almeno di norma, svolta dai soci, ma direttamente dalla società con la propria organizzazione imprenditoriale, per cui il ruolo che esercita il socio pubblico non è quello di un semplice controllore, come previsto dal secondo.

Analizzati gli aspetti comuni e le differenze di questi due istituti, possiamo ora all'evoluzione legislativa della disciplina nazionale delle società miste.

6. I riflessi del Disegno di legge Lanzilotta e del Decreto Bersani in materia di “appalti in house”

In Italia, negli ultimi quindici anni, si è detto che la privatizzazione della gestione dei servizi pubblici è un processo imposto dal diritto comunitario e/o dalla “*mano invisibile del mercato*”. Il Testo Unico degli enti locali del

2000, riconosce ai Comuni il potere di scegliere il proprio modello organizzativo di gestione dei servizi (pubblico, misto, privato); nel disegno di legge Lanzilotta (13) la modalità di gestione dei servizi è unica con l'esternalizzazione e l'uso del modello privatistico della società per azioni. L'ex ministro per gli Affari regionali, Linda Lanzillotta, ha dichiarato: "*Vogliamo restituire al mercato ciò che è del mercato. Vogliamo riaprire un'area di mercato che è stata progressivamente occupata da soggetti pubblici in modo improprio. Con l'articolo 13 del decreto legge sulle liberalizzazioni abbiamo voluto mettere fine a questa situazione e il divieto per le società pubbliche che svolgono un'attività strumentale di acquisire nuovi contratti fuori del loro territorio di casa è già in vigore*" (14). È stata l'ex ministro a proporre l'inserimento nel decreto legge Bersani della norma (15) che vieta l'ulteriore espansione di società pubbliche che, forti della rendita data dall'affidamento senza gara in casa, vanno poi fuori ad acquisire altri contratti.

Il tentativo del legislatore è quello di mettere sullo stesso piano l'attività svolta dal settore pubblico e da quello privato, dimenticando il fine che caratterizza e differenzia questi due ambiti. La pubblica amministrazione nello svolgimento della sua attività persegue l'interesse generale della collettività mentre le società private da sempre rimangono ancorate all'"utile".

Il tema dell'*in house* è disciplinato dall'art. 13 della legge 4 agosto 2006 n. 248, di conversione del D.L. 4 luglio 2006, n. 223. Tale articolo stabilisce che l'ambito soggettivo di applicazione della normativa riguarda esclusivamente le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali. È assente ogni riferimento ad amministrazioni o ad enti statali, cosicché le relative società sono da ritenersi escluse dall'ambito di applicazione della disposizione. Tale mancanza priva il nostro ordinamento di una legislazione sistematica e completa.

L'art. 13 stabilisce un particolar regime giuridico per le società che rientrano nell'ambito di applicazione di questa normativa. Infatti, esse non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti, pubblici o privati che siano. La normativa richiede una corrispondenza soggettiva tra enti pubblici titolari del capitale sociale ed enti beneficiari delle prestazioni effettuate da tale società. La società deve svolgere tutta la sua attività, e non solo la parte principale di essa, a favore dell'ente socio: deve operare solo per quest'ultimo. In questa ottica, il decreto Bersani detta una disciplina più rigorosa rispetto agli indirizzi della giurisprudenza comunitaria, che non esigono l'esclusività a favore dell'ente affidante e che, invece, ammettono che la società pubblica svolga anche un'attività a favore di altri soggetti. Per queste

(13) Disegno di legge n. 772 recante delega al Governo per il riordino dei servizi pubblici locali presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri (Prodi), dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie locali (Lanzilotta) e dal Ministro dello sviluppo economico (Bersani) di concerto col Ministro dell'interno (Amato) e col Ministro delle infrastrutture.

(14) Intervista Linda Lanzillotta di Giorgio Santilli da *Il Sole 24ore* del 14 luglio 2006.

(15) Art. 13 della legge 4 agosto 2006 n. 248, di conversione del D.L. 4 luglio 2006, n. 223.

società sussiste il divieto di partecipare ad altre società o enti. L'obiettivo della disposizione è quello di evitare che, attraverso l'acquisizione di partecipazioni azionarie, si eluda in via indiretta l'obbligo di svolgere attività esclusivamente per i propri azionisti e quello di tutelare la concorrenza.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato considera regola ormai acquisita nel nostro ordinamento la necessità, in ambito di costituzione di società miste, di ricorrere a procedure selettive per la scelta del partner privato. Tale regola è riscontrabile anche nel testo dell'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 163 del 2006 che prescrive che "*Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica*". Ne consegue una vera e propria enunciazione del principio secondo cui, nella costituzione di società miste, consentite nei soli casi già previsti da una disciplina speciale, nel rispetto del principio di legalità, la scelta del socio deve avvenire "*con procedure di evidenza pubblica*".

È prescritto che tali società abbiano come oggetto sociale esclusivo la produzione di beni e di servizi strumentali all'attività degli enti partecipanti o lo svolgimento *esternalizzato* di funzioni amministrative di loro competenza. In questo modo, il legislatore ha voluto evitare che queste società possano diversificare i loro ambiti di attività, estendendole in settori diversi ove deve pienamente operare il regime di concorrenza.

Questi interventi legislativi hanno ingiustificatamente irrigidito l'ambito di operatività della pubblica amministrazione e l'eccessivo rigore è evidente anche in una recente sentenza della Corte di Lussemburgo.

7. La sentenza della Corte di Giustizia nella causa *Adelfo c/o Tragsa*

La Corte di Giustizia, con la sentenza del 19 aprile 2007, resa in causa pregiudiziale C-295/95 (*Ademfo c/o Tragsa*), ha aperto "*un spiraglio ad un significativo allargamento dell'in house providing*" (16). La novità e l'importanza della decisione consiste nella circostanza che abbia applicato i noti principi degli appalti *in house* (a partire dalla sentenza *Teckal* del 1999) ad una società che opera nell'interesse di più amministrazioni pubbliche e presenta una struttura organizzativa tipica delle imprese. La Transformación Agraria SA è una società statale spagnola, che presta servizi essenziali in materia di sviluppo rurale e conservazione dell'ambiente e al cui capitale partecipano enti locali. La Tragsa è uno strumento esecutivo e servizio tecnico dell'amministrazione ed è tenuta ad effettuare in via esclusiva, direttamente o per il tramite delle sue controllate, i lavori ad essa attribuiti dall'amministrazione generale dello Stato, nelle materie che costituiscono l'oggetto sociale della società e segnatamente quelli che hanno carattere urgente o che sono stati

(16) G. Fiengo, "*Un significativo allargamento dell'in house providing*", in *Rassegna Avvocatura dello Stato* n. 1 del 2007.

ordinati in seguito alla constatazione di situazioni urgenti. Per i lavori, l'assistenza tecnica, le consulenze e le forniture e la prestazione di servizi ad essa affidati la Tragsa e le sue filiali ricevono un corrispettivo pari ad un importo corrispondente alle spese da loro sostenute, in applicazione di un sistema tariffario predeterminato. La Corte di Lussemburgo ha ritenuto che non viola le direttive sugli appalti né crea distorsioni della concorrenza il fatto che le amministrazioni pubbliche si attrezzino per auto-produrre attività e servizi che potrebbero in alternativa costituire prestazioni da richiedere al mercato degli appalti. La premessa dell'operazione è che l'amministrazione disponga di "fabbriche, scorte, officine o servizi tecnici ed industriali idonei alla realizzazione delle opere progettate". In tale contesto l'attività di un'impresa pubblica costituisce strumento lecito di razionalizzazione degli interventi e utile paragone per la conoscenza dei costi effettivi del settore degli appalti.

Dal confronto del decreto Bersani con questa sentenza si evince una disciplina italiana più penalizzante per la pubblica amministrazione rispetto a quella riservata dalla Corte di Giustizia, in quanto la normativa nazionale richiede una corrispondenza soggettiva tra enti pubblici titolari del capitale sociale ed enti beneficiari delle prestazioni effettuate da tale società. La società deve svolgere tutta la sua attività, e non solo la parte principale di essa, a favore dell'ente socio: deve operare solo per quest'ultimo.

8. Comunicazione Interpretativa della Commissione Europea del 5 febbraio 2008

Un ulteriore atto che merita di essere analizzato in materia di società miste è la comunicazione interpretativa COM(2007)6661 della Commissione europea del 5 febbraio 2008 relativa all'applicazione del diritto comunitario su appalti e concessioni alle società miste pubblico-private. Con questo documento, la Commissione ha cercato di colmare le lacune lasciate dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Con questa iniziativa di *soft law*, la Commissione chiarisce che i requisiti di ammissibilità del ricorso all'*in house providing* devono essere interpretati restrittivamente alla luce della giurisprudenza comunitaria e che questo non deve costituire un ostacolo alla creazione di IPPP, per le quali è richiesto solo il rispetto della concorrenza. Lo scopo della Commissione è quello di chiarire quando e come le regole comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni si applicano alla costituzione di società miste. La Commissione sostiene che "l'incertezza giuridica che regna attorno alla partecipazione di partner privati ai IPPP può nuocere al successo della formula. Il rischio di dar vita a strutture basate su contratti che successivamente possono rivelarsi non conformi al diritto comunitario può dissuadere le autorità pubbliche e i soggetti privati dal costituire partenariati pubblico-privati istituzionalizzati" (17). "L'obiettivo

(17) Comunicazione interpretativa della Commissione del 5 febbraio 2008 C(2007)6661.

della comunicazione è accrescere la certezza del diritto e, soprattutto, dare una risposta alle preoccupazioni espresse da più parti circa l'applicazione del diritto comunitario alla partecipazione di partner privati nei IPPP, vista da alcuni come un elemento che rischia di rendere tale formula poco attraente se non addirittura impraticabile" (18). La Commissione ha fondato questo documento sul principio della Corte di Giustizia, secondo il quale la partecipazione di un socio privato nel capitale esclude che sia ipotizzabile il ricorso all'*in house providing* rispetto alla società in questione. In effetti la Corte di Lussemburgo ha rilevato che la partecipazione, anche minoritaria o potenziale (19), di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice esclude in ogni caso la possibilità di una relazione "interna" (*in house*), sottratta in linea di principio alla normativa in materia di appalti pubblici, tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società in questione (20). "La costituzione del IPPP, le disposizioni di diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni impongono all'amministrazione aggiudicatrice di seguire una procedura equa e trasparente quando procede alla selezione del partner privato che, nell'ambito della sua partecipazione all'entità a capitale misto, fornisce beni, lavori o servizi, o quando procede all'aggiudicazione di un appalto pubblico o di una concessione a un'entità a capitale misto. In ogni caso, le amministrazioni aggiudicatrici non possono "ricorrere a manovre dirette a celare l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi a società ad economia mista" (21). "Per costituire un IPPP in modo conforme ai principi del diritto comunitario, evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura, si può procedere nel modo seguente: il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione del IPPP e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto" (22). La Commissione sottolinea, poi,

(18) *Idem*.

(19) Il Consiglio di Stato, nel confermare i principi della sentenza della Corte di Giustizia del 13 ottobre 2005, *Parking Brixen*, ha statuito che i requisiti dell'affidamento *in house* non sussistono nel caso in cui il capitale della società affidataria sia "aperta" ai privati.

(20) Se con la sentenza *Stadt Halle* la Corte di Giustizia ha escluso la possibilità di affidamenti diretti quando il soggetto aggiudicatore è partecipato da privati, con la più recente sentenza *Parkin Brixen* il giudice comunitario si è spinto ancora oltre sancendo l'illegittimità dell'affidamento diretto nel caso in cui nonostante la titolarità totalmente pubblica del gestore, non sembra comunque possibile che la pubblica amministrazione possa esercitare il controllo analogo.

(21) Comunicazione interpretativa della Commissione del 5 febbraio 2008 C(2007)6661 p. 5.

(22) *Idem*.

che non è assolutamente necessario bandire due gare (scelta del partner privato ed affidamento dell'opera o del servizio): per operare un affidamento conforme ai principi comunitari ed evitare al tempo stesso la doppia gara basterà selezionare il *partner* privato dell'IPPP mediante un'unica gara, che abbia ad oggetto sia il contratto pubblico da assegnare alla futura società mista, sia la scelta del *partner* con la specificazione del contributo operativo che quest'ultimo dovrà eseguire e/o del contributo alla gestione della società. Il suggerimento della Commissione alle stazioni appaltanti (ed alle imprese che con le stesse collaborano) è di definire "a monte" il rapporto negoziale con il partner privato della società mista, conformemente ai principi comunitari di trasparenza e concorrenza.

La comunicazione interpretativa della Commissione europea ha una posizione diversa rispetto a quella dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato in merito: la prima non ritiene necessaria la doppia gara per la scelta del partner privato e per l'affidamento, mentre il Consiglio di Stato la raccomanda in caso di servizi pubblici locali. Quale posizione operativa occorre prendere in merito? L'augurio che al più presto la giurisprudenza e la legislazione nazionali possano dare delle indicazioni in merito e soprattutto in linea con le indicazioni comunitarie, evitando dispendio di energie in cause e in rinvii pregiudiziali inutili.

9. L'ultimo intervento della Corte di Giustizia

La Corte di Giustizia sembra aver operato un'ulteriore interpretazione estensiva del concetto di *in house providing* alla luce della recentissima sentenza del 17 luglio 2008, causa C-371/05 (*Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*).

