Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
PEDRO CRUZ VILLALÓN
presentate il 19 luglio 2012 [1]

Causa C-182/11

Econord SpA
contro
Comune di Cagno,
Comune di Varese
[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato (Italia)]
Causa C-183/11
Econord SpA
contro
Comune di Solbiate,
Comune di Varese

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato (Italia)]

«Gestione del servizio municipale di igiene urbana da parte di una società strumentale nella quale il Comune detiene una partecipazione minoritaria — Affidamento senza gara — Contratti in house — Esercizio, da parte dell'ente affidante, di un controllo sulla società strumentale analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi — Pluralità di enti affidanti — "Asimmetria" tra i diversi enti affidanti»

I – Introduzione

1. Mediante le due domande di pronuncia pregiudiziale riunite nel presente procedimento, il Consiglio di Stato esprime i propri dubbi riguardo alla compatibilità con il diritto dell'Unione di un regime di prestazione di servizi pubblici nel quale si è soprasseduto allo svolgimento di una gara pubblica. Più concretamente, si presenta il caso di una pluralità di Comuni italiani che partecipano in forma simbolica al capitale di una società pubblica controllata in via maggioritaria dal Comune di Varese e che assicura la prestazione del servizio pubblico di igiene urbana in tutti i suddetti Comuni.

2. In questi termini, la presente causa porta nuovamente la Corte a confrontarsi con la problematica dell'*in house providing*. Infatti, il problema che in sintesi si pone nel presente contesto è quello di una pluralità di enti pubblici che hanno iniziato a servirsi di una società strumentale creata da un altro ente pubblico di peso incomparabilmente maggiore, il quale, di conseguenza, mantiene una capacità decisionale chiaramente egemonica all'interno di tale società strumentale rispetto all'insieme dei restanti enti pubblici. Il quesito è: a quali condizioni può risultare legittimo che ciascuno di questi enti minori ricorra all'opzione *in house*? E, più concretamente: a quali condizioni può ritenersi che tali enti esercitino sulla società strumentale un «controllo analogo a quello da essi esercitato sui propri servizi», come esige la giurisprudenza Teckal? [2] Questo è il problema che in definitiva si pone questa volta dinanzi alla Corte.

1 — Lingua originale: lo spagnolo.

2 — Sentenza del 18 novembre 1999 (C-107/98, Racc. pag. I-8121).

3. La giurisprudenza si è già confrontata in passato con varie fattispecie che presentano somiglianze con la presente. In tutte quelle situazioni la Corte ha proceduto ad un esame caso per caso della posizione statutaria dell'ente pubblico negli organi di gestione della società pubblica strumentale al fine di stabilire se il «controllo analogo» su tale società affidataria del servizio fosse, di fatto, esercitato collettivamente. Il tema questa volta sottoposto dal Consiglio di Stato invita implicitamente la Corte ad andare oltre questa analisi casuistica, con l'obiettivo di fissare una serie di criteri oggettivi che permettano di stabilire quale tipo di capacità di influenza sulla conduzione della società strumentale deve richiedersi all'ente pubblico perché si possa far uso dell'eccezione *in house*.

II – Contesto giuridico

A – *Il diritto dell'Unione*

4. Ai sensi dell'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[3], «[g]li "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» [paragrafo 2, lettera a)], mentre «(l)a "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» (paragrafo 4).

B – *La normativa nazionale*

5. L'articolo 30 del decreto legislativo n. 267, del 18 agosto 2000 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali)[4], attribuisce agli enti locali la facoltà di stipulare tra loro apposite convenzioni «[a]l fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati».

6. L'articolo 113 del citato decreto legislativo n. 267, intitolato «Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica», disponeva al quarto e quinto comma, nella versione vigente all'epoca dei fatti, quanto segue:

«4. Qualora sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono:

a) di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico cui può essere affidata direttamente tale attività, a condizione che 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;

(…).

5. L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

(…)

3 — GU L 134, pag. 114.

4 — GURI n. 227, del 28 settembre 2000, supplemento ordinario n. 162.

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».

III – I procedimenti principali e la questione pregiudiziale

7. Ad una data che non consta dagli atti di causa, il Comune di Varese ha costituito una società per azioni «in house», la ASPEM SpA, ai fini della gestione nel suo territorio, tra l'altro, del servizio pubblico di igiene urbana. All'epoca dei fatti, il capitale di questa società era quasi interamente detenuto dal Comune di Varese.

8. Nel 2005, mediante una serie di deliberazioni dei rispettivi consigli comunali, i Comuni di Cagno e di Solbiate hanno deciso di scegliere quale forma preferenziale per la gestione del servizio di igiene urbana quella della gestione coordinata con altri Comuni prevista dagli articoli 30 e 113, quinto comma, lettera c), del decreto legislativo n. 267/2000, approvando altresì a questo scopo la convenzione stipulata con il Comune di Varese per la gestione del servizio di igiene urbana da parte della ASPEM. Infine, entrambi i citati consigli comunali hanno deliberato l'acquisto di un'azione della società ASPEM. Analoghe decisioni sono state assunte in un'altra serie di piccoli comuni della provincia di Varese.

