Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione)

29 novembre 2012*

«Appalti pubblici di servizi — Direttiva 2004/18/CE — Amministrazione aggiudicatrice che esercita su un'entità affidataria, giuridicamente distinta da essa, un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi — Insussistenza di un obbligo di organizzare una procedura di aggiudicazione secondo le norme del diritto dell'Unione (affidamento cosiddetto "in house") — Entità affidataria controllata congiuntamente da più enti locali territoriali — Presupposti di applicabilità dell'affidamento "in house"»

Nelle cause riunite C-182/11 e C-183/11,

aventi ad oggetto due domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato (Italia), con decisioni del 23 febbraio 2011, pervenute in cancelleria il 18 aprile 2011, nei procedimenti

Econord SpA

contro

Comune di Cagno (C-182/11),

Comune di Varese,

Comune di Solbiate (C-183/11),

Comune di Varese,

LA CORTE (Terza Sezione),

composta dalla sig.ra R. Silva de Lapuerta, facente funzione di presidente della Terza Sezione, dai sigg. K. Lenaerts, E. Juhász (relatore), T. von Danwitz e D. Šváby, giudici,

avvocato generale: sig. P. Cruz Villalón,

cancelliere: sig. A. Calot Escobar,

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

— per il Comune di Cagno e il Comune di Solbiate, da C. Colombo, avvocatessa;

* Lingua processuale: l'italiano.

— per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da P. Gentili, avvocato dello Stato;

— per il governo austriaco, da M. Fruhmann, in qualità di agente;

— per il governo polacco, da M. Szpunar, in qualità di agente;

— per la Commissione europea, da C. Zadra e da P. Manzini, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 19 luglio 2012,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione del diritto dell'Unione in materia di presupposti di applicabilità dell'eccezione riguardante l'affidamento diretto, cosiddetto «in house», di un servizio di interesse pubblico.

2 Tali domande sono state presentate nell'ambito di controversie instaurate dalla Econord SpA contro il Comune di Varese, il Comune di Cagno e il Comune di Solbiate, e aventi ad oggetto la regolarità dell'affidamento diretto, da parte dei due comuni ultimi citati, di un appalto di servizi alla ASPEM SpA (in prosieguo: la «ASPEM») senza l'organizzazione di una procedura di aggiudicazione di tale appalto in conformità alle norme del diritto dell'Unione.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

3 L'articolo 1 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), intitolato «Definizioni», enuncia, al paragrafo 2, quanto segue:

«a) Gli "appalti pubblici" sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva.

(…)

d) Gli "appalti pubblici di servizi" sono appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II.

(…)».

4 L'articolo 1, paragrafo 4, di detta direttiva così dispone:

«La "concessione di servizi" è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

5 Ai sensi dell'articolo 20 della medesima direttiva:

«Gli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II A sono aggiudicati secondo gli articoli da 23 a 55».

6 Al punto 16 dell'allegato II A della citata direttiva vengono menzionati i servizi di «eliminazione di scarichi di fogna e di rifiuti; disinfestazione e servizi analoghi».

Il diritto italiano

7 L'articolo 30 del decreto legislativo n. 267, del 18 agosto 2000 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) (GURI n. 227, del 28 settembre 2000 – supplemento ordinario n. 162; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 267/2000»), così recita:

«1. Al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati, gli enti locali possono stipulare tra loro apposite convenzioni.

2. Le convenzioni devono stabilire i fini, la durata, le forme di consultazione degli enti contraenti, i loro rapporti finanziari ed i reciproci obblighi e garanzie.

3. Per la gestione a tempo determinato di uno specifico servizio o per la realizzazione di un'opera lo Stato e la Regione, nelle materie di propria competenza, possono prevedere forme di convenzione obbligatoria fra enti locali, previa statuizione di un disciplinare-tipo.

4. Le convenzioni di cui al presente articolo possono prevedere anche la costituzione di uffici comuni, che operano con personale distaccato dagli enti partecipanti, ai quali affidare l'esercizio delle funzioni pubbliche in luogo degli enti partecipanti all'accordo, ovvero la delega di funzioni da parte degli enti partecipanti all'accordo a favore di uno di essi, che opera in luogo e per conto degli enti deleganti».