La causa si riferisce a un contratto di fornitura di servizi informatici affidati mediante convenzione, senza una procedura ad evidenza pubblica, dal Comune di Mantova alla società ASI. Il fatto era stato oggetto dell'attenzione da parte della Commissione europea che presentò ricorso dinanzi alla Corte di Lussemburgo per constatare la violazione da parte dello Stato italiano degli obblighi che le gli incombono in forza della direttiva 92/50, in particolare degli artt. 11 e 15, n. 2. La Corte di Giustizia accoglie il ricorso della Repubblica italiana e condanna la Commissione europea alle spese processuali. La sentenza sembra poter essere letta come una ulteriore apertura nella direzione di una interpretazione estensiva dell'istituto dell'*in house providing*.

Il giudice comunitario afferma che "si deve rilevare che la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria, in considerazione in particolare della forma societaria di quest'ultima, non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula di una convenzione come quella di cui trattasi nella presente causa, per concludere che la prima condizione, relativa al controllo dell'autorità pubblica, non sia soddisfatta. Infatti, per ragioni di certezza del diritto, l'eventuale obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere ad una gara d'appalto dev'essere valutato, in via di principio, alla luce delle condizioni esistenti alla data dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui

trattasi... Circostanze particolari, segnatamente qualora risulti che l'apertura del capitale dell'ente interessato a soci privati era prevista sin dall'assegnazione del suddetto appalto pubblico, possono, di certo, richiedere che sia presa in considerazione la partecipazione effettiva di detti soci intervenuta successivamente a tale assegnazione (23). Tuttavia, nella fattispecie, è giocoforza constatare che la Commissione non è riuscita a fornire la prova dell'esistenza di tali circostanze particolari... Nel caso in cui diversi enti detengano un'impresa, la condizione relativa all'attività può ricorrere qualora tale impresa svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o con quell'ente, ma con tali enti complessivamente considerati. Di conseguenza, l'attività da prendere in considerazione nel caso di un'impresa detenuta da vari enti è quella realizzata da detta impresa con tutti questi enti (24)"(25).

Dalla lettura della pronuncia della Corte di Giustizia ci sono alcuni punti che meritano di essere sottolineati.

Sembra poter cogliere dalle parole del giudice comunitario che l'apertura potenziale al capitale privato non è più un ostacolo per la configurazione di appalti *in house*. Il giudice, nazionale, deve effettuare un controllo concreto al momento dell'aggiudicazione dell'appalto sulla presenza e sull'ingerenza del privato.

La lettura combinata di questa sentenza con quella della Tragsa sembra suggerire la possibilità da parte delle amministrazioni o enti statali di costituire società miste e procedere all'affidamento *in house*, colmando in tal modo il vuoto lasciato dal Decreto Bersani in merito.

10. Conclusioni

A seguito della sentenza del 17 luglio del 2008, per i due istituti, della società mista e dell'*in house providing*, non sembra più sostenibile la loro incompatibilità. Inoltre, si può finalmente affermare il superamento dello "spauracchio" dell'apertura nazionale ai soci privati, a condizione che questi non possano incidere sulla gestione dell'ente di nuova costituzione.

Dall'analisi degli atti in merito alla disciplina dell'*in house providing* e delle società miste è chiaro che la posizione presa dal Consiglio di Stato nell'adunanza plenaria è sostanzialmente uguale a quella dettata dal legislatore nazionale, e in questo non ci sarebbe niente di male, se non che ancora una volta le istituzioni comunitarie sono già andate oltre, superando quegli ostacoli che la nostra disciplina nazionale fatica a superare. Il rischio è che seppur l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sia recente, essa potrebbe

(23) V., in tal senso, Corte di Giustizia, sent. del 10 novembre 05, causa C-29/04, *Commissione/Austria*, punto 38.

(24) V. Corte di Giustizia, sent. del 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo e Consorzio Alisei*, cit., punti 70 e 71.

(25) Corte di Giustizia sent. del 17 luglio 2008, causa C-371/05.

essere già stata superata alla luce di un'interpretazione sistematica degli atti comunitari.

(All. 1)

Sentenza del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Adunanza Plenaria, 10 dicembre 2007-3 marzo 2008, n. 1, sul ricorso in appello proposto da Azienda Sanitaria Locale (A.S.L.) 19 di Asti/Medicasa Italia S.p.A./Regione Piemonte e Azienda Multiservizi Ospedalieri e Sanitari (A.M.O.S.) S.p.A.

(... *Omissis*)

Fatto e diritto

1. Medicasa Italia s.p.a. impugnava in primo grado i seguenti atti dell'Azienda sanitaria locale (A.S.L.) 19 di Asti:

- a) provvedimenti sconosciuti, con cui si è inteso affidare direttamente all'Azienda multiservizi ospedalieri e sanitari (A.M.O.S.) s.p.a. il servizio di assistenza domiciliare;
- b) ogni atto presupposto, connesso e/o collegato a quelli impugnati, ivi compresa la nota 4 ottobre 2006, n. 19835.

Successivamente Medicasa Italia s.p.a. impugnava con motivi aggiunti i seguenti provvedimenti della detta A.S.L.:

- c) determina del direttore del dipartimento tecnico logistico F.F. 23 ottobre 2006, n. 520 T.L.;
- d) determina del detto direttore 26 ottobre 2006, n. 526/T.L.;
- e) ogni altro atto presupposto, connesso e/o collegato a quelli impugnati, compresa la citata nota n. 19835/2006;
- f) note in data 25-26 ottobre 2006.

Veniva chiesta anche la condanna dell'A.S.L. 19 di Asti al risarcimento del danno.

Il primo giudice, con la sentenza indicata in epigrafe, ha accolto il ricorso e i motivi aggiunti.

L'A.S.L. 19 di Asti ha dapprima proposto appello avverso il dispositivo, per i seguenti motivi:

- 1) erroneità dell'appellata sentenza per inammissibilità del ricorso di primo grado;
- 2) erroneità dell'appellata sentenza per violazione, sotto altro profilo, dell'art. 9-bis del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni e integrazioni, e per infondatezza del ricorso di primo grado.

Una volta pubblicata la sentenza, ha poi notificato motivi di appello avverso la stessa.

Medicasa Italia s.p.a. si è costituita in giudizio, resistendo al ricorso e, con successiva memoria, ha replicato ai motivi di appello successivamente notificati.

La sezione quinta di questo Consiglio, con decisione 23 ottobre 2007, n. 5587, ha rimesso la causa all'esame dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

L'A.S.L. 19 di Asti ha poi depositato memoria.

2. Di seguito si espongono i tratti essenziali della controversia per cui è causa, come ricostruiti anche dalla sezione quinta di questo Consiglio con la decisione n. 5587/2007.

L'A.S.L. 19 di Asti, con bando spedito per le pubblicazioni in data 11 maggio 2006, aveva indetto una gara avente a oggetto "individuazione partner per la fornitura di supporto integrativo per attività sanitarie territoriali di cura alla persona" per la durata di cinque anni.

Successivamente, il direttore amministrativo dell'A.S.L. inviava la nota prot. n. 19835 in data 4 ottobre 2006 a Medicasa Italia s.p.a., attuale gestrice del servizio, e (per conoscenza) alla società mista A.M.O.S. s.p.a., avente il seguente contenuto: "Avendo intenzione di procedere all'affidamento diretto alla società AMOS, da noi controllata, della gestione dell'assistenza domiciliare territoriale, si invita la Ditta in indirizzo a mettere a disposizione della società AMOS tutti i dati relativi alla gestione di che trattasi", precisando che l'A.S.L. 19 di Asti aveva acquisito da uno degli azionisti pubblici una quota del capitale della società A.M.O.S. (il 18% del totale). Quest'ultima società era stata costituita nel 2004 con la partecipazione di numerosi soggetti sia pubblici che privati.

Il provvedimento era impugnato da Medicasa Italia s.p.a., nella sua duplice qualità di attuale titolare della gestione del servizio di assistenza domiciliare e di soggetto imprenditoriale operante nel settore, interessato ad aspirare all'affidamento del nuovo servizio tramite l'espletamento di una gara pubblica.

In seguito, la società ricorrente, con motivi aggiunti depositati in data 3 novembre 2006, chiedeva l'annullamento, previa adozione di misura cautelare: della determina del direttore del dipartimento tecnico logistico F.F. n. 520/T.L. in data 23 ottobre 2006, in corso di esecutività, con la quale l'A.S.L. 19 di Asti aveva revocato la procedura ristretta indetta con determina n. 247/T.L. in data 27 aprile 2006 per l'individuazione di partner per la fornitura di supporto integrativo per attività sanitarie territoriali di cura alla persona (cure sanitarie domiciliari) e aveva affidato il predetto servizio ad A.M.O.S. s.p.a. per un triennio; della determina n. 526/T.L. in data 26 ottobre 2006, con la quale il detto direttore aveva rettificato la determina n. 520/T.L. in data 23 ottobre 2006 dichiarandone l'immediata esecutività; di ogni altro atto presupposto, connesso e/o collegato a quelli impugnati, ivi comprese la nota 4 ottobre 2006, n. 19835, con la quale l'A.S.L. 19 di Asti aveva invitato la ricorrente a mettere a disposizione di A.M.O.S. s.p.a. tutti i dati relativi alla gestione dell'assistenza domiciliare "avendo intenzione di procedere all'affidamento diretto" alla società innanzi citata, e, da ultimo, le note in data 25-26 ottobre 2006, con cui la stessa amministrazione aveva comunicato la revoca della procedura ristretta precedentemente bandita e l'affidamento diretto, immediatamente esecutivo, del servizio alla società mista A.M.O.S. s.p.a..

3. Il primo giudice, con la sentenza appellata, ha accolto il ricorso e i motivi aggiunti di Medicasa Italia s.p.a., annullando i provvedimenti impugnati, ma, per genericità della richiesta e mancata quantificazione, non ha disposto il risarcimento del danno. Lo stesso, in particolare, ha:

a) respinto le eccezioni di inammissibilità del ricorso;

b) chiarito che il *thema decidendum* riguarda la legittimità dell'affidamento diretto del servizio di assistenza domiciliare a una società mista pubblico-privato, in cui la società è composta da una pluralità di aziende sanitarie (che complessivamente detengono la maggioranza del capitale sociale) e dai soci privati che sono stati scelti con una procedura negoziata a evidenza pubblica;

c) ritenuto – aderendo al parere reso dalla sezione seconda di questo Consiglio il 18 aprile 2007 con il n. 456 – che non sia accettabile l'opinione per cui, per il solo fatto che il socio privato sia scelto tramite procedura a evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l'affidamento diretto;

d) affermato che, nella specie, l'argomento usato dall'amministrazione, per cui la scelta dei soci privati attraverso la procedura negoziata a evidenza pubblica implicherebbe necessariamente la legittimità dell'affidamento del servizio di assistenza domiciliare, non è condivisibile; posto che:

d.a) come si evince dall'oggetto statutario della società, si è in presenza di una società avente un oggetto plurimo e variegato dal punto di vista qualitativo, per cui non si può affermare che la scelta con gara del socio, effettuata "a monte" della costituzione della società, garantisca gli stessi effetti di una pubblica gara da svolgersi con riferimento al singolo servizio;

d.b) non vi è alcuna norma statutaria che limiti l'operatività della società A.M.O.S. entro l'ambito territoriale all'interno del quale operano le aziende sanitarie che partecipano al capitale sociale della medesima società;

d.c) ai sensi dell'art. 7 dello statuto della società A.M.O.S., con riguardo alla cedibilità delle azioni, vi è un'ampia possibilità di accesso al capitale della società da parte di soggetti privati, per i quali non viene rispettata la regola della scelta con procedura a evidenza pubblica;

e) ritenuto infondata la tesi secondo cui il principio di libera concorrenza sarebbe sostanzialmente rispettato essendo stato consentito a tutti gli operatori di entrare a fare parte della stessa società, data la diversità tra la partecipazione a una gara per l'aggiudicazione di un singolo servizio e la partecipazione a gara per la scelta di partner per una società "multiutilities";

f) affermato che, al di fuori dei ristrettissimi limiti in cui è ammissibile il fenomeno dell'*in house providing*, l'affidamento del servizio deve avvenire previa gara; così come ritenuto – diversamente dall'avviso della sezione seconda di questo Consiglio espresso con il parere n. 456/2007 (sul punto non condiviso) – anche dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, il quale, con la decisione 27 ottobre 2006, n. 589: ha disapplicato, per contrasto con la giurisprudenza comunitaria, l'art. 113, comma 5, lett. b), del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (secondo cui "L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio... a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche"); e statuito che la costituzione di una società mista, pure con la scelta del socio a seguito di gara, non esime dall'effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio.

4. La sezione quinta di questo Consiglio, con la decisione n. 5587/2007 di rimessione all'adunanza plenaria, ha respinto il primo motivo di appello, ritenendo: infondata l'eccezione dell'A.S.L. appellante di inammissibilità del ricorso di primo grado – secondo cui Medicasa Italia s.p.a. non avrebbe alcun interesse all'impugnazione dell'affidamento diretto alla società mista A.M.O.S. – in quanto l'art. 9-bis del D.Lgs. n. 502/1992 non prevede affatto un divieto assoluto di esternalizzazione dell'attività di cura alla persona e non impedisce l'affidamento a terzi, con pubblica gara, dei relativi servizi; e, quindi, sussistente la legittimazione di Medicasa Italia s.p.a. a contestare i provvedimenti di affidamento del servizio alla società A.M.O.S..