9. Secondo i dati forniti dal governo italiano, il capitale sociale della ASPEM ammonta ad EUR 173 785, rappresentato da un numero equivalente di azioni del valore nominale di un euro ciascuna. All'epoca dei fatti, il Comune di Varese deteneva 173 467 azioni, mentre le restanti 318 azioni erano suddivise tra 36 Comuni della provincia di Varese, con partecipazioni individuali che variavano da 1 a 19 azioni.

10. Dall'altro lato, entrambi i Comuni convenuti, a fianco di altri Comuni interessati, hanno stipulato con la ASPEM un patto parasociale con il quale veniva loro riconosciuto il diritto di essere consultati, di nominare un membro del collegio sindacale e di designare un membro del consiglio di amministrazione di comune accordo con gli altri Comuni partecipanti al patto di sindacato.

11. I Comuni di Cagno e di Solbiate hanno ritenuto che, in virtù di tali accorgimenti, l'affidamento del servizio alla ASPEM soddisfacesse i presupposti dell'eccezione *in house*.

12. La società Econord SpA ha tuttavia presentato due ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica, chiedendo l'annullamento delle citate deliberazioni dei consigli comunali dei Comuni di Cagno (causa C-182/11) e di Solbiate (causa C-183/11), asserendo, tra l'altro, che era stato violato il principio del «controllo analogo», considerata l'esigua partecipazione dei suddetti Comuni al capitale della ASPEM. Nell'ambito di tale procedimento è stato richiesto il parere del Consiglio di Stato, il quale sottopone l'odierna questione pregiudiziale.

13. Ritenendo che sussistano dubbi riguardo all'interpretazione della giurisprudenza relativa ai presupposti della cosiddetta eccezione «in house», il Consiglio di Stato ha sottoposto alla Corte la seguente questione pregiudiziale (il cui tenore è identico in entrambe le cause qui riunite):

«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».

IV – Procedimento dinanzi alla Corte

14. Le domande di pronuncia pregiudiziale sono state registrate nella cancelleria della Corte il 27 luglio 2011.

15. Hanno presentato osservazioni scritte i Comuni di Cagno e di Solbiate (congiuntamente), la Repubblica italiana, la Repubblica d'Austria, la Repubblica di Polonia e la Commissione. Nel presente procedimento non si è tenuta udienza.

V – Analisi della questione pregiudiziale

A – *Osservazioni preliminari*

16. Prima di proporre una risposta al quesito pregiudiziale sottoposto, debbo svolgere una serie di osservazioni preliminari. In primo luogo, ritengo che si debbano respingere le eccezioni di irricevibilità sollevate rispettivamente dai Comuni di Cagno e di Solbiate e dal governo italiano.

17. Da un lato, i Comuni convenuti sostengono che nel giugno 2011, successivamente ai fatti che hanno determinato il presente rinvio pregiudiziale e appena un mese prima che questo fosse effettuato, essi hanno affidato il servizio controverso alla ASPEM, questa volta previa indizione di una pubblica gara d'appalto. Ad avviso dei Comuni convenuti, tale circostanza renderebbe superflui i ricorsi ed irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale. Ritengo però che non possa accogliersi tale eccezione di irricevibilità, in quanto occorre presupporre che la soluzione della controversia principale continui ad essere necessaria dal punto di vista degli interessi dell'impresa Econord.

18. Del pari, occorre a mio giudizio respingere l'allegazione del governo italiano secondo cui la domanda di pronuncia pregiudiziale sarebbe irricevibile per mancanza di una descrizione sufficiente del contesto di diritto e di fatto della controversia. Detto governo afferma in particolare che il Consiglio di Stato non fornisce dati sufficienti in merito alla composizione del capitale della ASPEM, e neppure sullo statuto sociale di quest'ultima. Ritengo però che la Corte possa, sulla base delle informazioni che le sono state offerte, fornire una risposta utile al Consiglio di Stato, fermo restando che la valutazione di alcune circostanze di fatto può senz'altro essere rimessa al giudice nazionale.

19. A margine di queste due eccezioni di irricevibilità espressamente formulate dalle parti, mi sembra opportuno fare qui presente che, sebbene nella presente fattispecie il Consiglio di Stato intervenga nell'esercizio delle sue funzioni consultive (emettendo un parere nell'ambito di un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica), la giurisprudenza ha già statuito che, in simili casi, esso può essere considerato come un organo giurisdizionale ai sensi dell'articolo 267 TFUE [5].

20. Preciso da ultimo che dal fascicolo di causa non si desume con chiarezza se il servizio controverso sia stato oggetto di un appalto di gestione assoggettato alla direttiva 2004/18 oppure di una concessione, ciò che dipende essenzialmente dal regime di remunerazione della ASPEM [6]. Tuttavia, tale circostanza è priva di qualsiasi rilevanza ai fini della questione sottoposta, dato che la Corte ha

5 — V. sentenze del 16 ottobre 1997, Garofalo e a. (da C-69/96 a C-79/96, Racc. pag. I-5603, punti 25-27), e del 23 dicembre 2009, CoNISMa (C-305/08, Racc. pag. I-12129, punto 25). V. anche, riguardo al Nederlandse Raad van State, la sentenza del 27 novembre 1973, Nederlandse Spoorwegen (36/73, Racc. pag. 1299).

