

L'esternalizzazione dei servizi pubblici locali: gli affidamenti *in house*

1. L'Ente locale gestore di servizi

Gli Enti locali rappresentano, nel nuovo sistema improntato alla sussidiarietà e al decentramento, gli interpreti dei bisogni della comunità locale di riferimento, i quali dispongono di una pluralità di moduli organizzatori, per mezzo dei quali realizzano i servizi necessari alla comunità stessa, secondo criteri di economicità ed efficienza.

Il procedimento di esternalizzazione di un servizio pubblico costituisce una scelta strategica, operata dall'Ente locale, per l'organizzazione e la gestione di un'area di attività o di servizi, in vista del raggiungimento di *standard* qualitativi elevati, cui corrispondano costi vantaggiosi. L'Ente locale, in tal modo, assume la configurazione di *holding* gestore e coordinatore dell'attività di una serie di soggetti formalmente autonomi ma legati all'Ente stesso in vario modo.

Occorre in primo luogo garantire al terzo gestore del servizio esternalizzato la possibilità di una gestione efficiente ma, al contempo, saranno necessari strumenti efficaci di controllo, di modo che la gestione dei servizi esternalizzati sia funzionale all'interesse generale¹.

Va precisato che esternalizzare non vuol dire conseguire automaticamente una serie di vantaggi, quale diretta conseguenza dell'affidamento ad altri di attività in precedenza svolte dall'Ente locale, bensì vuol dire innanzitutto pianificare, progettare e procedere ad una valutazione costi/benefici, per cui il servizio affidato a terzi deve risultare preferibile rispetto alla formula organizzativa precedente.

¹ **D. BELLINI – C. FACCHINI**, *op. cit.*, pag. 308 e ss.

Inoltre l'*outsourcing* è un processo in continuo divenire, che necessita di un costante controllo da parte dell'Ente che esternalizza, al fine di monitorare i risultati dell'attività interessata.

Per quanto riguarda i servizi pubblici locali di rilevanza economica, il Legislatore, in seguito ad una procedura d'infrazione avviata dalla Commissione Europea nei confronti del nostro Paese, introduceva² una modifica all'art. 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267 (T.U. Enti locali).

La principale novità introdotta da detta normativa concerne la possibilità, per gli Enti locali, di affidare la gestione dei suddetti servizi a società a capitale interamente pubblico, senza ricorrere alle procedure di gara³. Si parla di

² La modifica in parola è avvenuta con il D.L. 30 settembre 2003 n. 236, convertito in Legge 24 novembre 2003 n. 326. A seguito di tale modifica il nuovo testo dell'**art. 113 commi 4 e 5** del D.Lgs. n. 267 del 2000 recita:

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;

b) di imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica, ai sensi del comma 7.

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:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) 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;

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.

³ Prima dell'intervento della modifica in oggetto, operava l'art. 35 della Legge n. 448 del 2001 che aveva modificato l'originario art. 113 del D.Lgs. n. 267 del 2000, stabilendo, al **comma 4**, che gli enti locali anche in forma associata si avvalgono:

affidamenti *in house*, cioè di affidamenti di appalti pubblici che avvengono in via diretta dall'Ente alla società, a condizione che l'Ente affidante eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Affronterò ora il tema dell'*in house providing*, in considerazione della ricostruzione fattane dalla giurisprudenza comunitaria prima, e nazionale dopo. D'altronde la stessa norma appena citata, non è altro che la codificazione dei principi statuiti a livello comunitario in materia.

2. L'orientamento della Corte di Giustizia Europea.

2.1 La Sentenza Corte di Giustizia CE, Sez. I, 6 aprile 2006 n. C-410/04

In materia di affidamento diretto di servizi, a società di capitali, si è pronunciata anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la **Sentenza Sez. I, 6 aprile 2006 n. C-410/04**, con la quale statuiva sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 Trattato CE⁴, dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia.

«a) di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli enti locali, anche associati, cui può essere affidata direttamente tale attività;

b) di imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica, ai sensi del comma 7».

E al **comma 5**:

«L'erogazione del servizio, da svolgere in regime di concorrenza, avviene secondo le discipline di settore, con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica».