8 L'articolo 113 del decreto legislativo n. 267/2000, intitolato «Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica», dispone, al quinto comma, quanto segue:

«L'erogazione [di un servizio pubblico locale da parte di un ente locale] avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

(…)

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

Fatti all'origine della controversia e questione pregiudiziale

9 Risulta dal fascicolo sottoposto alla Corte che il Comune di Varese, al fine di gestire servizi pubblici nel suo territorio, segnatamente quello di igiene urbana, ha costituito la ASPEM, quale prestatore di servizi «in house». All'epoca dei fatti, il Comune di Varese deteneva la quasi totalità del capitale di tale società, ciò che gli garantiva il controllo di quest'ultima.

10 Mediante una serie di deliberazioni adottate nel corso dell'anno 2005, il Comune di Cagno e il Comune di Solbiate hanno scelto quale forma preferenziale di gestione del servizio di igiene urbana, e più in particolare del servizio di eliminazione dei rifiuti solidi urbani, quella della gestione coordinata con

altri comuni ai sensi degli articoli 30 e 113, quinto comma, lettera c), del decreto legislativo n. 267/2000 e, a questo scopo, hanno approvato la conclusione di una convenzione con il Comune di Varese per l'affidamento, a titolo oneroso, dei loro servizi di igiene urbana alla ASPEM, aderendo a tale società in qualità di azionisti pubblici, mediante la partecipazione al capitale sociale attuata attraverso l'acquisizione, da parte dei suddetti comuni, di un'azione ciascuno.

11 Risulta dal fascicolo presentato alla Corte che il capitale sociale della ASPEM ammonta ad EUR 173 785, rappresentato da altrettante azioni del valore nominale di EUR 1 ciascuna. Il Comune di Varese detiene la maggioranza del capitale in virtù del possesso di 173 467 azioni. Le restanti 318 azioni sono suddivise tra 36 comuni della provincia di Varese, con partecipazioni individuali che variano da 1 a 19 azioni.

12 Parallelamente all'acquisizione di tale partecipazione, il Comune di Cagno e il Comune di Solbiate hanno proceduto, insieme con altri comuni interessati, alla sottoscrizione di un patto parasociale tra azionisti, il quale prevedeva il loro diritto di essere consultati, di nominare un membro del collegio sindacale e di designare, in accordo con gli altri comuni partecipanti al patto di sindacato, un consigliere di amministrazione.

13 In tale contesto, i due comuni suddetti hanno ritenuto che esistessero i presupposti per un affidamento «in house» del servizio di interesse pubblico in questione, dal momento che la ASPEM era controllata congiuntamente da vari enti locali. Essi hanno pertanto affidato direttamente tale appalto alla ASPEM. La Econord SpA ha contestato tale affidamento diretto, facendo valere che, nella fattispecie, il controllo dei due comuni sulla ASPEM non era garantito e che, di conseguenza, l'attribuzione dell'appalto avrebbe dovuto essere effettuata in conformità alle norme del diritto dell'Unione.

14 Il Consiglio di Stato rileva che la sentenza del 18 novembre 1999, Teckal (C-107/98, Racc. pag. I-8121), ha costituito il punto di partenza della successiva elaborazione giurisprudenziale volta a precisare i presupposti che giustificano l'affidamento diretto di un appalto pubblico. A mente del punto 50 di tale sentenza, l'attribuzione diretta di un appalto è giustificata – anche se effettuata a favore di un soggetto formalmente e giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice – nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sul soggetto in questione un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e tale soggetto realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano. Infatti, in un simile caso, non può ritenersi che il soggetto in questione rivesta la qualità di terzo rispetto all'amministrazione aggiudicatrice. Il Consiglio di Stato sottolinea che, nei procedimenti principali, delle due condizioni cumulative enunciate al punto 50 della citata sentenza Teckal, a venire in discussione è soltanto quella relativa all'esercizio di un «controllo analogo».

15 Il Consiglio di Stato rileva che, nella sentenza del 13 ottobre 2005, Parking Brixen (C-458/03, Racc. pag. I-8585), la Corte ha stabilito delle condizioni assai restrittive per il riconoscimento dell'esistenza di un «controllo analogo» ed ha enucleato al riguardo un numero rilevante di indicatori concreti.