Ha poi deferito all'esame dell'adunanza plenaria le seguenti questioni:

1) in tema di *in house providing*:

a) quali siano, in linea di diritto e alla stregua dell'ordinamento europeo e nazionale, le condizioni prescritte per il legittimo affidamento *in house*;

b) delineare le coordinate di riferimento del concetto di prevalenza dell'attività svolta per l'amministrazione affidante;

c) quali siano i contorni essenziali della nozione di "controllo analogo";

2) in tema di diversi profili attinenti alla legittimità dell'affidamento di contratti pubblici o servizi a società miste, in assenza di un'apposita procedura di gara:

d) se il parere della sezione seconda di questo Consiglio n. 456/2007 sia condivisibile nella parte in cui:

d.a) afferma l'equivalenza tra il contratto di società e l'appalto, valutandosi la necessità, o meno, di deferire alla Corte di giustizia la seguente specifica questione: "se sia compatibile o meno con il diritto comunitario la regola di diritto interno che permette l'affidamento diretto di un servizio rientrante nell'ambito applicativo della direttiva n. 18/2004 effettuato da una amministrazione aggiudicatrice in favore di una società mista, costituita dalla stessa amministrazione e da altri soci privati, individuati mediante apposita gara ad evidenza pubblica";

d.b) indica, quali condizioni per ammettere l'affidamento diretto alla società mista:

d.b.a) l'esistenza di un'apposita norma speciale che lo consenta;

d.b.b) l'affidamento con procedura di evidenza pubblica dell'attività operativa della società mista al partner privato tramite la stessa gara volta all'individuazione di quest'ultimo, valutandosi l'opportunità di demandare alla Corte di giustizia anche uno specifico quesito interpretativo, concernente i limiti di compatibilità con il diritto comunitario di una partecipazione societaria privata di carattere meramente finanziario, purché la procedura selettiva per l'individuazione del socio privato abbia consentito, in modo trasparente e imparziale, di scegliere l'impresa in possesso delle prescritte attitudini professionali, che abbia offerto la migliore proposta;

d.b.c) la necessità di delimitare adeguatamente le finalità della società mista cui affidare il servizio senza gara, con la conseguente illegittimità di affidamenti diretti a "società miste aperte", o a finalità generalista;

d.b.d) la necessità di motivare in modo particolarmente approfondito la scelta organizzativa di ricorrere alla società mista anziché rivolgersi integralmente al mercato;

d.b.e) la necessità di stabilire un limite temporale ragionevole alla durata del rapporto sociale, accompagnata dall'espressa previsione della scadenza del periodo di affidamento per evitare che il socio divenga "socio stabile" della società mista;

d.b.f) l'esistenza di un concreto riferimento allo svolgimento di attività e funzioni pubbliche, con la conseguente esigenza di chiarire la portata di siffatto requisito;

e) se sia legittimo l'affidamento di un servizio effettuato senza gara a una società mista da parte di un'amministrazione che abbia acquistato successivamente la partecipazione nella società stessa e quando la società non era stata appositamente costituita per quella specifica attività oggetto dell'affidamento.

5. L'adunanza plenaria ritiene, innanzitutto, di circoscrivere la sua pronuncia all'esame di quelli che sono i motivi di appello ancora da decidere, dato che il primo motivo è stato respinto dalla sezione quinta con la decisione di remissione all'adunanza stessa.

L'A.S.L. appellante, con il secondo motivo, censura la pronuncia di accoglimento del primo giudice, secondo cui è illegittimo l'affidamento senza gara (o diretto) del servizio di assistenza domiciliare a una società mista, anche se con partecipazione maggioritaria pubblica e con iniziale scelta dei soci privati effettuata attraverso apposita procedura selettiva di evidenza pubblica. L'A.S.L. sostiene che:

1) sussisterebbero le regole fissate dalla sezione seconda di questo Consiglio, con il parere n. 456/2007, per legittimare l'affidamento diretto a società mista, poiché:

1.1) A.M.O.S. s.p.a. non sarebbe una società a oggetto plurimo avendo invece l'attività sociale scopo delimitato e specifico; il socio operativo è stato scelto previa gara; e la sperimentazione ha durata limitata;

1.2) non sarebbe esatto che essa può operare anche all'esterno rispetto alle aziende sanitarie che l'hanno costituita;

1.3) non sarebbe esatto che le previsioni dell'atto costitutivo della società in ordine alla cedibilità delle quote incidono negativamente sulla possibilità di un affidamento diretto del servizio; 1.4) vi sarebbe lo specifico dettato normativo costituito dall'art. 9-bis, comma 1, del D.Lgs. n. 502/1992;

2) per effetto dell'art. 13, comma 2, del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248 (così detto decreto Bersani, secondo cui le società miste "sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1"), sussisterebbe nella specie il controllo analogo che, secondo l'orientamento della Corte di giustizia dell'Unione europea (U.E.), consente comunque l'affidamento diretto.

L'appellante ha chiesto anche, in via subordinata, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'U.E. con riguardo agli artt. 13 del d.l. n. 223/2006, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 248/2006, e 9-bis del D.Lgs. n. 502/1992.

Le prospettazioni essenziali dell'appello sono le seguenti:

a) nella fattispecie in esame sussisterebbero i requisiti concreti del "controllo analogo" a quello operato sui propri servizi interni, esercitato dall'amministrazione committente sulla società attuatrice del servizio, tali da giustificare l'affidamento senza gara, secondo il modulo operativo e gestionale riconducibile alla formula del legittimo *in house providing*, delineato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale;

b) in ogni caso, sarebbe legittimo l'affidamento di un servizio, senza gara, a una società mista a prevalente partecipazione pubblica i cui soci privati siano stati individuati all'esito di procedure selettive aperte, trasparenti e non discriminatorie, conformi al diritto comunitario e ai suoi principi.

6. Ciò premesso, con riguardo alla natura e alla struttura di A.M.O.S. s.p.a., l'adunanza plenaria deve precisare quanto segue.

A.M.O.S. s.p.a. è stata costituita il 4 ottobre 2004, con durata stabilita sino al 31 dicembre 2024, tra l'Azienda sanitaria ospedaliera (A.S.O.) S. Croce e Carle di Cuneo (con il 43,10%), l'A.S.L. n. 15 di Cuneo (con il 4%), l'A.S.L. n. 16 di Mondovì-Ceva (con il 10%), l'A.S.L. n. 17 di Savigliano (con il 10%), l'A.S.L. n. 18 di Alba e Bra (con il 3%) e altre sette società private (MARKAS s.r.l. con il 4,85%, GPI s.r.l. con il 4,85%, CON.I.COS s.p.a. con il 4,10%, H.C. HOSPITAL CONSULTING con il 4,10%, IDROCENTRO s.p.a. con il 4%, RICCOBONO s.p.a. con il 4% e BCS s.r.l. con il 4%).

I soggetti privati sono stati scelti attraverso un procedimento a evidenza pubblica, con procedura negoziata indetta il 17 settembre 2003 e conclusasi con la deliberazione del direttore generale dell'A.S.O. S. Croce e Carle di Cuneo n. 546 in data 29 marzo 2004, che ha approvato gli esiti della procedura per la scelta dei soci di minoranza; divisi in soci finanziari, soci del settore sanitario e soci del settore non sanitario.

L'art. 7 dello statuto prevede che la proprietà delle azioni, i diritti di usufrutto sulle stesse, nonché i relativi diritti di opzione sono liberamente trasferibili tra soggetti pubblici; mentre, negli altri casi, l'alienazione è subordinata alla preventiva autorizzazione del consiglio di amministrazione, entro il termine di trenta giorni, scaduto il quale l'autorizzazione si considera concessa.

L'A.S.L. 19 di Asti ha deliberato in data 14 giugno 2006 l'acquisto dall'A.S.O. S. Croce e Carle di Cuneo di una quota pari al 18% del capitale sociale di A.M.O.S. s.p.a. (delibera del commissario n. 15). I soci privati partecipano, quindi, al capitale sociale per circa il 30% delle azioni.

Il presidente del consiglio di amministrazione della società (organo collegiale composto da nove membri) è nominato dai soli soci di parte pubblica, mentre il vice presidente è desi-

gnato dai soli soci privati. Il consiglio di amministrazione è eletto dall'assemblea con il sistema delle liste separate, prevedendosi che alla lista la quale ottenga il maggior numero di voti siano attribuiti 6 seggi e i restanti tre alla lista che segue in graduatoria.

Mancano specifiche clausole statutarie o regole di funzionamento tipiche della società che garantiscano una qualche forma di intenso e dominante controllo dell'amministrazione sulla struttura societaria. Il collegio sindacale della società è composto da tre membri, di cui uno solo è scelto dalle amministrazioni (con funzioni di presidente), mentre uno è designato dai soci privati e il terzo dall'assemblea. Il comitato tecnico di controllo, organo cui è affidato il compito di sovrintendere all'operato del presidente e dell'amministratore delegato per le attività svolte a favore delle aziende pubbliche socie di A.M.O.S., è composto da due membri designati dai soci privati, mentre uno soltanto è individuato dai soci pubblici.

La società mista ha un oggetto sociale variegato che comprende, ai sensi dell'art. 4 dello statuto: a) la prestazione di servizi alberghieri e amministrativi; b) l'attività di gestione e manutenzione di beni, sia mobili che immobili (incluse le aree verdi); c) la prestazione di servizi ospedalieri e territoriali [attività di laboratorio analisi, di radiologia e neuroradiologia, attività anestesiologicala (di supporto a chirurgia ambulatoriale, *day surgery* e chirurgia a bassa complessità), dialisi per cronici, riabilitazione]. La società potrà compiere tutte le operazioni commerciali, immobiliari, mobiliari e finanziarie ritenute necessarie o utili per il conseguimento dell'oggetto sociale e così tra l'altro anche l'assunzione, nei limiti di legge, di partecipazioni in altre società o enti aventi oggetto sociale analogo, affine o complementare al proprio.

Dal maggio 2006 A.M.O.S. s.p.a. non è più una società meramente operativa, ma è diventata un gruppo (holding), che detiene la totalità della partecipazione in Energy Service (società che gestisce l'intermediazione di energia), nonché la maggioranza delle quote di SIA s.p.a. (società che provvede all'archiviazione di dati) e di AMG Lavanderie Domino (che svolge servizi di lavanderia).

Va poi ribadito che, nella specie, né l'originario statuto di A.M.O.S. s.p.a., né gli atti della gara preordinata alla scelta del socio privato hanno indicato la concreta possibilità di estensione dell'attività nell'ambito dell'A.S.L. 19 di Asti.

7. Quanto all'attività affidata ad A.M.O.S. s.p.a., l'adunanza plenaria condivide le considerazioni svolte dalla sezione quinta di questo Consiglio con la decisione n. 5527/2007. Si tratta dell'esecuzione di prestazioni sociosanitarie, intese come attività atte a soddisfare bisogni di salute della persona, ossia di cura e assistenza di persone assistite dal Servizio sanitario nazionale (art. 3-*septies*, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 502/1992 e art. 1 della l.r. del Piemonte 8 gennaio 2004, n. 1).

Le prestazioni non sono riconducibili, immediatamente, alla disciplina comunitaria e nazionale specificamente riferita ai contratti pubblici di servizi [direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CEE e D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture)]. Ma vanno riportate alla previsione dell'allegato II B (che elenca i "servizi sanitari e sociali") dell'art. 20 del D.Lgs. n. 163/2006 (il quale attua gli artt. 20 e 21 della direttiva 2004/18/CEE, nonché gli artt. 31 e 32 della direttiva 2004/17/CEE, riprendendo le previsioni già contenute nell'art. 3, comma 2, del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157 e nell'art. 7, comma 3, del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 158). Secondo l'art. 20, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dagli artt. 68 (specifiche tecniche), 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento) e 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati). Tuttavia, secondo l'art. 27, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, "l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applica-

zione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità” e “L’affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l’oggetto del contratto.” Resta ferma, quindi, la necessità di rispettare le regole generali di diritto interno e i principi del diritto comunitario.

Indicativa dell’individuazione di un appalto di servizi è, nella specie, la circostanza per cui l’A.S.L. 19 di Asti corrisponde ad A.M.O.S. s.p.a. (per l’espletamento del servizio) un canone mensile, oltre a un importo per ogni accesso del personale infermieristico e riabilitativo (così come prima il tutto veniva pagato a Medicasa Italia s.p.a., precedente gestore).

L’adunanza plenaria rileva che la diretta erogazione delle prestazioni (da parte del gestore del servizio) in favore della collettività, ossia degli utenti del Servizio sanitario nazionale, potrebbe indurre anche a configurare un servizio pubblico anziché un appalto di servizi. Ma ciò non sposta il problema di fondo. Trattandosi di attività di rilevanza economica oggetto di contratto da stipulare con una pubblica amministrazione, devono sempre applicarsi le regole della Comunità europea sulla concorrenza e, in particolare, gli obblighi di parità di trattamento e di trasparenza.