⁴Si riporta il testo dell'**articolo 234 Trattato CE**:

*La Corte di giustizia è competente a pronunciarsi, **in via pregiudiziale**:*

a) sull'interpretazione del presente trattato,

b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni della Comunità e della BCE,

c) sull'interpretazione degli statuti degli organismi creati con atto del Consiglio, quando sia previsto dagli statuti stessi.

*Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, **qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla questione.***

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso

La questione pregiudiziale veniva sollevata nell'ambito della controversia tra l'Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) da un lato, e il Comune di Bari e l'AMTAB Servizio S.p.A. dall'altro, concernente l'affidamento a quest'ultima del servizio di trasporto pubblico sul territorio comunale.

Occorre precisare che la predetta AMTAB è una società per azioni, il cui capitale sociale è interamente detenuto dal Comune di Bari, totalmente controllata dall'Ente stesso e la cui attività consiste nel fornire un servizio di trasporto pubblico sul territorio comunale.

Alla Corte veniva richiesto di pronunciarsi sulla compatibilità con gli articoli 43, 49 e 86⁵ del Trattato U.E. dell'art. 113, comma 5, del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267 (T.U. Enti Locali), *«nella parte in cui non pone alcun limite alla libertà di scelta dell'Amministrazione pubblica tra le diverse forme di affidamento del servizio pubblico, ed in particolare tra l'affidamento mediante procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto a società da essa interamente controllata»*.

In primo luogo i Giudici comunitari chiarivano che *«le concessioni di servizi pubblici sono escluse dall'ambito di applicazione delle direttive comunitarie sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi»*.

La Corte rileva che l'Autorità pubblica che conclude un contratto di concessione di servizi pubblici è tenuta a *«rispettare le regole fondamentali del*

giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte di giustizia.

⁵ Tali articoli riguardano il diritto di stabilimento e la libertà di concorrenza.

Trattato CE in generale, e il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità in particolare» oltre al «principio della parità di trattamento tra offerenti».

I Giudici europei evidenziano come il rispetto di tali principi comporti un obbligo di trasparenza, a carico della pubblica autorità, sostanziatesi nel «*dovere di garantire, ad ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità, che consenta l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione*⁶».

Inoltre si afferma che «*in linea di principio l'assenza totale di procedura concorrenziale per l'affidamento di una concessione di servizi pubblici, non è conforme alle esigenze di cui agli artt. 43 CE e 49 CE, e nemmeno ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza*», tuttavia, in via d'eccezione, nel settore delle concessioni di pubblici servizi tali principi non trovano applicazione «*se il controllo esercitato sul concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, e se il detto concessionario realizza la parte più importante della propria attività con l'autorità che lo detiene*».

Il principio enucleato dalla Corte si basa sul legame di interdipendenza tra autorità pubblica e concessionario, sicché da un lato l'Ente pubblico deve esercitare un controllo pari a quello che effettua sui propri servizi, e dall'altro è necessario che il concessionario svolga la propria attività praticamente in regime di esclusiva con l'autorità stessa. Ma vi è di più, infatti vi è un terzo requisito, quello della totale partecipazione al capitale della Società da parte del Comune.

⁶ Nello stesso senso vedi la Sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, **Parking Brixen**, Racc. pag. I-8585

Se fosse diversamente, rilevano i Giudici europei, si assisterebbe all'affidamento di una concessione di pubblici servizi ad una società mista (ad es. se parte del capitale fosse detenuto da privati) senza ricorrere alla procedura concorrenziale, il che si porrebbe in contrasto con gli obiettivi del diritto comunitario. Infatti *«la partecipazione, ancorché minoritaria, di un'impresa privata nel capitale di una società alla quale partecipa pure l'autorità pubblica concedente esclude in ogni caso che la detta autorità pubblica possa esercitare su una tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi»*

Occorre sottolineare che dal momento che la società viene ad essere aperta, anche solo in parte, al capitale privato, essa cessa di essere un modulo di gestione interna di un servizio pubblico utilizzato dall'ente pubblico che la detiene, infatti, la Società stessa non sarebbe più *longa mano* del potere pubblico, *ergo* non vi sarebbe più la trasparenza necessaria affinché si possa utilizzare il sistema dell'affidamento diretto in luogo della gara pubblica.