16 Tuttavia, nelle successive sentenze del 19 aprile 2007, Asemfo (C-295/05, Racc. pag. I-2999); del 17 luglio 2008, Commissione/Italia (C-371/05), e del 13 novembre 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Racc. pag. I-8457), la Corte avrebbe mostrato maggiori aperture e mitigato le condizioni che devono essere soddisfatte per arrivare a ritenere sussistente l'esercizio di un «controllo analogo». Il Consiglio di Stato ricava più in particolare da quest'ultima sentenza la conclusione secondo cui è lecito ritenere sussistente una società «in house» in caso di controllo congiunto esercitato su quest'ultima da più enti pubblici e secondo cui è irrilevante la situazione individuale di ciascuno di tali enti pubblici per quanto riguarda il controllo esercitato sulla società suddetta.

17 Il giudice del rinvio fa osservare che, nel caso di specie, il Comune di Varese esercita il pieno controllo sulla ASPEM, mentre ciò non vale per il Comune di Cagno ed il Comune di Solbiate. Infatti, l'acquisizione di una sola azione ed un patto parasociale singolarmente debole non darebbero luogo ad alcun controllo congiunto effettivo sulla società in questione, poiché i due comuni ultimi citati non potrebbero influire sulle decisioni della ASPEM, e gli elementi di cui sopra non varrebbero a soddisfare il criterio del «controllo analogo». Tuttavia, alla luce della citata sentenza Coditel Brabant, la situazione di ciascuno degli enti pubblici partecipanti singolarmente considerati, per quanto riguarda l'esercizio del controllo, sarebbe irrilevante.

18 Alla luce di tali considerazioni, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

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

Sulla questione pregiudiziale

Osservazioni preliminari

19 Il Comune di Cagno e il Comune di Solbiate fanno valere che, successivamente ai fatti all'origine delle presenti domande di pronuncia pregiudiziale, essi hanno avviato procedure di gara aperte, all'esito delle quali l'appalto in questione è stato aggiudicato a titolo definitivo alla ASPEM. Tale sviluppo successivo influirebbe sull'utilità di una risposta della Corte alla questione sollevata dal giudice del rinvio.

20 Il governo italiano sostiene che la questione pregiudiziale è irricevibile per mancanza di una descrizione sufficiente del contesto di fatto e di diritto dei procedimenti principali.

21 A questo proposito occorre ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, nell'ambito di un procedimento ex articolo 267 TFUE, basato sulla netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, l'accertamento e la valutazione dei fatti costituenti l'oggetto della controversia principale, nonché l'interpretazione e l'applicazione del diritto nazionale, rientrano nella competenza esclusiva del giudice nazionale. Parimenti, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze del caso, sia la necessità sia la rilevanza delle questioni che esso sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate vertono sull'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire (sentenza del 25 ottobre 2012, Rintisch, C-553/11, punto 15 e la giurisprudenza ivi citata).

22 Pertanto, il rigetto, da parte della Corte, di una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da un giudice nazionale è possibile soltanto qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale, qualora il problema sia di natura ipotetica, o anche quando la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte (sentenza Rintisch, cit., punto 16 e la giurisprudenza ivi citata).

23 Orbene, tali ipotesi non si realizzano nel caso di specie. Infatti, il giudice del rinvio invita la Corte a chiarire la propria giurisprudenza in merito al controllo esercitato congiuntamente da più amministrazioni aggiudicatrici su un'entità affidataria posseduta in comune da queste ultime, nonché

in ordine ai presupposti in presenza dei quali deve ritenersi che, in un caso siffatto, venga esercitato un «controllo analogo», questione che è innegabilmente in rapporto con l'oggetto dei procedimenti principali. Inoltre, la Corte reputa che i dati normativi e fattuali contenuti nella presente domanda siano sufficienti affinché essa sia in grado di rispondere utilmente al quesito sollevato.

24 Ne consegue che le domande di pronuncia pregiudiziale sono ricevibili.

Nel merito

25 Secondo una giurisprudenza consolidata, un'amministrazione aggiudicatrice, come ad esempio un ente locale, è dispensata dall'avviare una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico nel caso in cui essa eserciti sull'entità affidataria un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano (sentenza Teckal, cit., punto 50). È pacifico che questa giurisprudenza, inizialmente adottata ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione della direttiva 93/36/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), è altresì applicabile alle procedure di attribuzione degli appalti pubblici di lavori e di servizi.