6 — In merito allo stato della giurisprudenza relativamente a tale punto, v. la sentenza del 10 settembre 2009, Eurawasser (C-206/08, Racc. pag. I-8377, punti 53 e segg.).

statuito che la propria giurisprudenza relativa all'eccezione *in house* risulta pertinente tanto ai fini dell'interpretazione della direttiva 2004/18, applicabile a determinati contratti, quanto per l'esegesi degli articoli 25 TUE, 49 TFUE e 56 TFUE e dei principi generali dei quali tali norme costituiscono l'espressione specifica, i quali devono essere rispettati nell'affidamento delle concessioni [7].

B – *La questione sollevata*

21. La presente causa verte, ancora una volta e in modo sufficientemente chiaro, sull'interpretazione della giurisprudenza Teckal, vale a dire quella che precisa i presupposti in presenza dei quali è consentito ad un ente pubblico affidare ad una diversa entità giuridica la prestazione di un servizio di propria competenza senza necessità di esperire previamente una gara, sempre che «l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi» (cd. prima condizione Teckal) e che «questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano» (cd. seconda condizione Teckal) [8]. Nondimeno, va detto sin da ora che la presente domanda di pronuncia pregiudiziale è incentrata sulla valutazione della prima delle suddette condizioni Teckal, non venendo assolutamente in questione la seconda di esse.

22. Diciamo anche che, nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale, il Consiglio di Stato prende le mosse da un presunto «principio di irrilevanza della situazione del singolo ente pubblico partecipante alla società strumentale», principio che il giudice nazionale sembra desumere dalla giurisprudenza Coditel [9]. Tuttavia, l'espressione non è eccessivamente felice, in particolare perché potrebbe far pensare che in tale giurisprudenza la Corte sia andata molto al di là di quanto, a mio giudizio, essa realmente voleva. Pertanto, per poter fornire una risposta utile al giudice del rinvio, occorrerà chiarire se la giurisprudenza in materia di contratti *in house* abbia realmente formulato il suddetto principio.

23. In sintesi, ritengo che la domanda del Consiglio di Stato sia essenzialmente diretta a stabilire in quali circostanze possa concludersi che gli enti pubblici titolari di una partecipazione minoritaria o, addirittura, di minima entità nel capitale di una società strumentale arrivano ad esercitare su quest'ultima un «controllo analogo a quello da essi esercitato sui propri servizi», e, più concretamente, se tale presupposto sia soddisfatto in una fattispecie, quale quella presente, nella quale, inoltre, «i patti parasociali intercorsi fra enti pubblici non siano idonei a dare alcun controllo effettivo della società al Comune partecipante».

24. Partendo da questa lettura della domanda proposta, suddividerò la mia analisi in due parti. In primo luogo, cercherò di determinare le circostanze concrete necessarie affinché, nel caso di una società strumentale partecipata da un ente pubblico in posizione egemonica e da un altro gruppo di enti pubblici in posizione più debole, possa ritenersi che questi ultimi esercitino sopra la società suddetta un «controllo analogo a quello da essi esercitato sui propri servizi». In secondo luogo, partendo dalle indicazioni fornite dal giudice del rinvio, cercherò di stabilire se tali condizioni siano soddisfatte nel presente caso.

7 — Sentenze dell'11 gennaio 2005, Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, Racc. pag. I-1, punto 49); del 13 ottobre 2005, Parking Brixen (C-458/03, Racc. pag. I-8585, punto 62), e del 10 settembre 2009, Sea (C-573/07, Racc. pag. I-8127, punti 35-37).

8 — Sentenza Teckal, cit. (punto 50).

9 — Sentenza del 13 novembre 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Racc. pag. I-8457; in prosieguo: la «sentenza Coditel»).

C – Il «controllo analogo» su una società partecipata da vari enti pubblici in presenza di una situazione di evidente asimmetria del peso di uno di essi rispetto a quello degli altri enti

1. Considerazioni introduttive

25. Occorre preliminarmente ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, e come è perfettamente logico, nulla impedisce che il requisito del «controllo analogo» sia soddisfatto allorché il capitale della società affidataria appartiene non ad uno solo, bensì a vari enti pubblici.

26. Sul punto si è pronunciata in termini netti la sentenza Coditel, la quale ha stabilito – letteralmente – che «[l]'importante è che il controllo esercitato sull'ente concessionario sia effettivo, pur non risultando indispensabile che sia individuale», in quanto richiedere «che il controllo esercitato da un'autorità pubblica in un caso del genere sia individuale avrebbe la conseguenza d'imporre una gara di appalto nella maggior parte dei casi in cui un'autorità pubblica intendesse associarsi ad un gruppo formato da altre autorità pubbliche, come una società cooperativa intercomunale» [10]. Tale giurisprudenza è stata confermata dalla citata sentenza Sea, nella quale, al punto 63, si afferma 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 [socie di] detta società esercitano su quest'ultima può essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, qualora esso sia esercitato congiuntamente dalle stesse».