Si tratta dei principi del Trattato, che sono quelli di:

- a) libertà di stabilimento (art. 43);
- b) libera prestazione dei servizi (art. 49);
- c) parità di trattamento e divieto di discriminazione in base alla nazionalità (artt. 43 e 49);
- d) trasparenza e non discriminazione (art. 86, che vieta le misure di favore a vantaggio delle imprese che godono di diritti speciali o esclusivi e di quelle pubbliche).

Anche nell’ambito dei servizi pubblici deve essere assicurata l’apertura alla concorrenza (C. giust. CE: 13 settembre 2007, C-260/04; sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03). Ogni interessato ha diritto di avere accesso alle informazioni adeguate prima che venga attribuito un servizio pubblico, di modo che, se lo avesse desiderato, sarebbe stato in grado di manifestare il proprio interesse a conseguirlo (C. giust. CE, sez. I, 10 novembre 2005, C-29/04). Inoltre, trasparenza e pubblicità devono essere date alla notizia dell’indizione della procedura di affidamento; imparzialità o non discriminatorietà devono determinare le regole di conduzione di questa.

Si rimanda, in particolare, all’art. 30 del D.Lgs. n. 163/2006 (dal titolo “Concessione di servizi”), il quale, al comma 3, richiama i “principi generali relativi ai contratti pubblici” (nel rispetto dei quali, oltre che di quelli “desumibili dal Trattato”, deve avvenire la scelta del concessionario di servizi), che sono quelli di “trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità”; principi i quali impongono la previa indizione di una gara, seppure informale.

I principi generali del Trattato valgono comunque anche per i contratti e le fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate; quali (oltre alla concessione di servizi) gli appalti sottosoglia e i contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l’interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti (ad esempio, le concessioni di beni pubblici di rilevanza economica; da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362).

Va rilevato, infine, che, nella specie, trattandosi di attività inerente il Servizio sanitario nazionale affidata da una A.S.L., non si applicano le disposizioni relative ai servizi pubblici locali, riferite, nel loro ambito soggettivo, alle sole amministrazioni di cui al D.Lgs. n. 267/2000 (testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali) e, in particolare, le prescrizioni di cui all’art. 113 (“servizi pubblici locali di rilevanza economica”).

8. L’espressione *in house providing* compare per la prima volta nel libro bianco del 1998, nel quale la Commissione europea, con riferimento al settore degli appalti pubblici,

specifica il concetto degli appalti *in house* come “quelli aggiudicati all’interno della Pubblica amministrazione, ad esempio tra Amministrazione centrale e locale o, ancora, tra una Amministrazione ed una società interamente controllata”.

La situazione di *in house* legittima l’affidamento diretto, senza previa gara, del servizio di un ente pubblico a una persona giuridicamente distinta, qualora l’ente eserciti sul secondo un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e la seconda realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o con gli enti che la controllano (C. giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal). L’affidamento diretto di un servizio pubblico viene consentito tutte le volte in cui un ente pubblico decida di affidare la gestione del servizio, al di fuori del sistema della gara, avvalendosi di una società esterna (ossia, soggettivamente separata) che presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una “derivazione”, o una *longa manus*, dell’ente stesso. Da qui, l’espressione *in house* che richiama, appunto, una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso ente affidante o a sue articolazioni.

Si è in presenza di un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica. Mentre, la disciplina comunitaria dei pubblici appalti va applicata se l’ente affidatario sia distinto dall’amministrazione aggiudicatrice sul piano formale e sia autonomo sul piano sostanziale.

Trattandosi di deroga ai principi di concorrenza, non discriminazione, e trasparenza (tutti costituenti canoni fondamentali del trattato istitutivo della Comunità europea), siffatto istituto è stato ritenuto ammissibile solo nel rispetto di alcune rigorose condizioni, individuate dalla giurisprudenza comunitaria ed elaborate anche da quella nazionale.

È stato 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* (per l’analisi delle distorsioni economiche derivanti dall’affidamento diretto, e anche per la giurisprudenza comunitaria in materia, si veda Cons. giust. amm. reg. sic. 4 settembre 2007, n. 719).

Le misure contenitive adottate già in ambito comunitario per eliminare o ridurre i suddetti inconvenienti sono costituite dalle stringenti condizioni poste per rendere legittimo l’affidamento *in house*, rappresentate da:

- 1) il così detto “controllo analogo a quello svolto sui propri servizi”, necessariamente esercitato dall’ente pubblico nei confronti dell’impresa affidataria;
- 2) il rapporto di stretta strumentalità fra le attività dell’impresa “*in house*” e le esigenze pubbliche che l’ente controllante è chiamato a soddisfare.

La giurisprudenza comunitaria, in particolare, ha utilizzato l’espressione *in house providing* per identificare il fenomeno di “autoproduzione” di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione: la quale acquisisce un bene o un servizio attingendoli all’interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a “terzi” tramite gara (così detta esternalizzazione) e dunque al mercato (a partire da C. giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal). In ragione del “controllo analogo” e della “destinazione prevalente dell’attività”, l’ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all’amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell’amministrazione stessa: non è, pertanto, necessario che l’amministrazione ponga in essere procedure di evidenza pubblica per l’affidamento di appalti.

I requisiti dell'*in house providing*, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, vanno interpretati restrittivamente (C. giust. CE, 6 aprile 2006, C-410/04 e Cons. Stato, sez. II, n. 456/2007).

La sussistenza del controllo analogo viene esclusa in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria. Infatti, la partecipazione (pure minoritaria) di un'impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi [C. giust. CE: sez. II, 19 aprile 2007, C-295/05, Asociación de Empresas Forestales c. Transformación Agraria SA (TRASGA); 21 luglio 2005, C-231/03, Consorzio Corame; 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle]. Occorre, quindi, che l'ente possieda l'intero pacchetto azionario della società affidataria (Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440; in precedenza Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345 aveva ritenuto che la quota pubblica dovesse essere comunque superiore al 99%).

Tuttavia, la partecipazione pubblica totalitaria è necessaria ma non sufficiente (C. giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04; Cons. Stato, sez. VI, 1° giugno 2007, n. 2932 e 3 aprile 2007, n. 1514), servendo maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile. In particolare:

- a) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072);
- b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale (Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514);
- c) l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero (C. giust. CE: 10 novembre 2005, C-29/04, Mödling o Commissione c. Austria; 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen);
- d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5).

In sostanza si ritiene che il solo controllo societario totalitario non sia garanzia della ricorrenza dei presupposti dell'*in house*, occorrendo anche un'influenza determinante da parte del socio pubblico, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti (C. giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04, società Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio). Ne consegue che l'*in house* esclude la terzietà, poiché l'affidamento avviene a favore di un soggetto il quale, pur dotato di autonoma personalità giuridica, si trova in condizioni di soggezione nei confronti dell'ente affidante che è in grado di determinarne le scelte, e l'impresa è anche sotto l'influenza dominante dell'ente.

Da ultimo (Cons. giust. amm. reg. sic. 4 settembre 2007, n. 719), sempre in aggiunta alla necessaria totale proprietà del capitale da parte del soggetto pubblico, si è ritenuto essenziale il concorso dei seguenti ulteriori fattori, tutti idonei a concretizzare una forma di controllo che sia effettiva, e non solo formale o apparente:

- a) il controllo del bilancio;
- b) il controllo sulla qualità della amministrazione;
- c) la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti;
- d) la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali.

L'*in house*, così come costruito dalla giurisprudenza comunitaria, sembra rappresentare, più che un modello di organizzazione dell'amministrazione, un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono la previa gara.

L'adunanza plenaria ritiene, pertanto, come rilevato inizialmente anche dalla sezione quinta di questo Consiglio con la decisione n. 5527/2007, che nella specie non vi siano i presupposti per configurare un'ipotesi di *in house providing*. Ciò in quanto deve escludersi, in via generale, la riconducibilità del modello organizzativo della società mista a quello dell'*in house providing*. E A.M.O.S. s.p.a. è una società mista a capitale pubblico di maggioranza in cui circa il 30% del capitale appartiene a privati.

Si prescinde, conseguentemente, dall'esame delle varie questioni in tema di "*in house providing*" così come rimesse dalla sezione quinta.

9. La fattispecie per cui è causa va riportata nell'ambito dell'affidamento dei servizi a società (non interamente posseduta dall'ente pubblico, ma) a capitale misto pubblico/privato. Il fenomeno delle società miste rientra nel concetto di partenariato pubblico privato (PPP), la cui codificazione risale al "libro verde" della Commissione CE relativo al PPP e al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni. Nel "libro verde", presentato il 30 aprile 2004, la Commissione ha affermato che il termine PPP si riferisce in generale a "forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio".

La Commissione, nel citato "libro verde", ha ritenuto di potere individuare due tipi di partenariato pubblico-privato; e precisamente il tipo "puramente contrattuale" e quello "istituzionalizzato".

La *ratio* dell'istituto va rinvenuta nella difficoltà dell'amministrazione di reperire risorse necessarie ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio alla collettività. In un quadro di questo tipo, il ricorso a capitali ed energie private diventa momento quasi ineludibile nel difficile compito di garantire un'azione amministrativa efficiente ed efficace, fortemente improntata a criteri di economicità. L'acquisizione del patrimonio cognitivo, composto di conoscenze tecniche e scientifiche, maturato dal privato nelle singole aree strategiche di affari, costituisce un arricchimento del *know-how* pubblico oltre che un possibile alleggerimento degli oneri economico-finanziari, che le pubbliche amministrazioni devono sopportare in sede di erogazione di servizi o di realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità.

Sia la Commissione che il Parlamento europeo concordano nel ritenere che le forme di PPP non costituiscono "l'anticamera" di un processo di privatizzazione delle funzioni pubbliche, dal momento che le sinergie tra pubblica amministrazione e soggetti privati possono generare effetti positivi per la collettività, atteggiandosi a strumento alternativo alla stessa privatizzazione. Per questo motivo l'assemblea di Strasburgo ha qualificato, senza mezzi termini, il PPP, in tutte le sue manifestazioni, come un possibile strumento di organizzazione e gestione delle funzioni pubbliche, riconoscendo alle amministrazioni la più ampia facoltà di stabilire se avvalersi o meno di soggetti privati terzi, oppure di imprese interamente controllate oppure, in ultimo, di esercitare direttamente i propri compiti istituzionali.

Il PPP di tipo "puramente contrattuale" è quello "basato esclusivamente su legami contrattuali tra i vari soggetti. Esso definisce vari tipi di operazioni, nei quali uno o più compiti più o meno ampi – tra cui la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, il rinnovamento o lo sfruttamento di un lavoro o di un servizio – vengono affidati al partner privato".

I modelli di partenariato di tipo puramente contrattuale più conosciuti sono l'appalto e la concessione.

I partenariati pubblico privato di tipo istituzionalizzato sono, secondo la Commissione europea (si veda il citato “libro verde”), quelli che implicano una cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato in seno a un’entità distinta; che implicano, cioè, la creazione di un’entità detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato, la quale ha la “missione” di assicurare la fornitura di un’opera o di un servizio a favore del pubblico.

Il modello di partenariato di tipo istituzionalizzato più conosciuto è quello della società mista. La Commissione europea tende ad assimilare il partenariato pubblico-privato di tipo “istituzionalizzato” a quello di tipo “puramente contrattuale” e, perciò, a considerare applicabile anche al primo tipo di partenariato il “diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni”. Ciò ha delle ovvie ricadute sulle modalità di scelta del partner privato, essendo chiaro che anche in tal caso, pur in assenza di norme specifiche, devono applicarsi, come avviene per l’affidamento a terzi di servizi mediante concessioni, le norme del Trattato sulla libera prestazione dei servizi e sulla libertà di stabilimento, nonché i principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e reciproco riconoscimento.

La necessità di ricorrere a procedure selettive per la scelta del partner privato con il quale costituire società miste costituisce una regola ormai acquisita nell’ordinamento interno. E comunque l’unico limite posto dal Parlamento europeo consiste nel rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità; principi, tutti, che trovano cittadinanza all’interno del Trattato dell’U.E.. Anche perché lo stesso “libro verde” precisa che la *partnership* pubblico-privato va senz’altro favorita ma non può rappresentare un modo per eludere la disciplina della concorrenza.

Al riguardo il D.Lgs. n. 163/2006 si limita, all’art. 1, comma 2, a prescrivere che, “Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un’opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica”. La norma ha così inteso solo codificare il principio secondo cui, in questi casi, la scelta del socio deve comunque avvenire “con procedure di evidenza pubblica” (Cons. Stato, sez. II, n. 456/2007).

10. La sezione quinta, nel rimettere all’esame dell’adunanza plenaria, ha rilevato come la questione della possibilità di affidare direttamente il servizio a società partecipate dall’ente pubblico, allorquando le esigenze di tutela della concorrenza siano state rispettate a monte, col previo esperimento della pubblica gara indetta per l’individuazione del partner privato, trova in giurisprudenza soluzioni non univoche.

Ad atteggiamenti di totale chiusura nei confronti della possibilità di affidare direttamente a società miste la gestione dei servizi [che postulerebbero, invece, l’esperimento di una specifica gara, diversa e successiva rispetto a quella necessaria all’individuazione del socio privato di minoranza (soluzione fatta propria dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana con la citata decisione n. 589/2006)], fa da contraltare la tesi sostenuta da una parte della dottrina e della giurisprudenza, secondo cui la società mista a prevalente partecipazione pubblica può essere sempre affidataria diretta dei servizi, alla sola condizione che la scelta del contraente privato sia avvenuta mediante trasparenti procedure selettive.