2.2 La Sentenza Corte di Giustizia CE, Sez. I, 11 maggio 2006 n. C-340/04

Alla luce dei principi enucleati con la Sentenza prefata, la Corte di Giustizia è tornata a pronunciarsi recentemente in materia di affidamento diretto e controllo sulla società affidataria del servizio.

Il fatto

Il Comune di Busto Arsizio, indiceva una gara d'appalto per la fornitura di combustibili, oltre alla manutenzione, all'adeguamento normativo e alla riqualificazione tecnologica degli impianti termici degli edifici comunali.

I concorrenti erano la Carbotermo S.p.A., il Consorzio Alisei e l' A.G.E.S.P. Holding S.p.A. In particolare il Comune detiene il 99,98% del capitale di quest'ultima; gli altri azionisti sono 6 Comuni della zona, ciascuno dei quali detiene un'azione.

In seguito all'emanazione della Sentenza del **Consiglio di Stato 18 settembre 2003 n. 5316**, il Comune sospendeva la procedura di gara e successivamente procedeva all'affidamento diretto dell'appalto alla A.G.E.S.P. S.p.A., motivando tale decisione con il soddisfacimento dei due requisiti stabiliti dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale per la conclusione di appalti senza gara.

La Carbotermo e il consorzio Alisei impugnavano dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia le deliberazioni che avevano sospeso la gara e affidato l'appalto in questione alla A.G.E.S.P. deducendo sostanzialmente l'insussistenza delle condizioni che rendono inapplicabile la direttiva n. 93/96 per due motivi:

1. l'A.G.E.S.P. non sarebbe controllata dal comune di Busto Arsizio, in quanto quest'ultimo detiene la sua partecipazione solo mediante una *holding*, di cui è azionista per il 99,98%, cosicché la A.G.E.S.P. conserva l'autonomia di una società per azioni di diritto privato;

2. l'A.G.E.S.P. non svolgerebbe la parte più importante della sua attività a favore del Comune di Busto Arsizio, poiché realizzerebbe con lo stesso una quota nettamente inferiore all'80% del suo fatturato.

Il T.A.R. Lombardia sospendeva il processo, ponendo **due questioni pregiudiziali** alla Corte di Giustizia. In particolare si domandava:

a) se fosse compatibile con la direttiva 93/36⁷ (...) l'**affidamento diretto** dell'appalto per la fornitura di combustibili e calore per impianti termici di edifici di proprietà o competenza del Comune, e relativa gestione, conduzione, manutenzione (con prevalenza del valore della fornitura), ad una società per azioni il cui capitale sia interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale sia a sua volta socio di maggioranza (al 99,98 %) il Comune appaltante, ovvero ad una società (A.G.E.S.P.) che **non sia partecipata direttamente dall'Ente Pubblico, ma da un'altra società (A.G.E.S.P. Holding)** il cui capitale sia attualmente posseduto al 99,98% dalla Pubblica Amministrazione;

b) se il **requisito dello svolgimento**, da parte dell'impresa alla quale è stata direttamente affidata la fornitura, della **parte più importante dell'attività con l'Ente pubblico che la controlla**, debba essere accertato facendo applicazione dell'art. 13 della direttiva 93/38 (...), e **possa ritenersi sussistente nel caso in cui la suddetta impresa realizzi la prevalenza dei proventi con l'Ente pubblico controllante o, in alternativa, nel territorio dell'Ente stesso.**

L'iter logico giuridico della Corte di Giustizia: la prima pregiudiziale

I Giudici Comunitari partono dalla premessa che «*se un appalto pubblico ha ad oggetto nel contempo prodotti ai sensi della direttiva 93/36 e servizi ai sensi della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di*

⁷ Le tre direttive che hanno coordinato e regolato le procedure di aggiudicazione degli **appalti di servizi** (Direttiva n. 92/50/CEE), **forniture** (direttiva n. 93/36/CEE) e **lavori** (direttiva n. 93/37/CEE), sono state soppiantate dalla **Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004**, in vigore in Italia dal 1° febbraio 2006, la quale ha sistemattizzato e riordinato le tre direttive suddette in un unico testo, procedendo anche ad una omogeneizzazione del sistema, e all'eliminazione delle incongruenze ivi presenti.

aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, esso rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 93/36 qualora il valore dei prodotti oggetto dell'appalto sia superiore a quello dei servizi⁸».