27. Inoltre, in questa medesima prospettiva, la circostanza che l'ente affidante detenga, da solo o insieme ad altri enti pubblici, l'intero capitale della società strumentale tende a indicare che l'ente suddetto esercita su tale società un «controllo analogo» a quello esercitato sui propri servizi [11]. Tuttavia, quest'ultima affermazione deve essere oggetto di due importanti precisazioni.

a) La partecipazione di un socio privato esclude che gli enti pubblici possano esercitare un «controllo analogo» sulla società

28. In primo luogo, «la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi» [12]. Tale precisazione potrebbe presentare importanza nel presente caso, poiché, sebbene sembri che al momento degli affidamenti controversi il capitale della ASPEM fosse interamente detenuto da soggetti pubblici, la Commissione ha fatto notare che il 15 giugno 2009 la società è passata sotto il controllo del gruppo A2A, una società per azioni al cui capitale potrebbero partecipare azionisti privati.

29. Ai sensi della citata sentenza Sea, il fatto che successivamente all'affidamento diretto del servizio, «ma sempre durante il periodo di validità di tale appalto, gli azionisti privati siano ammessi a partecipare al capitale di detta società costituirebbe un cambiamento di una condizione fondamentale dell'appalto che necessiterebbe di un'indizione di gara» [13]. Nel presente caso, pertanto, qualora fosse confermato che si è verificato l'ingresso di capitale privato nel corso della validità dell'appalto o della concessione, tale circostanza sarebbe sufficiente per escludere *ab initio* il soddisfacimento del requisito del controllo analogo. In ogni caso, spetta al giudice nazionale verificare tali circostanze.

10 — Sentenza Coditel, cit. (punti 46 e 47).

11 — V., ex plurimis, sentenza dell'11 maggio 2006, Carbotermo e Consorzio Alisei (C-340/04, Racc. pag. I-4137, punto 37; in prosieguo: la «sentenza Carbotermo»).

12 — Sentenza Sea, cit. (punto 46 e la giurisprudenza ivi citata).

13 — Sentenza Sea, cit. (punto 53).

b) Il carattere integralmente pubblico della società non è un indizio concludente

30. In secondo luogo, occorre premettere sin da subito che la giurisprudenza non considera il carattere integralmente pubblico della società strumentale come un indizio concludente del fatto che tutti quanti gli enti partecipanti a quest'ultima esercitano su di essa un «controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi» [14].

31. Pertanto, al di là del carattere interamente pubblico della società strumentale, la verifica relativa alla prima condizione Teckal va effettuata, come statuito dalla Corte, tenendo conto «di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti», e «[d]a quest'esame deve risultare che la società aggiudicataria è soggetta a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società» [15].

2. Sul presunto «principio di irrilevanza»

32. Entrando ora nel merito della questione che ci occupa, occorre cominciare prestando attenzione alla formula della quale il giudice del rinvio si serve per riassumere la giurisprudenza in materia, vale a dire il cosiddetto «principio di irrilevanza» della posizione (o situazione) dell'ente pubblico che partecipa alla società strumentale.

33. Come si è visto, le sentenze Coditel e Sea stabiliscono che, anche nel caso di enti pubblici con una partecipazione assolutamente minoritaria nel capitale della società affidataria, il requisito del «controllo analogo» può essere soddisfatto a condizione che il controllo esercitato congiuntamente con i restanti proprietari di detta società sia effettivo.

34. A mio giudizio, ciò significa che l'ente pubblico affidante deve poter partecipare al controllo effettivo della società affidataria almeno in proporzione al suo peso relativo nell'ambito dell'insieme di enti pubblici che congiuntamente controllano la società strumentale. Al fine di valutare tale peso relativo, potrebbero utilizzarsi criteri quali il volume di bilancio dell'ente locale, la popolazione di tale ente o le sue necessità in relazione al servizio gestito dalla società suddetta.

35. Di conseguenza, rifacendosi alla terminologia della domanda di pronuncia pregiudiziale, ciò che è «irrilevante» ai fini della prima condizione Teckal non è la posizione o la partecipazione dell'ente pubblico nel controllo effettivo sulla società affidataria, bensì la posizione o la partecipazione dell'ente suddetto nel capitale di quest'ultima. Entrambe (partecipazione alla gestione e partecipazione al capitale) possono essere minoritarie, ma nessuna delle due può essere totalmente inesistente.

14 — Citate sentenze Carbotermo (punto 37), e Sea (punto 45). Nel medesimo senso la sentenza Coditel, cit. (punto 31).

15 — Sentenze Parking Brixen, cit. (punto 65); Carbotermo, cit. (punto 26); del 17 luglio 2008, Commissione/Italia (C-371/05, non pubblicata nella Raccolta, punto 24); Coditel, cit. (punto 28), e Sea, cit. (punto 65).