Una posizione intermedia tra i due riferiti orientamenti è stata espressa dalla sezione seconda di questo Consiglio, con il citato parere n. 456/2007, che si incentra sulla ritenuta ampia fungibilità tra lo schema funzionale della società mista e quello dell’appalto. In altri termini, secondo la sezione consultiva, la gestione del servizio può essere indifferentemente affidata con apposito contratto di appalto, o con lo strumento alternativo del contratto di società, costituendo apposita società a capitale misto. Nel caso del “socio di lavoro”, “socio industriale” o “socio operativo” (come contrapposti al “socio finanziario”), si è affermato che l’attività che

si ritiene “affidata” (senza gara) alla società mista sia, nella sostanza, da ritenere affidata (con gara) al partner privato scelto con una procedura di evidenza pubblica, la quale abbia a oggetto, al tempo stesso, anche l’attribuzione dei suoi compiti operativi e la qualità di socio.

In particolare, con il citato parere n. 456/2007, si è affermato che:

a) non è condivisibile la posizione “estrema” secondo la quale, per il solo fatto che il socio privato è scelto tramite procedura di evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l’affidamento diretto;

b) tale ipotesi suscita perplessità per il caso di società miste “aperte”, nelle quali il socio, ancorché selezionato con gara, non viene scelto per finalità definite, ma soltanto come partner privato per una società “generalista”, alla quale affidare direttamente l’erogazione di servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio e con lo scopo di svolgere anche attività *extra moenia*, avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il partner pubblico;

c) è ammissibile il ricorso alla figura della società mista (quantomeno) nel caso in cui essa non costituisca, in sostanza, la beneficiaria di un “affidamento diretto”, ma la modalità organizzativa con la quale l’amministrazione controlla l’affidamento disposto, con gara, al “socio operativo” della società;

d) il ricorso a tale figura deve comunque avvenire a condizione che sussistano – oltre alla specifica previsione legislativa che ne fonda la possibilità, alle motivate ragioni e alla scelta del socio con gara, ai sensi dell’art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006 – garanzie tali da fugare gli ulteriori dubbi e ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza;

e) laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere a un affidamento esterno integrale, è legittimo configurare, quantomeno, un modello organizzativo in cui ricorrano due garanzie:

1) che vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l’affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest’ultimo si configuri come un “socio industriale od operativo”, il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; il che vuol dire effettuazione di una gara che con la scelta del socio definisca anche l’affidamento del servizio operativo;

2) che si preveda un rinnovo della procedura di selezione “alla scadenza del periodo di affidamento”, evitando così che il socio divenga “socio stabile” della società mista, possibilmente prescrivendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l’uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all’esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario.

La sezione quinta propende per l’ipotesi ricostruttiva di cui al detto parere (non ancora vagliata dalla giurisprudenza comunitaria), temperandola però con alcune precisazioni e puntualizzazioni, ed invocando altresì l’intervento del giudice comunitario.

11. L’adunanza plenaria ritiene l’illegittimità dell’impugnato affidamento siccome non preceduto da una procedura concorrenziale.

Va ribadito, innanzitutto, che, nella controversia per cui è causa, non può invocarsi quanto statuito dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana con la citata decisione n. 589/2006, secondo cui la stretta osservanza del diritto comunitario in materia di società miste comporta un’interpretazione restrittiva, se non addirittura disapplicativa, dell’art. 113, comma 5, lett. b), del D.Lgs. n. 267/2000; nel senso che la costituzione di una tale società, anche con scelta del socio a seguito di gara, non esime dall’effettuazione di una seconda gara per l’affidamento del servizio. Ciò in quanto non si è in presenza di servizi pubblici locali, ai quali solamente si può applicare (e conseguentemente disapplicare) il citato art. 113 (si veda quanto osservato alla fine del paragrafo 7 della presente decisione).

12. A livello comunitario il coinvolgimento nella gestione dei servizi di soggetti privati viene visto con favore, potendo essi apportare alla pubblica amministrazione *know how* e una gestione più manageriale. Ma il ricorso allo strumento della società mista si può prestare ad abusi, avendo spesso costituito un espediente per aggirare la regola dell'affidamento dei servizi sulla base di una procedura competitiva.

Il modello elaborato dalla sezione seconda di questo Consiglio, con il citato parere n. 456/2007, rappresenta una delle possibili soluzioni delle problematiche connesse alla costituzione delle società miste e all'affidamento del servizio alle stesse; nel rispetto del principio di concorrenza, nonché nella ricerca di contemperare le esigenze di cooperazione tra settore pubblico e privato con quelle di tutela della concorrenza. Il modello presuppone la fungibilità tra contratto di appalto e contratto sociale, e si fonda sulla necessità che la gestione del servizio venga prevista allorché si costituisce la società.

L'adunanza plenaria ritiene che, allo stato e in mancanza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non sia elaborabile una soluzione univoca o un modello definitivo. Si corre il rischio di dar luogo a interpretazioni "*praeter legem*", che potrebbero non trovare l'avallo della Corte di giustizia. E comunque la fattispecie per cui è causa, a parte l'inconfigurabilità di un servizio pubblico locale, non rientra nei confini del modello così come costruito dalla sezione seconda di questo Consiglio.

Medicasa Italia s.p.a. era il precedente gestore del servizio di cure sanitarie domiciliari; servizio che si era aggiudicato nel 2000 dall'A.S.L. 19 di Asti a seguito di apposita gara bandita dall'azienda stessa. Il servizio veniva gestito dalla società medesima in regime di proroga sino agli ultimi mesi del 2006.

Nell'aprile 2006, infatti, l'A.S.L. 19 di Asti aveva bandito una nuova gara per "individuazione partner per la fornitura di supporto integrativo per attività sanitarie territoriali di cura alla persona". Nel giugno 2006 l'A.S.L. 19 di Asti aveva però acquisito (da soci pubblici) il 18% delle azioni di A.M.O.S. s.p.a., che esisteva già dal 2004. Conseguentemente, aveva deciso di revocare la gara già bandita e di affidare direttamente il servizio a quest'ultima.

Il modello costruito con il citato parere n. 456/2007 non è rinvenibile nella specie in quanto non si è verificata la prima delle condizioni richieste; ossia che il socio venga scelto mediante procedura a evidenza pubblica nella quale la gestione del servizio sia stata definita e precisata. Il che vuol dire avere stabilito, contestualmente alla scelta (previa gara) del socio il quale dovrà gestire il servizio, quanto meno le caratteristiche della gestione stessa (ossia condizioni, modalità e durata). Non si è verificato, quindi, quel presupposto costituito dall'effettuazione "di una gara che con la scelta del socio definisca anche l'affidamento del servizio operativo".

In particolare, la controversia per cui è causa non è in alcun modo assimilabile all'ipotesi sulla quale è stato reso il citato parere n. 456/2007 anche perché:

- a) i soci sono stati scelti alcuni anni prima l'affidamento (dall'A.S.L. 19 di Asti) del servizio alla società mista;
- b) né l'originario statuto della società mista né gli atti della gara preordinata alla scelta dei soci privati hanno previsto la possibilità di estensione dell'attività della società stessa nell'ambito dell'A.S.L. 19;
- c) la scelta dei soci è stata effettuata da amministrazione diversa da quella (A.S.L. 19) che ha dopo affidato il servizio alla società mista, avendo acquisito una percentuale del capitale della società solo alcuni anni successivi alla costituzione di quest'ultima;
- d) la società mista non è stata appositamente costituita solo per quella specifica attività in seguito oggetto di affidamento;

e) nella società mista non vi è il socio operativo che concorre materialmente allo svolgimento del servizio ma tre tipi di soci: finanziari, del settore sanitario e del settore non sanitario; f) nella gestione del servizio, di tipo sanitario, affidato alla società mista sono coinvolti indifferentemente tutti i soci, e quindi anche quelli non del settore sanitario e quelli finanziari; g) l'oggetto sociale della società mista è variegato e di ampie dimensioni (si veda l'art. 4 dello statuto e quanto osservato al paragrafo 6 della presente decisione e sottolineato anche dalla sezione quinta di questo Consiglio con la decisione n. 5527/2007).

Mancando la principale condizione, richiesta dal citato parere n. 456/2007, per potere considerare legittimo un affidamento diretto (effettuazione "di una gara che con la scelta del socio definisca anche l'affidamento del servizio operativo"), si prescinde dall'esame delle varie questioni sul medesimo parere rimesse dalla sezione quinta; questioni la cui soluzione non serve alla decisione della controversia per cui è causa.

13. L'illegittimità del contestato affidamento – avvenuto in via diretta senza previa gara – consegue alla violazione dei principi del Trattato dell'U.E.; ossia del principio di concorrenza e di quelli, che ne rappresentano attuazione e corollario, di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione e parità di trattamento.

Siffatti principi, che hanno trovato anche recepimento espresso nel diritto interno (artt. 27, comma 1, 30, comma 3, e 91, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006) e che si elevano a principi generali di tutti i contratti pubblici, sono direttamente applicabili, a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne e in modo prevalente su eventuali disposizioni interne di segno contrario (Cons. Stato, sez. VI: 30 gennaio 2007, n. 362; 30 dicembre 2005, n. 7616; 25 gennaio 2005, n. 168).

Alla stregua della comunicazione della Commissione europea del 12 aprile 2000, pubblicata in Gazzetta ufficiale n. C 121 del 29 aprile 2000, richiamata e sviluppata da una circolare della Presidenza del consiglio dei ministri-dipartimento per le politiche comunitarie n. 945 in data 1° marzo 2002, i principi di evidenza pubblica, da attuare in modo proporzionato e congruo all'importanza della fattispecie in rilievo, vanno applicati, in quanto dettati in via diretta e *self-executing* dal Trattato, anche alle fattispecie non interessate da specifiche disposizioni comunitarie (nella specie concessione di servizi) volte a dare la stura a una procedura competitiva puntualmente regolata.

Con la comunicazione della Commissione si è rimarcato che, "benché il Trattato non contenga alcuna esplicita menzione degli appalti pubblici, né delle concessioni, molte delle sue disposizioni sono rilevanti in materia. Si tratta delle norme del Trattato che presidiano e garantiscono il buon funzionamento del mercato unico, ossia: – le norme che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (articolo 12, paragrafo 1, ex articolo 6, paragrafo 1); – le norme relative alla libera circolazione delle merci (articoli 28 – ex 30 – e seguenti), alla libertà di stabilimento (articoli 43 – ex 52 – e seguenti), alla libera prestazione di servizi (articoli 49 – ex 59 – e seguenti) nonché le eccezioni a tali norme previste agli articoli 30, 45 e 46 (ex articoli 36, 55 e 56); – le disposizioni dell'articolo 86 (ex 90) del Trattato".

La detta circolare ha a sua volta puntualizzato che, "a prescindere dall'applicabilità di specifici regimi, tutte le concessioni ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli articoli da 28 a 30 (ex articoli da 30 a 36), da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66) del Trattato o dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte. Si tratta in particolare dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento e proporzionalità così come risultano dalla costante tradizione giurisprudenziale della Corte europea che si è posta all'avanguardia nella loro elaborazione". Segnatamente "il principio di trasparenza, strettamente legato a quello di non discriminazione poiché garantisce condizio-

ni di concorrenza non falsate ed esige che le amministrazioni concedenti rendano pubblica, con appropriati mezzi di pubblicità, la loro intenzione di ricorrere ad una concessione. Secondo le indicazioni della Commissione europea (si veda il punto 3.1.2 della Comunicazione interpretativa) tali forme di pubblicità dovranno contenere le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari siano in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura quali l'indicazione dei criteri di selezione ed attribuzione, l'oggetto della concessione e delle prestazioni attese dal concessionario. Spetterà poi in particolare ai giudici nazionali valutare se tali obblighi siano stati osservati attraverso l'adozione di appropriate regole o prassi amministrative". Inoltre, "la sottoposizione delle concessioni di servizi al principio di non discriminazione, in particolare in base alla nazionalità, è stato recentemente confermato anche dalla giurisprudenza comunitaria, che ha precisato come l'obbligo di trasparenza a cui sono tenute le amministrazioni consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (Corte di giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, cit., considerato n. 62)".

La circostanza che le direttive comunitarie in materia di appalti sono attuative dell'art. 81 del Trattato porta in sostanza a ritenere che le norme delle stesse siano puramente applicative, con riferimento a determinati appalti, di principi generali che, essendo sanciti in modo universale dal Trattato, sono ovviamente vevoli anche per contratti e fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate.

Di qui l'immediata operatività dei principi, sopra esposti con riferimento alla concessione di servizi, anche agli appalti sottosoglia (si veda la circolare del dipartimento per le politiche comunitarie in data 30 giugno 2002, ove si richiama l'ordinanza 3 dicembre 2001, C-59/00 e la sentenza 7 dicembre 2000, C-324, Teleaustria c. Post & Telekom Austria, rese dalla Corte di giustizia) e ai contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti, nonché, infine, alle stesse concessioni di beni pubblici di rilevanza economica.