Richiamata la cd. giurisprudenza Teckal, con la quale si è stabilito che la normativa europea in tema di appalti pubblici di servizi non comporta l'applicazione delle direttive appalti, qualora manchi un vero e proprio rapporto contrattuale tra due soggetti, la Corte focalizza la propria attenzione sul concetto di controllo analogo.

In particolare, onde verificare che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti un effettivo controllo, occorre «*tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti*». In altre parole, tale tipo di controllo non deve essere generico ed indeterminato, bensì deve consentire all'amministrazione di esercitare un'«*influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società⁹»*

Il rapporto tra i due soggetti si configura così come una relazione di subordinazione, ove il soggetto partecipato non possiede alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione.

In definitiva, l'Ente pubblico opererà, formalmente, a mezzo di un'entità distinta dall'amministrazione, la quale continuerà a costituire, concretamente, parte dell'amministrazione stessa¹⁰

⁸ Cfr. Sentenza Corte di Giustizia 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal*, in *Racc.* pag. I-8121, punto 38. La Corte postula il necessario espletamento della gara pubblica per le procedure di appalto, qualora si verifichi un incontro di volontà tra due soggetti distinti. Nel caso in cui un soggetto sia soltanto una forma per la realizzazione delle attività di un altro soggetto, l'appalto può essere affidato in via immediata (*in house*).

⁹ Vedi la Sentenza Corte di Giustizia 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, in *Racc.* pag. I-8585, punto 65.

¹⁰ Sul punto si veda **D. BELLINI – C. FACCHINI**, *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, esternalizzazione e regolazione*, Extra, Roma, 2005, pag. 160 e ss.

Il punto 37 della Sentenza in esame dispone: «Il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice detenga, da sola o insieme ad altri enti pubblici, l'intero capitale di una società aggiudicataria **potrebbe indicare, pur non essendo decisivo**, che l'amministrazione aggiudicatrice in questione esercita su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, ai sensi del punto 50 della menzionata sentenza Teckal».

Il Giudice europeo *expressis verbis* individua, nella detenzione dell'intero capitale della società aggiudicataria, un elemento sintomatico del controllo, ma non sufficiente *ex se* a determinare quel "controllo qualificato", necessario affinché si possa utilizzare la formula dell'affidamento *in house*.

La Corte di Giustizia rileva che gli statuti della AGESP *Holding* e della AGESP non riservano al Comune di Busto Arsizio nessun potere di controllo o diritto di voto particolare per limitare la libertà d'azione riconosciuta a detti consigli di amministrazione. Inoltre l'influenza del Comune non è diretta ma mediata dal tramite *holding*, circostanza che potrebbe indebolire il controllo esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice sulla società aggiudicataria.

La Corte conclude disponendo in merito alla prima questione pregiudiziale che:

«la direttiva 93/36 osta all'affidamento diretto di un appalto di forniture e di servizi, con prevalenza del valore della fornitura, a una società per azioni il cui consiglio di amministrazione possiede ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma e il cui capitale è (...) interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale è a sua volta socio di maggioranza l'amministrazione aggiudicatrice».

La seconda pregiudiziale

I Giudici suddividono la seconda questione sollevata dal T.A.R. Lombardia in due parti:

a) la prima riguarda l'applicabilità dell'articolo 13 della **Direttiva del Consiglio CE, 14 giugno 1993 n. 93/38 CEE**¹¹, nel procedimento di accertamento dello svolgimento, della parte più importante dell'attività d'impresa, con l'ente pubblico che la detiene.

b) la seconda concerne la sussistenza del presupposto sub a), nel caso in cui la suddetta impresa realizzi la prevalenza dei proventi con l'ente pubblico che la detiene, o nel territorio dell'ente stesso.

La Corte risolve la problematica *de qua* nel senso che «*la condizione d'inapplicabilità della direttiva 93/36 secondo la quale l'impresa cui è stato direttamente affidato un appalto di fornitura deve svolgere la parte più importante dell'attività con l'ente pubblico che la detiene non va accertata facendo applicazione dell'art. 13 della direttiva 93/38*».