36. Pertanto, occorre temperare alquanto la qualificazione come «principio di irrilevanza» effettuata nel rinvio pregiudiziale e riconoscere che, nei casi di controllo collettivo della società strumentale, il requisito del «controllo analogo» sarà soddisfatto soltanto se ciascuno degli enti pubblici affidanti ha di per sé la possibilità di influire, in maggiore o minore misura, sia sugli «obiettivi strategici» sia sulle «decisioni importanti» di detta società strumentale [16]. Qualora fosse sufficiente, per ammettere l'eccezione *in house*, una piccola (o anche solo simbolica) partecipazione al capitale della società, il requisito del «controllo analogo» verrebbe totalmente svuotato di contenuto [17].

3. I criteri della mancanza di autonomia e della vocazione commerciale

37. Premesso quanto sopra, le circostanze che debbono ricorrere per ritenere che un ente pubblico con partecipazione minoritaria eserciti una cosiddetta «influenza determinante» sulle decisioni e sugli obiettivi della società strumentale possono essere circoscritte a due categorie: mancanza di autonomia e assenza di vocazione commerciale.

38. Merita ricordare la sentenza del 19 aprile 2007, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) [18], nella quale la Corte ha riconosciuto che quattro Comunità autonome spagnole esercitavano sull'impresa pubblica Tragsa un «controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi», e ciò malgrado che dette Comunità tutte insieme possedessero soltanto l'1% del capitale dell'impresa suddetta (lo 0,25% ciascuna), a fronte del 99% detenuto dallo Stato spagnolo. Tale situazione non era molto differente da quella presa in esame nella causa Consorzio Aziende Metano (Coname), nella quale appena due anni prima si era ritenuto che una partecipazione dello 0,97% nel capitale della società affidataria fosse di per sé stessa troppo esigua per consentire un «controllo analogo» [19]. Tuttavia, la soluzione adottata nella sentenza Tragsa è stata fondata su circostanze specifiche, come il fatto che la società strumentale era obbligata a realizzare i lavori affidatile dalle citate Comunità autonome, che essa non poteva stabilire liberamente il prezzo dei propri interventi e che le sue relazioni con le Comunità medesime non avevano carattere contrattuale [20].

39. Questo può spiegare come la giurisprudenza abbia poi espressamente statuito che, anche se nella causa Asemfo si era riconosciuto che il requisito del controllo analogo poteva essere soddisfatto con una partecipazione dello 0,25%, ciò valeva soltanto «in talune circostanze» [21].

40. La citata sentenza Coditel ha confermato la tesi poc'anzi esposta. In essa la Corte ha valutato la prima condizione Teckal sottolineando il fatto che la concessionaria era una società cooperativa intercomunale, il cui consiglio di amministrazione era formato da rappresentanti dei Comuni associati nominati dall'assemblea generale, a sua volta composta da rappresentanti di tali Comuni. In tal modo, tutti i Comuni associati controllavano congiuntamente gli organi direttivi della società, e specialmente il consiglio di amministrazione, organo dotato di vasti poteri, che stabiliva in particolare le tariffe [22].

16 — V. citate sentenze Parking Brixen (punto 65) e Coditel (punto 28). Benché la giurisprudenza parli ivi di «influenza determinante», ritengo che l'aggettivo si riferisca al controllo che gli enti pubblici esercitano collettivamente, e che tale requisito debba essere adattato nei detti casi di controllo collettivo.

17 — A questo proposito, non è irrilevante il fatto che la citata sentenza Teckal parli del controllo analogo esercitato dall'«ente locale», riferendosi a questo al singolare, mentre nel formulare il secondo requisito esige che la società in questione realizzi la parte essenziale della propria attività «con l'ente o con gli enti locali» che la controllano. Ciò esclude, a mio avviso, la possibilità di un'applicazione analogica a questo caso della soluzione adottata riguardo alla seconda condizione Teckal nella citata sentenza Carbotermo (punto 70).

18 — C-295/05, Racc. pag. I-2999.

19 — Sentenza del 21 luglio 2005 (C-231/03, Racc. pag. I-7287, punto 24).

20 — Sentenza Asemfo (punto 60). Questo è l'elemento qualitativo che differenzia il caso Coname dal caso Asemfo, anche se – come ricordato nella sentenza Coditel – nel citato passaggio della sentenza Coname «la Corte non affrontava la questione se un siffatto controllo potesse essere esercitato in maniera congiunta» (sentenza Coditel, cit., punto 52). In ogni caso, non si può non sottolineare che la società affidataria nel caso Coname era almeno parzialmente aperta al capitale privato (sentenza Coname, cit., punto 26).

21 — Sentenza Coditel, cit. (punto 53).

22 — Sentenza Coditel, cit. (punti 33-35).

Dall'altro lato, detta sentenza ha evidenziato che la società strumentale perseguiva principalmente un obiettivo di interesse comunale e non aveva vocazione commerciale, in quanto non poteva operare come qualsiasi società anonima o per azioni stabilendo i propri obiettivi in modo indipendente dai propri azionisti [23].