La Corte di giustizia, in particolare, ha statuito che, "sebbene le direttive comunitarie che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si applichino soltanto ai contratti il cui valore supera un determinato limite previsto espressamente in ciascuna delle dette direttive, il solo fatto che il legislatore comunitario abbia considerato che le procedure particolari e rigorose previste in tali direttive non sono adeguate allorché si tratta di appalti pubblici di scarso valore, non significa che questi ultimi siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario" (si veda, in tal senso, l'ordinanza 3 dicembre 2001, C-59/00, punto 19). Già in precedenza il giudice comunitario aveva sottolineato la necessità del rispetto del principio di trasparenza anche per gli appalti non rientranti espressamente nella sfera di applicazione di una direttiva, ricordando che, "nonostante il fatto che siffatti contratti, allo stadio attuale del diritto comunitario, siano esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38, gli enti aggiudicatori che li stipulano sono ciò nondimeno tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità in particolare" (sentenza 7 dicembre 2000, C-324/98, Teleaustria c. Post & Telekom Austria, punto 60).

Il Consiglio di Stato (sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 934) ha già richiamato e condiviso gli orientamenti della Corte di giustizia, puntualizzando che norme comunitarie vincolanti ben possono imporsi oltre il ristretto ambito applicativo delle direttive sugli appalti. Si è richiamata la posizione della Commissione U.E., secondo la quale, anche nei casi in cui non trova applicazione la direttiva sugli appalti di servizi (in particolare, nell'ipotesi delle concessio-

ni di pubblici servizi), la scelta del contraente incontra i limiti indicati dalle norme del Trattato in materia di libera prestazione di servizi e dai principi generali del diritto comunitario; tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento, la trasparenza. E si è affermato che si impone così una scelta ispirata a criteri obiettivi e trasparenti, tali da assicurare in ogni caso la concorrenza tra i soggetti interessati (per l'affermazione dei medesimi principi e per la rilevanza generale degli obblighi di trasparenza nella scelta dei contraenti, specie quando si tratta di servizi pubblici, C. giust. CE, 7 dicembre 2000, C-324/98).

Siffatte affermazioni, anche se rese con riferimento alla concessione di servizi pubblici che è figura diversa dall'appalto di servizi, hanno una portata generale e possono adattarsi a ogni fattispecie estranea all'immediato ambito applicativo delle direttive sugli appalti (Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 934).

Il principio di concorrenza è uno dei principi cardini del Trattato, soprattutto in relazione al mondo delle commesse pubbliche. Esso garantisce la completa parità di accesso di tutte le imprese europee al monte dei contratti pubblici. La conseguenza rilevante è che le imprese europee (e anche quelle dello stesso Paese del cui ordinamento giuridico si giudica) devono essere poste sullo stesso piano, concedendo loro le medesime opportunità; sia sotto il profilo dell'accesso ai contratti pubblici (e quindi attraverso il sistema ordinario dell'evidenza pubblica), sia impedendo che particolari situazioni economiche pongano alcune di esse in una condizione di privilegio o comunque di favore economico.

Da ciò consegue che il sistema dell'affidamento diretto, in primo luogo, costituisce eccezione di stretta interpretazione al sistema ordinario delle gare; e, in secondo luogo, deve rispondere a ben precisi presupposti (insussistenti nella controversia per cui è causa), in assenza dei quali l'affidamento è idoneo a turbare la *par condicio* e quindi a violare il Trattato (e le direttive). Recentemente siffatti principi sono stati ribaditi dalla Corte costituzionale, con la sentenza 22 novembre 2007, n. 401.

Nell'ambito dei contratti pubblici, ad avviso della Consulta, viene soprattutto in rilievo l'aspetto della tutela della concorrenza, che si concretizza, in primo luogo, nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore; in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi. Le procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente devono essere idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza. La Corte ha quindi evidenziato che la nozione comunitaria di concorrenza, che si riflette su quella di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), della cost., è definita come concorrenza "per" il mercato, la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali sopra indicati.

Sul piano interno, l'osservanza di siffatti principi costituisce anche attuazione delle stesse regole costituzionali di buon andamento e imparzialità, le quali, ai sensi dell'art. 97 della cost., devono guidare tutta l'azione dell'amministrazione. Anzi, è proprio l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria – sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente – nel perseguimento della tutela della concorrenza, ad avere determinato il definitivo superamento della concezione che vedeva la procedimentalizzazione dell'attività di scelta del contraente dettata nell'esclusivo interesse dell'amministrazione. Pervenendosi all'obiettivo primario costituito dalla tutela degli interessi degli operatori, ad accedere al mercato e a concorrere per il mercato. Il che realizza pur sempre medesime finalità.

14. Con riguardo allo specifico dettato normativo, invocato dall'appellante, costituito dall'art. 9-bis, comma 1, del D.Lgs. n. 502/1992 – secondo cui "Le regioni e le province

autonome di Trento e di Bolzano, autorizzano programmi di sperimentazione aventi a oggetto nuovi modelli gestionali che prevedano forme di collaborazione tra strutture del Servizio sanitario nazionale e soggetti privati, anche attraverso la costituzione di società miste a capitale pubblico e privato” – esso consente solo la costituzione di società miste; possibilità che, altrimenti, sarebbe vietata (ai sensi del comma 4 del citato art. 9-bis, “Al di fuori dei programmi di sperimentazione di cui al presente articolo, è fatto divieto alle aziende del Servizio sanitario nazionale di costituire società di capitali aventi per oggetto sociale lo svolgimento di compiti diretti di tutela della salute”). Ma non permette certo l’affidamento diretto del servizio alla società stessa. Diversamente opinando si tratterebbe di norma da disapplicare siccome contraria ai principi del Trattato.

Non risulta risolutivo, in favore dell’appellante, nemmeno l’intervento dell’art. 13, commi 1 e 2, del d.l. n. 223/2006, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 248/2006 (così detto decreto Bersani), secondo cui le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all’attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali:

- devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti (viene fissata, quindi, la regola dell’esclusività, in luogo di quella della prevalenza);
- non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti;
- sono a oggetto sociale esclusivo.

È sufficiente rilevare che l’oggetto sociale esclusivo non va inteso come divieto delle società così dette *multiutilities*, ma rafforza la regola dell’esclusività evitando che dopo l’affidamento la società possa andare a fare altro (Cons. Stato, sez. III, 25 settembre 2007, n. 322 e sez. II, 18 aprile 2007, n. 456). E comunque, diversamente da quanto prospettato dall’appellante, data la differenza del fenomeno “società mista” rispetto a quello dell’*in house providing*, il disposto del comma 2 del citato art. 13 – secondo cui le società miste “sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1” – non ha dato luogo a quel “controllo analogo” che legittima l’affidamento diretto.

15. Alla luce di quanto statuito dall’adunanza plenaria, che ha evidenziato l’irrelevanza delle norme invocate anche perché non consentono l’affidamento diretto del servizio, vengono meno alla radice le condizioni per disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’U.E. con riguardo agli artt. 13 del d.l. n. 223/2006, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 248/2006, e 9-bis del D.Lgs. n. 502/1992, così come richiesto dall’appellante.

16. Il ricorso in appello, pertanto, deve essere respinto. Le spese del giudizio, sussistendo giusti motivi, possono essere compensate. Non vi è luogo a provvedere sulle spese nei confronti dei soggetti appellati non costituiti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (adunanza plenaria) respinge il ricorso in appello.

Compensa tra le parti le spese del giudizio. Nulla spese nei confronti dei soggetti appellati non costituiti.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Roma il 10 dicembre 2007 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (adunanza plenaria), in camera di consiglio.

(All. 2)

Giudizio in corso dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità europee. Causa C-573/07 – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Italia) il 28 dicembre 2007 – Sea s.r.l./Comune di Ponte Nossola. (Avvocato dello Stato G. Fiengo – AL 9414/08).

LA 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, 43, 45, 46 49 e 86 del Trattato, 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 D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267 – così come esposto in motivazione.

IL FATTO

La SEA S.r.l., già aggiudicataria a seguito di pubblica gara dell'appalto di servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani ed assimilati nel territorio del Comune di Ponte Nossola per il triennio 2004/2006, ha impugnato la deliberazione comunale relativa alla procedura di affidamento diretto del servizio di raccolta e trasporto rifiuti alla società SE.T.Co. S.p.a. di cui il comune è divenuto socio. La SE.T.Co. S.p.a. è una società partecipata da alcuni Comuni della Val Seriana, il cui il maggior azionista è il Comune di Clusone. La partecipazione del Comune di Ponte Nossola è stata disposta in vista dell'affidamento diretto alla società del servizio in questione, poi effettivamente disposto dal 1 gennaio 2007.

La ricorrente lamentava tra l'altro la violazione dell'art. 113 TUEL e degli artt. 43, 49 e 86 del Trattato CE, in quanto il Comune nei confronti della Se.T.Co non eserciterebbe quel "controllo analogo" che solo consente l'affidamento diretto di un servizio ad una società partecipata. Il TAR Lombardia con ordinanza n. 148/07 del 11 ottobre 2007 rimetteva alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale relativa alla compatibilità dell'affidamento diretto di un servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti solidi urbani ed assimilati ad una società per azione a capitale interamente pubblico e statuto conformato – ai fini dell'art. 113 D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267 – con gli artt. 12, 43, 45, 46, 49 e 86 del Trattato sulla 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.

LE OSSERVAZIONI DEL GOVERNO ITALIANO

La questione viene posta dal giudice *a quo* come problema di compatibilità dell'art. 113 TUEL con gli artt. 12, 43, 45, 46, 49 e 86 del Trattato CE: si tratterebbe di stabilire se l'art. 113 del D.Lgs. n. 267 del 2000 che consente agli enti locali minori, ovvero a Province e Comuni, di affidare direttamente la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica a "società a capitale interamente pubblico", a condizione però che la società "realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano" e che "l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale esercitano sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi", sia compatibile con la normativa comunitaria, che tutela la libertà di stabilimento ovvero di prestazioni di servizi, con il divieto di discriminazione e con gli obblighi di parità di trattamento, di trasparenza e di libera concorrenza.

L'ordinanza del TAR per la Lombardia ha per oggetto specificatamente la cosiddetta gestione "in house" di servizi pubblici da parte di autorità nazionali, prevalentemente locali.

Il paradigma di questa modalità di gestione dei pubblici servizi si sostanzia nella scelta da parte della stazione appaltante di gestire *in proprio* un determinato servizio pubblico, del quale ha la titolarità, affidandolo direttamente ad una società di cui detiene la totalità (o la maggioranza) del capitale sociale e che, normalmente, ha creato a tali precipi fini. Pur potendo apparire come un affidamento ad un terzo, in quanto l'attribuzione del servizio avviene a favore di un soggetto avente formalmente autonoma soggettività (pubblico o privata), in realtà questa distinta persona giuridica non rappresenta altro che una *longa manus* della stessa amministrazione pubblica. L'utilità del ricorso a questa particolare modalità di gestione dei servizi pubblici è quella di consentire all'ente pubblico l'utilizzo di strumenti più duttili e flessibili alle esigenze del mercato (ad esempio la limitazione della responsabilità tipica delle società di capitali), pur mantenendo sull'ente affidatario del servizio controlli analoghi a quelli che può esercitare sulle proprie articolazioni interne. L'individuazione e la disciplina di questa particolare modalità di gestione trova fondamento nello stesso diritto comunitario; si vedano al riguardo il *libro verde sui servizi di interesse generale* COM (2003), 270, la relazione sullo stesso al Parlamento europeo di Philippe Herzog, nonché la successiva conforme risoluzione del Parlamento europeo sul predetto libro verde – punto 35 – ove si parla in maniera espressa del “*diritto all'autoproduzione dei servizi*” da parte degli enti pubblici ed è stata riconosciuta legittima della stessa Corte di giustizia del Lussemburgo (sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999 in causa C-107/1998 nonché da ultimo nella sentenza *Tragsa* del 19 aprile 2007 in causa C-295/05).

Il problema posto dal giudice nazionale riguarda le modalità attraverso cui l'ente pubblico esercita sul soggetto affidatario del servizio quel “*controllo gestionale e finanziario stringente*” che, secondo la giurisprudenza comunitaria, consente di assimilarne la struttura ad una propria, particolare, articolazione organizzativa.

In via preliminare si osserva che si tratta di un quesito che non sembra riguardare l'applicazione del Trattato e delle norme comunitarie, quanto piuttosto l'interpretazione del diritto interno al fine di verificare in concreto se si sia in presenza, nel caso dedotto in lite, di un controllo gestionale e finanziario stringente “*controllo analogo*”, ai fini dell'applicazione della deroga alla pubblica gara, consentita dalla normativa comunitaria e nazionale.