¹¹ L'art. 13 comma 1, della **Direttiva del Consiglio delle Comunità Europee, 14 giugno 1993 n. 93/38 CEE** dispone:

«La presente direttiva **non si applica agli appalti di servizi:**

a) assegnati da un ente aggiudicatore ad un'impresa collegata;

b) assegnati da un'impresa comune, costituita da più enti aggiudicatori per l'esercizio di attività ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, ad uno di questi enti aggiudicatori o ad un'impresa collegata ad uno degli enti aggiudicatori, sempreché almeno l'80 % della cifra d'affari media realizzata nella Comunità dall'impresa in questione negli ultimi tre anni in materia di servizi derivi dalla fornitura di detti servizi alle imprese alle quali è collegata.

Allorché lo stesso servizio o servizi simili sono forniti da più di un'impresa collegata all'ente aggiudicatore, occorre tener conto della cifra d'affari totale nella Comunità risultante dalla fornitura di servizi da parte di queste imprese».

La riflessione della Corte fa leva sul fatto che l'art. 13 della direttiva 93/38 si applica solo a determinati operatori, in particolare imprese comuni e imprese dai conti annuali consolidati, aventi modalità di funzionamento che differiscono da quelle delle amministrazioni aggiudicatrici previste dalla direttiva 93/36. Inoltre si precisa che le eccezioni di cui al prefato art. 13, si riferiscono solo agli appalti di servizi e non a quelli di forniture.

In primis la Corte premette, richiamando precedente giurisprudenza¹², che *«l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici è la libera circolazione delle merci e dei servizi nonché l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri»*

La riflessione si polarizza sulla doppia condizione che ho analizzato prima, così viene elucidato che tali requisiti sono finalizzati ad evitare che sia falsata la concorrenza. In particolare, si evidenzia come, la condizione che il soggetto interessato realizzi la parte più rilevante della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono, ha lo scopo di garantire che la Direttiva n. 93/36 *«continui ad essere applicabile nel caso in cui un'impresa controllata da uno o più enti sia attiva sul mercato e possa pertanto entrare in concorrenza con altre imprese»*.

Infatti, precisano i Giudici, la libertà di azione di un'impresa non è limitata dal fatto che le decisioni che la riguardano sono prese dall'Ente locale controllante, allorché la stessa possa esercitare una parte importante della propria attività presso altri operatori.

Quindi, se le prestazioni di detta impresa sono sostanzialmente effettuate in via esclusiva nei confronti dell'Ente locale, non è necessario ottemperare agli

¹² In particolare si fa riferimento alla **Sentenza 11 gennaio 2005, Causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau**, in *Racc.* pag. I-1,

obblighi di cui alla Direttiva n. 93/36, poiché le ragioni di tutela della concorrenza ad essi sottese non hanno più ragion d'essere.

Con riferimento poi all'elemento del fatturato, i Giudici europei osservano come il **fatturato rilevante** sia rappresentato da quello che «*l'impresa realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto nei rapporti con gli utenti in attuazione di tali decisioni*».

Occorre dunque prendere in considerazione tutte le attività che l'impresa aggiudicataria realizza nell'ambito dell'affidamento, a prescindere dal fatto che il destinatario sia l'amministrazione aggiudicataria o l'utente delle prestazioni. Non è parimenti rilevante il soggetto che remunera le suddette prestazioni, infatti questo può identificarsi tanto con l'ente controllante, quanto con terzi utenti di prestazioni fornite in concessione o di altre tipologie di rapporti. Infine non è di alcun rilievo il luogo di erogazione delle prestazioni medesime.

3. Il controllo analogo nella Giurisprudenza Italiana.

Dopo aver esaminato i principi individuati a livello europeo in materia di affidamento *sine* gara, vedremo come la giurisprudenza italiana ha fatto applicazione di tali principi.

Il Consiglio di Stato con la **Sentenza, Sez. V, 22 dicembre 2005 n. 7345**, ha fatto applicazione dei principi di derivazione comunitaria in tema di *in house providing*.

Il caso di specie riguardava la delibera del Consiglio Comunale del Comune di Pistoia, con la quale si disponeva di affidare direttamente, ai sensi dell'art. 113, lett. e), del D.Lgs. n. 267/2000, alla Società Alfa S.p.a. il "*servizio energia degli*

impianti termici installati negli immobili di proprietà comunali o in uso esclusivo, avente ad oggetto prestazioni di vario tipo". Il capitale di detta Società era detenuto da più enti pubblici tramite una società per azioni capogruppo, e in questa figurava la partecipazione dell'1% di una banca privata. Un'altra Società, interessata all'affidamento del servizio in oggetto, riteneva necessario procedere mediante gara pubblica, di qui il ricorso.