41. Anche nella sentenza Sea si è proceduto a questo tipo di analisi. Anzitutto, si è tenuto conto del fatto che lo statuto della società strumentale era stato modificato al fine di sovrapporre all'assemblea generale e al consiglio di amministrazione alcune strutture decisionali destinate ad assicurare un controllo rafforzato. Più concretamente, si trattava di un comitato unitario e di vari comitati tecnici, tutti composti da rappresentanti degli enti associati. Gli atti di indirizzo emessi da tali comitati dovevano essere tenuti in considerazione dall'assemblea generale [24]. Infine, è importante rilevare che la suddetta sentenza affermava che la società strumentale non pareva avere vocazione commerciale, nella misura in cui, «da un lato, (...) l'ambito geografico delle attività della società aggiudicataria di cui trattasi nella causa principale non si estende oltre il territorio dei comuni che ne sono gli azionisti e, dall'altro, (...) questa società mira a gestire i servizi pubblici soltanto riguardo a tali comuni» [25].

42. Pertanto, l'elemento centrale di tutta questa analisi giurisprudenziale consiste nel fatto che la società strumentale non gode di un margine di autonomia tale da impedire agli enti locali di esercitare su di essa un controllo analogo a quello da essi esercitato sui propri servizi [26].

43. Di conseguenza, una lettura attenta della sentenza Teckal, dove sono state enunciate per la prima volta le condizioni dell'eccezione *in house*, porta per il momento a concludere che il fondamento di tale eccezione alla regola generale della gara pubblica consiste nel fatto che tra l'ente affidante e la società strumentale non può esistere una relazione contrattuale in senso stretto, in quanto non è presente un «incontro di due volontà autonome che rappresentano interessi giuridici distinti» [27].

44. Detto altrimenti, il meccanismo *in house* è possibile soltanto quando la società strumentale non rivesta la posizione di «terzo» rispetto all'ente affidante, e a tal fine sarà necessario verificare che essa manchi di qualsiasi autonomia rispetto a tale ente, il quale esercita in tal caso la propria potestà di autoorganizzazione [28].

45. Tale schema di analisi è quello utilizzato nella causa Asemfo, dove, come già si è detto, la Corte ha affermato l'esistenza di un «controllo analogo» sulla base della mancanza di autonomia della società strumentale nella determinazione delle proprie tariffe e, apparentemente, nella scelta degli incarichi da svolgere.

46. Nondimeno, a mio giudizio, risulta molto più completo e preciso l'esame più rigoroso compiuto nelle sentenze Coditel e Sea nelle quali, come si è visto, sono state prese in considerazione due circostanze cumulative: da un lato, la posizione statutaria dell'ente pubblico negli organi di gestione della società strumentale e, dall'altro, la mancanza di «vocazione commerciale» di tale società.

23 — Sentenza Coditel, cit. (punti 36-38).

24 — Malgrado ciò, la Corte ha constatato che vi era un dubbio quanto all'effettività di tale controllo ed ha rimesso al giudice nazionale la questione relativa all'interpretazione di tale punto (sentenza Sea, cit., punti 81-88).

25 — Sentenza Sea, cit. (punti 73-76).

26 — V. sentenza Coditel, cit. (punto 39).

27 — Conclusioni presentate dall'avvocato generale Cosmas il 1º luglio 1999 nella causa Teckal, cit. (paragrafo 64).

28 — In relazione a tale punto, v. Bernal Blay, M.A., «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones "in house")», *Revista española de Derecho administrativo*, n. 137, 2008.

47. Certamente, tali due elementi altro non sono che indizi della mancanza di autonomia sopra menzionata, ma ritengo che la garanzia dell'esistenza di un «controllo analogo» sarà maggiore se viene richiesto il ricorrere di entrambi. A mio avviso, difficilmente potrà ritenersi esistente detto controllo analogo senza una presenza diretta degli enti affidanti negli organi di gestione o, ciò che è lo stesso, in assenza di una posizione statutaria che garantisca tale «influenza determinante» nell'adozione di decisioni, quale richiesta dalla giurisprudenza.

48. Pertanto, in sintesi, ritengo che gli enti affidanti eserciteranno un controllo analogo sulla società affidataria a condizione che dispongano di una posizione statutaria che consenta loro di influire congiuntamente sull'adozione delle decisioni importanti e sugli obiettivi strategici di detta società. In ogni caso, quest'ultima non può essere controllata esclusivamente dall'ente pubblico titolare di una partecipazione maggioritaria.

49. Allo stesso modo, dovrà essere accertata la circostanza che la società manca di vocazione commerciale e, in definitiva, di autonomia nell'adozione di decisioni rispetto agli enti pubblici che congiuntamente la controllano.

D – *Valutazione dei requisiti del «controllo analogo» nel presente caso*

50. Trattandosi ora di applicare alla presente fattispecie l'insieme di elementi sin qui esposti, occorre cominciare col mettere in rilievo la scarsità di indicazioni fornite dal giudice del rinvio ai fini che interessano.