È noto al riguardo che la normativa nazionale ha trasfuso letteralmente le indicazioni della sentenza *Teckal* della Corte di Giustizia del 18 novembre 1999 nel comma 5 lettera c) dell'art. 113 del Testo Unico sugli Enti locali (D.Lgs. n. 267 del 2000, così modificato da ultimo dal D.L. n. 269 del 2003 e relativa legge di conversione) che disciplina la gestione delle reti e dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. In virtù della predetta disposizione la gestione dei servizi pubblici locali può avvenire solo osservando le specifiche e tassative forme organizzative previste dal quinto comma, la cui nuova formulazione rende, pertanto, non più utilizzabili altre forme di affidamento previste in precedenza (quali il ricorso alle convenzioni di cui agli artt. 30 del D.Lgs. 267 del 2000 e 15 della legge 241 del 1990), anche in virtù della espressa clausola contenuta nel primo comma dell'art. 113 in cui si afferma che “*le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili...*”. In proposito è possibile rilevare che la disposizione previgente è stata interamente sostituita dalla nuova ipotesi formulata dall'art. 113, comma 5 lett. c) che prevede l'affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico a due condizioni:

- a) che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e
- b) che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

L'art. 113 del D.Lgs. n. 267 del 2000 è nient'altro che la trasfusione letterale di indicazioni operate dalla giurisprudenza comunitaria e pertanto sicuramente compatibile con le norme comunitarie in materia di tutela della libertà di stabilimento, ovvero di prestazioni di servizi, con il divieto di discriminazione e con gli obblighi di parità di trattamento, di trasparenza e di libera concorrenza. Infatti, i giudici di Lussemburgo nella sentenza del 6 aprile 2006 nella causa tra l'Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori contro il Comune di Bari hanno affermato che l'art. 113 è in linea di principio conforme al diritto comunitario. Sembra evidente che si tratta comunque di semplici modalità organizzative nella gestione pubblica dei servizi d'interesse generale in relazione alle quali non hanno ragion d'essere i dubbi sollevati dal giudice nazionale in ordine alla conformità al diritto comunitario.

Nel caso di specie si tratta di verificare se sussistono i requisiti stabiliti dalla sentenza *Teckal* tra l'ente e la società a capitale interamente pubblico che solo consentono l'esclusione dell'applicazione della normativa del Trattato.

In ambito comunitario si è cercato di affrontare il peculiare e delicato problema degli appalti *in house* in diverse pronunce della Corte di Giustizia (C-306/96, C-108/98, C-107/98, C-231/03, C-458/03). La Corte ha stabilito la non obbligatorietà del ricorso alla gara di affidamento, qualora l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sul soggetto aggiudicatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi, e tale ente realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione che lo controlla, in quanto si prescinderebbe dall'ambito di applicazione della direttiva 92/50.

La Corte richiede un controllo "analogo", che non sia esattamente coincidente, identico a quello tipico del vertice amministrativo rispetto agli apparati dell'ente; e comunque non deve trattarsi di un controllo debole né meramente formale, in quanto l'ente locale deve avere la possibilità di far valere in maniera completa i propri interessi nell'ambito dell'impresa. La formula gestionale si sostanzia in un recepimento pieno e rigoroso del modello del "*in house providing*" o della "*delegazione interorganica*", contemplato per gli appalti pubblici nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea. Il suddetto modello implica che la società affidataria sia in sostanza nient'altro che una sorta di diramazione organizzativa dell'ente locale, privo di una sua autonomia imprenditoriale e di capacità decisionali distinte da quelle dell'ente stesso.

Secondo il giudice comunitario esclusivamente nell'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice concluda un contratto con un soggetto che è qualificabile in delega interorganica con la stessa si escluderà dall'ambito di applicazione della normativa comunitaria. E per compiere tale valutazione si deve ricercare la contemporanea presenza nel rapporto tra i due soggetti della dipendenza formale, di quella economica e di quella amministrativa, tali elementi devono essere unificati e caratterizzati dall'omogeneità di indirizzi nella gestione che le due persone giuridiche distinte (controllante e controllato) devono assolutamente perseguire nella loro gestione (missione).

Al riguardo la Corte di Giustizia nella sentenza 11 gennaio 2005, *Stadt Halle*, ha precisato che il concetto di "controllo analogo" implica che il soggetto su cui tale controllo viene esercitato abbia come sua finalità esclusiva il perseguimento dell'interesse pubblico; ciò non sarebbe possibile nel caso di partecipazione al soggetto stesso da parte di un imprenditore privato, che per sua natura tende a perseguire anche un interesse proprio, diverso dall'interesse pubblico in senso stretto. Di conseguenza, la partecipazione di un socio privato, anche se minoritaria, secondo la Corte impedisce di considerare la società in questione un'articolazione organizzativa dell'ente committente, non consente di parlare di società *in house* e di procedere all'affidamento senza gara (vedi peraltro in senso più flessibile la decisione n. C-

295/05 citata). Tale orientamento viene ribadito dalla Corte di Giustizia, pochi mesi dopo, con la decisione nella causa *Co.Na.Me.* a mezzo della quale il giudice comunitario ha escluso la possibilità di affidamenti *in house* nelle ipotesi in cui il soggetto aggiudicatore sia partecipato da privati. La presenza del privato sarebbe idonea, *ex se*, a precludere la spendibilità di un “controllo analogo”.

La Corte ha precisato che, trattandosi di un’eccezione alle regole generali di diritto comunitario, le due condizioni devono essere interpretate restrittivamente, e l’onere di dimostrare l’effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regola grava sul soggetto che intende avvalersene.

La sentenza del 11 maggio 2006, *Carbotermo S.p.A. e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGESP S.p.a.*, avvia un atteggiamento meno rigido del giudice comunitario in ordine ai presupposti del controllo analogo, laddove, pur confermando che l’ente pubblico deve poter influenzare le decisioni della società partecipata in maniera determinate “*sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti*”, la Corte di Giustizia ha riconosciuto una presunzione di controllo analogo in quelle ipotesi in cui la società sia posseduta per intero dall’amministrazione aggiudicatrice.

L’esistenza di un ente distinto è facile da concepire, in quanto è sufficiente accertare che l’operatore economico sia costituito sotto una forma giuridica diversa da quella dell’amministrazione aggiudicatrice. Al contrario, non sempre è agevole rendersi conto del grado di effettiva autonomia di cui l’ente dispone. In particolare, la natura del controllo esercitato dal soggetto pubblico su un organismo giuridicamente distinto, o il livello a partire dal quale si può ritenere che quest’ultimo svolga la parte essenziale della sua attività con l’autorità pubblica dalla quale dipende, in determinate circostanze possono suscitare incertezze.

Riassumendo, il controllo analogo sussiste ogniqualvolta si accerti l’esistenza di uno stringente controllo gestionale e finanziario dell’ente pubblico sulla società partecipata, in modo tale che i compiti affidati alla società saranno trattati come se fossero stati ad essa delegati dall’amministrazione. In virtù di tale rapporto il soggetto partecipata, non possedendo alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione, si configura come un’entità distinta solo formalmente dall’amministrazione, ma che in concreto continua a costituire parte della stessa. A tali condizione si può ritenere che tra l’amministrazione e la società sussista, agli effetti pratici un rapporto tale da impedire l’applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici.

Nell’ordinamento italiano è stato inoltre mantenuto il comma 6 dell’art. 113 TUEL sul divieto di partecipazione alle gare da parte “*delle società che in Italia ed all’estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi*”.

Si tratta quindi di una normativa nazionale che è stata dettata in funzione dell’accelerazione del processo di liberalizzazione dei pubblici servizi locali, ma che, in un assetto definitivo della materia, potrebbe anche venire meno, in quanto il comportamento di una società costituita (ed È rimasta assegnataria senza gara di servizi) potrebbe ragionevolmente trovare eventuale sanzione sotto altri e diversi aspetti della disciplina della concorrenza.

La giurisprudenza comunitaria e nazionale riconosce in linea di massima la non applicazione delle norme del Trattato CE in merito alla 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, quando l’affidamento diretto di un servizio avviene tra un ente locale e una società a capitale interamente pubblico, dove la prima esercita un controllo analogo sulla seconda.

Spetta quindi al giudice *a quo* accertare in concreto se sussiste o meno il “controllo analogo” da parte di un ente locale, comune di Ponte Nossa, sulla società, SE.T.Co. S.p.a. Tale analisi deve essere effettuata attraverso lo statuto da società aggiudicataria e sugli effettivi poteri di controllo e di gestione dell’ente sulla società. In particolare il giudice nazionale deve tener conto delle modalità attraverso cui l’ente pubblico esercita il controllo analogo nell’ambito di uffici e strutture appartenenti alla sua organizzazione (persona giuridica) e valutare, in relazione alla struttura affidataria *in house* dell’appalto, se sussistono ed operino procedure e strumenti idonei ad assicurare in concreto l’esercizio di un potere di indirizzo “equivalente” quanto ad effetti (cosiddetto “controllo analogo”). Ogni diversa valutazione meramente astratta rischia di dire troppo o troppo poco...

Pertanto il governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere alla domanda pregiudiziale formulata dal Tribunale Amministrativo della Lombardia, sezione staccata di Brescia, nel senso che:

“L’articolo art. 113 del D.Lgs. n. 267 del 2000 è compatibile con la normativa comunitaria sulla 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, 43, 45, 46, 49 e 86 del Trattato, in quanto la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle comunità europee ha più volte stabilito la possibilità dell’affidamento diretto di servizi a società per azione a capitale interamente pubblico e statuto riformato a condizione che l’ente affidante eserciti un “controllo analogo” su quest’ultima. Il “controllo analogo” può essere effettuato in diverse modalità e sussiste qualora tra l’ente e la società aggiudicataria vi sia contemporanea presenza della dipendenza formale, economica e amministrativa. L’accertamento in concreto di tale controllo è di competenza del giudice nazionale”.

Roma, 10 aprile 2008

(All. 3)

Decreto Legge 25 giugno 2008 n. 112

Art. 23-bis. Servizi pubblici locali di rilevanza economica

1. Le disposizioni del presente articolo disciplinano l’affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti all’universalità e accessibilità dei servizi pubblici locali e al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell’articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione. Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili.

2. Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità.

3. In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni 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, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria.

4. Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato, e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione.

5. Ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati.

6. È consentito l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. In questo caso la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore.

7. Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'*articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281*, e successive modificazioni, possono definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale.

8. Salvo quanto previsto dal comma 10, lettera e), le concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. Sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate ai sensi del comma 3.

9. I soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al comma 2, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al periodo precedente non si applica alle società quotate in mercati regolamentati. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato. In ogni caso, entro la data del 31 dicembre 2010, per l'affidamento dei servizi si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica.

10. Il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni ed entro centotanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sentita la Conferenza unificata di cui all'*articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281*, e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari, emana uno o più regolamenti, ai sensi dell'*articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400*, al fine di:

a) prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno e l'osservanza da parte delle società in house e delle società a participa-

zione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e per l'assunzione di personale;

b) prevedere, in attuazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza di cui all'articolo 118 della Costituzione, che i comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata;

c) prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità;

d) armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua;

e) disciplinare, per i settori diversi da quello idrico, fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di cui al comma 3, la fase transitoria, ai fini del progressivo allineamento delle gestioni in essere alle disposizioni di cui al presente articolo, prevedendo tempi differenziati e che gli affidamenti diretti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo;

f) prevedere l'applicazione del principio di reciprocità ai fini dell'ammissione alle gare di imprese estere;

g) limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità e accessibilità del servizio pubblico locale;

h) prevedere nella disciplina degli affidamenti idonee forme di ammortamento degli investimenti e una durata degli affidamenti strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti;

i) disciplinare, in ogni caso di subentro, la cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio;

l) prevedere adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale anche con riguardo agli utenti dei servizi;

m) individuare espressamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo.

11. L'articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo.

12. Restano salve le procedure di affidamento già avviate alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

(All. 4)

Sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee, Seconda Sezione, 17 luglio 2008 nella causa C-371/05 – Commissione delle Comunità europee/Repubblica italiana. (Avvocato dello Stato G. Fiengo – AL 52569/05).

Inadempimento di uno Stato – Direttiva 92/50/CEE – Artt. 11 e 15, n. 2 – Appalti pubblici di servizi – Aggiudicazione dei servizi informatici del Comune di Mantova – Aggiudicazione diretta senza previa pubblicazione di un bando di gara.

(...*Omissis*)

1. Con il presente ricorso la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di constatare che, avendo il Comune di Mantova affidato in via diretta e senza pubblicazione di un apposito bando di gara nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* la gestione, la manutenzione e lo sviluppo di propri servizi informatici all'ASI SpA (in prosieguo: l'«ASI»), la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), così come modificata dalla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE (GU L 199, pag. 1) (in prosieguo: la «direttiva 92/50»), in particolare degli artt. 11 e 15, n. 2, della suddetta direttiva 92/50.

Contesto normativo

2. L'art. 1, lett. a)-f), della direttiva 92/50 recita come segue:

«Ai fini della presente direttiva s'intendono per:

- a) “*appalti pubblici di servizi*”, i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice, (...);
- b) “*amministrazioni aggiudicatrici*”, lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico.

Per “*organismo di diritto pubblico*” si intende qualsiasi organismo:

- istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e
- avente personalità giuridica, e
- la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico.

(...)

- c) “*prestatori di servizi*” le persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici che forniscono servizi. Viene chiamato “offerente” il prestatore di servizi che presenti un'offerta e “candidato” chi solleciti un invito a partecipare ad una procedura ristretta o negoziata;
- d) “*procedure aperte*” le procedure nazionali nell'ambito delle quali tutti i prestatori di servizi interessati possono presentare offerte;
- e) “*procedure ristrette*” le procedure nazionali nell'ambito delle quali possono presentare offerte soltanto i prestatori di servizi invitati dall'amministrazione;
- f) “*procedure negoziate*” le procedure nazionali nell'ambito delle quali le amministrazioni consultano i prestatori di servizi di loro scelta e negoziano i termini del contratto con uno o più di essi».