26 Occorre altresì rilevare che, ai sensi della giurisprudenza della Corte, la questione se si tratti di una concessione di servizi o di un appalto pubblico di servizi – e, in quest'ultimo caso, se il valore dell'appalto raggiunga la soglia prevista dalle norme dell'Unione – è priva di rilevanza ai fini della risposta che la Corte deve dare alla questione pregiudiziale, dal momento che l'eccezione all'applicazione delle norme del diritto dell'Unione, ove siano soddisfatte le condizioni attinenti all'esercizio di un «controllo analogo», è applicabile in tutte le situazioni suddette (v., in tal senso, sentenza del 10 settembre 2009, Sea, C-573/07, Racc. pag. I-8127, punti 31-40).

27 Secondo una costante giurisprudenza, sussiste un «controllo analogo» quando l'entità di cui trattasi è assoggettata a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzare le decisioni dell'entità medesima. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di tale entità (citate sentenze Parking Brixen, punto 65; Coditel Brabant, punto 28, e Sea, punto 65). In altri termini, l'amministrazione aggiudicatrice deve essere in grado di esercitare su tale entità un controllo strutturale e funzionale (sentenza Commissione/Italia, cit., punto 26). La Corte esige altresì che tale controllo sia effettivo (sentenza Coditel Brabant, cit., punto 46).

28 Ai sensi della giurisprudenza, nel caso in cui venga fatto ricorso ad un'entità posseduta in comune da più autorità pubbliche, il «controllo analogo» può essere esercitato congiuntamente da tali autorità, senza che sia indispensabile che detto controllo venga esercitato individualmente da ciascuna di esse (v., in tal senso, citate sentenze Coditel Brabant, punti 47 e 50, nonché Sea, punto 59).

29 Da ciò consegue che, se un'autorità pubblica diventa socia di minoranza di una società per azioni a capitale interamente pubblico al fine di attribuirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità pubbliche associate nell'ambito di tale società esercitano su quest'ultima può essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, qualora esso venga esercitato congiuntamente dalle autorità suddette (sentenza Sea, cit., punto 63).

30 Date tali premesse, non vi è dubbio che, ove più autorità pubbliche facciano ricorso ad un'entità comune ai fini dell'adempimento di un compito comune di servizio pubblico, non è indispensabile che ciascuna di esse detenga da sola un potere di controllo individuale su tale entità; ciononostante, il controllo esercitato su quest'ultima non può fondarsi soltanto sul potere di controllo dell'autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale dell'entità in questione, e ciò perché, in caso contrario, verrebbe svuotata di significato la nozione stessa di controllo congiunto.

31 Infatti, l'eventualità che un'amministrazione aggiudicatrice abbia, nell'ambito di un'entità affidataria posseduta in comune, una posizione inidonea a garantirle la benché minima possibilità di partecipare al controllo di tale entità aprirebbe la strada ad un'elusione dell'applicazione delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o di concessioni di servizi, dal momento che una presenza puramente formale nella compagine di tale entità o in un organo comune incaricato della direzione della stessa dispenserebbe detta amministrazione aggiudicatrice dall'obbligo di avviare una procedura di gara d'appalto secondo le norme dell'Unione, nonostante essa non prenda parte in alcun modo all'esercizio del «controllo analogo» sull'entità in questione (v., in tal senso, sentenza del 21 luglio 2005, Coname, C-231/03, Racc. pag. I-7287, punto 24).

32 Ne consegue che, nei procedimenti principali, spetta al giudice del rinvio verificare se la sottoscrizione, da parte del Comune di Cagno e del Comune di Solbiate, di un patto parasociale che conferisce loro il diritto di essere consultati, di nominare un membro del collegio sindacale e di designare un consigliere di amministrazione in accordo con gli altri enti interessati dal patto suddetto sia idonea a consentire a tali comuni di contribuire effettivamente al controllo della ASPEM.

33 Alla luce delle considerazioni sopra svolte, occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che, quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un'entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un'autorità pubblica aderisce ad un'entità siffatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte, secondo cui tali autorità, per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità alle norme del diritto dell'Unione, debbono esercitare congiuntamente sull'entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta.

Sulle spese

34 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

Quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un'entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un'autorità pubblica aderisce ad un'entità siffatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo cui tali autorità, per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità alle norme del diritto dell'Unione, debbono esercitare congiuntamente sull'entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta.

Firme