51. Per quanto riguarda, in primo luogo, l'eventuale partecipazione dei Comuni di Cagno e di Solbiate negli organi di gestione della società ASPEM, la domanda di pronuncia pregiudiziale riferisce che, in base ad un patto sottoscritto tra la società ed i Comuni che detengono in essa una partecipazione minoritaria, questi ultimi hanno in ogni caso il diritto di «essere consultati», di nominare un membro del collegio sindacale, nonché di designare un membro del consiglio di amministrazione di comune accordo con tutti gli altri Comuni partecipanti al patto di sindacato.

52. Nel presente caso sussiste dunque – al di là del carattere simbolico della loro partecipazione nel capitale della società strumentale – una certa partecipazione dei soci minoritari negli organi di gestione di quest'ultima. Tuttavia, occorre riconoscere che la designazione di un membro del consiglio di amministrazione di comune accordo con tutti i soci minoritari (36 Comuni complessivamente), oltre che di un membro del collegio sindacale anch'esso comune per tutti tali soci, nonché l'esistenza di un astratto «diritto di essere consultati» con cadenza semestrale, potrebbero non essere sufficienti per ritenere che i suddetti Comuni abbiano la capacità di influire in modo effettivo sugli «obiettivi strategici» e sulle «decisioni importanti» della società ASPEM.

53. D'altro lato, non sarebbe azzardato affermare che l'efficacia giuridica del patto tra azionisti da cui è nata tale partecipazione può risultare discutibile, e che il menzionato «diritto di essere consultati» in ordine allo «svolgimento del servizio» [29] non garantisce che ciò si estenda alle «decisioni importanti» e agli «obiettivi strategici» della società considerata nel suo insieme [30].

29 — Così hanno dichiarato i due Comuni interessati nelle loro osservazioni scritte.

30 — Sul punto condivido l'opinione espressa dall'avvocato generale Geelhoed nelle conclusioni da lui presentate il 28 settembre 2006 nella citata causa Asemfo, secondo cui il controllo «sulla forma e sull'esecuzione di singole opere e progetti – del resto inerente ad ogni appalto concesso da un'amministrazione ad un servizio interno o a una persona giuridica esterna – non costituisce il controllo a cui si riferisce la Corte laddove parla di "un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici sia sulle decisioni importanti" dell'ente che è, in questo caso, il servizio esecutivo "proprio"» (paragrafo 98).

54. Pertanto, a prima vista, e salvo valutazione definitiva di segno contrario da parte del giudice del rinvio, la dipendenza della società sembra sussistere soprattutto nei confronti dell'azionista maggioritario, con un ruolo assai problematico rispetto ai soci minoritari nel controllo de facto di detta società.

55. Lo stesso governo italiano sembra porsi sulla stessa linea affermando che «i 36 Comuni/soci, neppure se concertassero permanentemente la propria azione, avrebbero alcun reale potere di influenza sulla società, la quale appartiene in definitiva (per lo meno fino al 15 gennaio 2009) al solo Comune di Varese e non può essere considerata in alcun modo come una struttura organizzativa riferibile ad alcuno di tali 36 Comuni». Nel medesimo senso si esprime infine la Commissione.

56. Dall'altro lato, al fine di stabilire se la ASPEM abbia o no una «vocazione commerciale» che affievolisce il controllo da parte degli enti che hanno in essa una quota di partecipazione, si dovrebbero inoltre prendere in esame, conformemente a quanto stabilito al punto 73 della sentenza Sea, elementi come la portata geografica e materiale delle attività di tale società nonché la possibilità per quest'ultima di instaurare relazioni con imprese del settore privato.

57. Orbene, l'ordinanza di rinvio pregiudiziale è quasi priva di indicazioni chiare al riguardo. Il governo italiano afferma, per parte sua, che la ASPEM sembra avere un oggetto sociale «particolarmente ampio» (comprenderebbe non soltanto la gestione completa del ciclo dei rifiuti urbani, ma anche l'attività di produzione di energia elettrica e la fornitura di acqua potabile e dei servizi di riscaldamento), e il suo statuto le consente di operare in concorrenza con altre imprese del settore, partecipando ad appalti pubblici.

58. Vero è che il fatto che la ASPEM possa eventualmente prestare i propri servizi ad operatori economici privati non sarebbe sufficiente, secondo quanto statuito dalla giurisprudenza, per ritenere che detta società possegga una «vocazione commerciale». Come chiarito nella sentenza Sea, la seconda condizione Teckal (la società affidataria deve realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano) sarebbe priva di oggetto se la prima condizione fosse interpretata nel senso di vietare qualsiasi attività accessoria, anche con il settore privato [31].

59. Tuttavia, non si può negare che il fatto che la ASPEM abbia un oggetto particolarmente ampio e possa eventualmente dedicarsi alla prestazione di servizi rispetto ai quali l'ente pubblico titolare di una partecipazione minoritaria non avrà quasi neanche capacità di decisione, potrebbe costituire un indizio del fatto che detta società strumentale gode di un margine di autonomia che finisce per rendere precario il controllo da parte degli enti pubblici che detengono in essa una partecipazione minoritaria.