3. Ai sensi dell'art. 7, n. 1, della medesima direttiva, quest'ultima si applica agli appalti pubblici di servizi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia pari o superiore a [EUR] 200000.

4. L'art. 8 di detta direttiva così prevede:

«Gli appalti aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato I A vengono aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli da III a VI».

5. L'art. 11, n. 1, della direttiva 92/50, che compare al titolo III della stessa rubricato «Scelta delle procedure d'aggiudicazione e norme relative ai concorsi di progettazione», dispone che, nell'aggiudicare gli appalti pubblici di servizi, le amministrazioni aggiudicatrici applichino le procedure definite all'art. 1, lett. d)-f), di tale direttiva. I nn. 2 e 3 di detto

art. 11 specificano i casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici ricorrono alla procedura negoziata, rispettivamente, previa pubblicazione di un bando di gara e senza pubblicazione di un tale bando. Il n. 4 del citato art. 11 precisa che in tutti gli altri casi le amministrazioni assegnano gli appalti di servizi con procedura aperta ovvero con procedura ristretta.

6. Ai sensi dell'art. 15, n. 2, della direttiva 92/50, che figura al titolo V della stessa relativo alle norme comuni di pubblicità:

«Le amministrazioni che intendono aggiudicare un appalto pubblico di servizi mediante procedura aperta, ristretta o, nei casi stabiliti nell'articolo 11, negoziata, rendono nota tale intenzione con un bando di gara».

7. Tra i servizi a norma dell'art. 8 l'allegato I A di tale direttiva comprende, nella categoria 7, i «servizi informatici ed affini».

Procedimento precontenzioso

8. Mediante una convenzione conclusa in data 2 dicembre 1997, il Comune di Mantova affidava all'ASI la gestione, la manutenzione e lo sviluppo dei servizi informatici comunali fino al 31 dicembre 2012 (in prosieguo: la «convenzione»), senza che tale attribuzione fosse oggetto di una procedura di gara.

9. In seguito ad un reclamo, la Commissione indirizzava alla Repubblica italiana, in data 20 giugno 2001, una lettera in cui chiedeva delucidazioni in merito alla convenzione e ricordava le condizioni affinché un appalto pubblico possa essere sottratto all'applicazione delle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. Il suddetto Stato membro rispondeva con lettera 26 giugno 2001 sostenendo l'inapplicabilità delle disposizioni della direttiva 92/50 al caso di specie.

10. Il 24 ottobre 2001 la Commissione indirizzava una lettera di diffida alla Repubblica italiana, alla quale quest'ultima rispondeva in data 11 febbraio 2002.

11. In seguito all'esame delle osservazioni presentate dalla Repubblica italiana, la Commissione, in data 27 giugno 2002, emetteva un parere motivato invitando tale Stato membro ad adottare i provvedimenti necessari per conformarsi al suddetto parere nel termine di due mesi dalla data di ricezione dello stesso.

12. Poiché la Repubblica italiana non ha dato riscontro a tale parere motivato, la Commissione ha deciso di proporre il presente ricorso.

Sul ricorso

13. Con ordinanza del presidente della Corte 4 maggio 2006, la Repubblica di Finlandia è stata ammessa a intervenire nella causa a sostegno delle conclusioni della Repubblica italiana. Con lettera depositata presso la cancelleria della Corte il 5 settembre 2006, la Repubblica di Finlandia ha informato la Corte della sua intenzione di rinunciare ad intervenire nella presente causa. Con ordinanza del presidente della Corte 2 ottobre 2006, la Repubblica di Finlandia è stata cancellata come parte interveniente nella controversia.

Argomenti delle parti

14. La Commissione deduce un motivo unico a sostegno del proprio ricorso, affermando che la convenzione non è stata conclusa nel rispetto degli artt. 11 e 15, n. 2, della direttiva 92/50.

15. La Commissione sostiene, infatti, che la convenzione rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 92/50 e che, pertanto, avrebbe dovuto essere stipulata conformemente, in particolare, ai citati articoli.

16. Facendo riferimento alla sentenza della Corte 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal (Racc. pag. I-8121), essa esclude che la relazione tra il Comune di Mantova e l'ASI possa essere qualificata come gestione «interna» ai sensi di tale sentenza. Infatti, il control-

lo esercitato dal suddetto comune sull'ASI in applicazione degli artt. 8 e 11 della convenzione sarebbe analogo a quello di un semplice azionista di maggioranza di una società per azioni e sarebbe limitato dalla necessità di prendere in considerazione gli interessi degli altri azionisti di tale società. D'altronde, la Commissione fa notare che il Comune di Mantova è uscito dal capitale dell'ASI senza che ciò abbia messo fine alla convenzione.

17. Per contro, la Repubblica italiana sostiene che, al momento della conclusione della convenzione e conformemente alla normativa nazionale vigente, il capitale dell'ASI era interamente detenuto dal Comune di Mantova e da altri comuni limitrofi. Pertanto il Comune di Mantova avrebbe avuto su tale società un controllo strutturale e funzionale analogo a quello esercitato sui propri servizi.

18. La Repubblica italiana sottolinea che il Comune di Mantova designava i membri degli organi direttivi della suddetta società. Inoltre, è pacifico che l'unico interesse tutelato dalla convenzione è quello del suddetto comune. A ciò si aggiunge che le spese dell'ASI sarebbero periodicamente stabilite da delibere comunali. Il Comune di Mantova si sarebbe anche riservato la possibilità di procedere a una serie di verifiche degli obiettivi previsti dalla convenzione. A questo proposito, la nomina di un funzionario ai sensi dell'art. 8 della convenzione sarebbe l'espressione di quel potere di supervisione che detto comune deve mantenere per soddisfare il requisito del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi stabilito dalla citata sentenza Teckal.

19. In ogni caso, la Repubblica italiana precisa che, conformemente alle decisioni adottate in occasione dell'assemblea generale degli azionisti dell'ASI, tenutasi il 23 dicembre 2004, il Comune di Mantova è definitivamente uscito dal capitale sociale dell'ASI e che quest'ultima ha cessato di svolgere le attività oggetto della convenzione al 31 dicembre 2006.

Giudizio della Corte

20. Occorre anzitutto rilevare che le parti non contestano che la convenzione riguarda la fornitura di servizi di cui all'allegato I A della direttiva 92/50 e che il valore di tali servizi oltrepassa la soglia, fissata all'art. 7, n. 1, di tale direttiva, idonea a far rientrare la convenzione nell'ambito di applicazione della direttiva stessa.

21. Tuttavia, la Repubblica italiana fa valere che la convenzione non doveva essere assoggettata alle norme che disciplinano gli appalti pubblici, dato che i criteri di gestione «interna» erano soddisfatti.

22. A tale proposito si deve rammentare che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, l'indizione di una gara pubblica, conformemente alle direttive relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici, non è obbligatoria, anche quando l'affidatario è un ente giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice, qualora siano soddisfatte le due condizioni seguenti. Da un lato, l'amministrazione pubblica, che è un'amministrazione aggiudicatrice, deve esercitare sull'ente giuridicamente distinto di cui trattasi un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e, dall'altro, tale ente deve svolgere la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti pubblici che lo detengono (v., in particolare, sentenze Teckal, cit., punto 50, e 8 aprile 2008, causa C-337/05, Commissione/Italia, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 36 e giurisprudenza citata).

23. Occorre pertanto esaminare se, riguardo all'ASI, le due condizioni richieste dalla giurisprudenza citata al punto precedente siano soddisfatte.

24. Per quanto attiene alla prima condizione, relativa al controllo da parte dell'autorità pubblica, dalla giurisprudenza della Corte emerge che è necessario tener conto non solo di tutte le disposizioni normative, ma altresì delle circostanze pertinenti del caso di specie. Dall'esame deve risultare che la società aggiudicataria è soggetta a un controllo che consen-

te all'amministrazione aggiudicatrice di condizionarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici sia sulle decisioni importanti di detta società (v. sentenze 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I-8585, punto 65, e 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo e Consorzio Alisei, Racc. pag. I-4137, punto 36).

25. La Repubblica italiana ha affermato, senza essere contraddetta sul punto dalla Commissione, che il Comune di Mantova aveva la possibilità, per il suo ruolo di socio di maggioranza dell'ASI, di designare i membri degli organi direttivi e di condizionare l'attività di questa società. Essa ha parimenti evidenziato che, in applicazione della convenzione, il consiglio comunale del suddetto comune stabiliva, per mezzo di delibere, le spese di funzionamento di detta società e che il Comune di Mantova si era riservato la possibilità di compiere una serie di verifiche, da un lato, con la nomina di un funzionario comunale incaricato di collaborare, stimolare e controllare l'operato dell'ASI e, dall'altro, con il controllo sulla contabilità di detta società al fine di assicurare la piena applicazione delle norme di correttezza contabile e delle norme di tutela previste dalla convenzione.

26. Ne risulta che il suddetto comune aveva la facoltà di incidere in modo determinante tanto sugli obiettivi strategici quanto sulle decisioni importanti dell'ASI tramite la nomina dei membri degli organi direttivi di tale società e di un funzionario comunale incaricato di orientare e controllare l'operato di quest'ultima. Tale facoltà è sufficiente a dimostrare l'esistenza di un potere di controllo strutturale e funzionale del Comune di Mantova su detta società analogo a quello esercitato sui propri servizi, così da soddisfare la prima condizione stabilita dalla Corte al punto 50 della citata sentenza Teckal.

27. Tuttavia, la Commissione sostiene che la suddetta condizione non poteva essere soddisfatta in quanto, in primo luogo, al momento della stipula della convenzione partecipavano al capitale dell'ASI due organismi di diritto privato, la TEA SpA e l'APAM SpA, e, in secondo luogo, anche a voler supporre che l'ASI fosse una società a capitale interamente pubblico, la partecipazione di soci privati era esplicitamente prevista sin dalla sua costituzione.

28. Orbene, quanto al primo argomento avanzato dalla Commissione, è sufficiente constatare che quest'ultima non ha contestato le informazioni fornite dalla Repubblica italiana nella contropetizione in base alle quali le due società in questione erano a loro volta imprese comunali.

29. Per quanto riguarda il secondo argomento esposto dalla Commissione, si deve rilevare che la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria, in considerazione in particolare della forma societaria di quest'ultima, non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula di una convenzione come quella di cui trattasi nella presente causa, per concludere che la prima condizione, relativa al controllo dell'autorità pubblica, non sia soddisfatta. Infatti, per ragioni di certezza del diritto, l'eventuale obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere ad una gara d'appalto dev'essere valutato, in via di principio, alla luce delle condizioni esistenti alla data dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria, Racc. pag. I-9705, punto 38).

30. Circostanze particolari, segnatamente qualora risulti che l'apertura del capitale dell'ente interessato a soci privati era prevista sin dall'assegnazione del suddetto appalto pubblico, possono, di certo, richiedere che sia presa in considerazione la partecipazione effettiva di detti soci intervenuta successivamente a tale assegnazione (v., in tal senso, sentenza Commissione/Austria, cit., punto 38). Tuttavia, nella fattispecie, è giocoforza constatare che la Commissione non è riuscita a fornire la prova dell'esistenza di tali circostanze particolari.

31. Per quanto attiene alla seconda condizione, relativa all'attività dell'ente in questione, è d'uopo rammentare che un'impresa svolge la parte più importante della sua attività con l'ente che la detiene, ai sensi della citata sentenza Teckal, se l'attività di detta impresa è destinata principalmente all'ente in questione e ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale (v. sentenza Carbotermo e Consorzio Alisei, cit., punto 63).

32. Inoltre, nel caso in cui diversi enti detengano un'impresa, la condizione relativa all'attività può ricorrere qualora tale impresa svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o con quell'ente, ma con tali enti complessivamente considerati. Di conseguenza, l'attività da prendere in considerazione nel caso di un'impresa detenuta da vari enti è quella realizzata da detta impresa con tutti questi enti (v. sentenza Carbotermo e Consorzio Alisei, cit., punti 70 e 71).

33. A tale proposito, dai documenti presentati dalla Repubblica italiana emerge che, se si tiene conto delle attività svolte dall'ASI non soltanto a favore del Comune di Mantova, bensì per tutti gli enti che la detengono, tali attività possono essere considerate come essenzialmente dedicate ai suddetti enti.

34. Pertanto, la seconda condizione stabilita dalla Corte al punto 50 della citata sentenza Teckal è soddisfatta.

35. Alla luce di ciò, si deve ritenere che la Repubblica italiana abbia sufficientemente dimostrato in diritto che le condizioni richieste dalla giurisprudenza citata al punto 22 della presente sentenza sono soddisfatte e che, pertanto, il Comune di Mantova non era tenuto a indire una gara pubblica prima di concludere la convenzione.

36. Di conseguenza, il ricorso della Commissione dev'essere respinto in quanto infondato.

Sulle spese

37. Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Repubblica italiana ne ha fatto domanda, la Commissione, rimasta soccombente, dev'essere condannata alle spese.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara e statuisce:

1) Il ricorso è respinto.

2) La Commissione delle Comunità europee è condannata alle spese.