60. Insomma, a questo punto dovrebbe essere chiaro che il problema fondamentale non è il fatto che la partecipazione dei Comuni di Cagno e di Solbiate nel capitale della ASPEM sia così manifestamente minoritaria, bensì il fatto che le facoltà supplementari di controllo che sono state ad essi concesse potrebbero essere, anche se esercitate in forma congiunta, chiaramente insufficienti per potersi parlare di un'influenza qualificabile come «determinante» nell'adozione di decisioni e nella fissazione di obiettivi della società e, in definitiva, per ritenere sussistente una mancanza di autonomia di tale società rispetto agli enti suddetti.

61. Occorre qui insistere sul fatto che i dati di cui disponiamo non sono sufficientemente precisi, dal momento che non sappiamo, ad esempio, in cosa consista tale «diritto di essere consultati» con cadenza semestrale, quale capacità di influenza possieda il membro del consiglio di amministrazione designato dai soci minoritari, oppure quale sia la reale efficacia giuridica del patto di sindacato sottoscritto.

31 — Sentenza Sea, cit. (punti 79 e 80).

62. Sarà pertanto il giudice nazionale a dover valutare le circostanze del caso di specie. Nondimeno, dobbiamo essere consapevoli del fatto che, attraverso la sua domanda, lo stesso organo di rinvio, il Consiglio di Stato, ha anticipato, con termini espressivi, la propria visione dello stato delle cose: «i patti parasociali intercorsi fra enti pubblici non [sono] idonei a dare alcun controllo effettivo della società al Comune partecipante», sicché «la partecipazione societaria [può] considerarsi solo la veste formale di un contratto di prestazione di servizi».

63. Posta in questi termini, e salva la necessaria conferma di quanto sopra, ritengo che la questione pregiudiziale sollevata debba essere risolta dichiarando che la condizione secondo cui l'ente affidante deve esercitare sulla società affidataria «un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi» non appare soddisfatta in una fattispecie, quale quella presente, in cui gli enti affidanti siano titolari (ciascuno) di un'unica azione della società strumentale ed i patti parasociali intercorsi tra gli enti pubblici non siano idonei a conferire ai suddetti Comuni alcun controllo effettivo su tale società strumentale.

64. Infine, tutto induce a ritenere che nel presente caso non siano soddisfatte né la condizione che esige che gli enti pubblici partecipino agli organi di gestione della società e, in definitiva, all'adozione delle decisioni importanti di quest'ultima, almeno in misura proporzionale al peso relativo dell'ente pubblico affidante nell'ambito dell'insieme di enti pubblici che congiuntamente controllano la società strumentale, né la condizione secondo cui la società strumentale deve essere priva di una «vocazione commerciale» capace di affievolire il controllo che i suddetti enti pubblici possono esercitare su di essa. Al fine di determinare il suddetto «peso relativo», potranno essere utilizzati criteri come il volume di bilancio dell'ente locale, la popolazione di tale ente o le sue necessità in relazione al servizio gestito dalla società suddetta.

65. Salva la necessaria conferma dei vari elementi desunti dalla descrizione dei fatti, una valutazione di segno diverso porterebbe ad un elevato rischio di frode alla legge, in quanto si offrirebbe agli enti pubblici la possibilità di eludere le prescrizioni della normativa sugli appalti pubblici, abbinando alla titolarità di una minima quota del capitale della società una partecipazione puramente formale alla gestione e all'adozione di decisioni della società stessa. La partecipazione al controllo, quand'anche questo sia esercitato in forma collettiva, deve essere effettiva, ed un patto parasociale che introduca modifiche meramente «cosmetiche» o simboliche negli organi di gestione della società non pare sufficiente per garantire tale effettività.

66. In conclusione, penso che vi sia un elevato numero di indizi atti a far ritenere che la partecipazione dei Comuni di Cagno e di Solbiate nella società ASPEM non sia sufficiente per ritenere soddisfatto il requisito del «controllo analogo». La valutazione concreta delle circostanze del caso dovrà nondimeno essere effettuata dal giudice nazionale.

VI – Conclusione

67. Alla luce di quanto sopra esposto, suggerisco alla Corte di risolvere la questione pregiudiziale sottoposta dal Consiglio di Stato dichiarando quanto segue:

«Ai fini dell'eccezione *in house*, è in linea di principio irrilevante che la posizione di un ente pubblico nel capitale della società strumentale cui si intende affidare un servizio sia minoritaria o maggioritaria. Per contro, non può parlarsi di un "principio di irrilevanza" della posizione di detto ente pubblico nel controllo effettivo della società strumentale.

In particolare, il ricorso all'eccezione *in house* non è possibile in una fattispecie in cui, da un lato, ciascuno degli enti affidanti in questione sia titolare di un'unica azione della società strumentale e, dall'altro, i patti parasociali intercorsi fra enti pubblici non conferiscano al Comune partecipante un controllo apprezzabile e proporzionato sulla società strumentale, circostanze queste che devono essere definitivamente acclarate dal giudice nazionale».