Dopo un primo grado di giudizio, che vedeva soccombenti il Comune e la Società affidataria, veniva proposto appello al Consiglio di Stato, con il quale gli appellanti contestavano l'affermazione dei primi giudici circa la impossibilità di ricomprendere nella nozione di servizio pubblico locale di cui all'art. 22 della Legge n. 142 del 1990, poi art. 122 del D. Lgs. n. 18 agosto 2000 n. 267, la complessa attività preordinata a fornire il riscaldamento agli edifici di proprietà o comunque nella disponibilità del Comune. Da ciò sarebbe scaturito l'obbligo di procedere alla scelta del contraente secondo le procedure ad evidenza pubblica di cui al D. Lgs. n. 157 del 1995, e, quindi, l'illegittimità dell'affidamento diretto dell'appalto ad una società per azioni a capitale pubblico e privato, secondo la previsione dell'art. 113 del D. Lgs. n. 267 del 2000, nel testo originario, concernente appunto le modalità di svolgimento dei servizi pubblici locali (così la Sentenza).

A prescindere dal dibattito intorno alla nozione di servizio pubblico locale, preme in questa sede evidenziare le osservazioni e le statuizioni in merito al controllo analogo.

Ricollegandosi ai principi della Sentenza Teckal¹³, di cui sopra, il supremo Giudice amministrativo rilevava come: *«per esigenze fondamentali di logica*

¹³ Si tratta della **Sentenza della Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, C-107/98** con la quale veniva statuito che:

1. la **Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE**, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa

interpretativa, (...) l'adozione nel diritto comunitario della figura societaria, come strumento alternativo alla prestazione diretta dei servizi pubblici, impone di risolvere il problema del "controllo analogo" secondo un criterio coerente con la peculiarità dell'istituto in questione. La giurisprudenza comunitaria si mostra consapevole del fatto che, se si effettua l'affidamento diretto ad una società, il servizio verrà gestito da una persona giuridica separata e distinta dall'Amministrazione aggiudicatrice, un ente, cioè, che determina la propria azione mediante gli organi di cui è dotato. E' quindi da escludere, in linea di principio, che il diritto comunitario possa imporre un modulo che riproduca, tra Amministrazione e società affidataria, quella forma di dipendenza che è tipica degli uffici interni all'ente».

Appare evidente come il Supremo Consesso postuli la necessità di interpretare il criterio del controllo analogo, in relazione alle specificità della forma societaria, poiché quest'ultima viene ad atteggiarsi quale figura giuridica distinta dall'Amministrazione, ergo risulta quantomeno improbabile una relazione di dipendenza "gerarchica", simile a quella degli uffici interni all'Ente.

Il Giudice di secondo grado ritiene che l'Ente pubblico proprietario dell'intero pacchetto azionario, è in condizione di svolgere, sia mediante la nomina degli organi, sia attraverso l'approvazione di determinate delibere *«ogni tipo di verifica e di rendiconto, in modo che sia operante la sostanziale identificazione riscontrabile tra il soggetto societario agente con la mano pubblica che le affida il servizio».*

La predetta identificazione determina la compatibilità, con le regole comunitarie, in materia di concorrenza, dell'affidamento *in house* di un servizio pubblico senza fare ricorso alle procedure ad evidenza pubblica.

2. sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno.

Il Collegio afferma che: *«il problema della sussistenza del “controllo analogo” si risolve in senso affermativo se la mano pubblica possiede la totalità del pacchetto azionario della società affidataria»*. Al riguardo viene ripresa la giurisprudenza *Sdadt Halle* che ha asserito come. *« il rapporto tra un’ autorità pubblica, che sia un’amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un’impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente¹⁴»*.

Si osserva poi come l’aggiudicazione di un appalto pubblico ad una società con capitale misto (pubblico-privato), senza l’utilizzo delle procedure ad evidenza pubblica, realizzi una violazione delle regole sulla libera concorrenza oltre che il principio di parità di trattamento di cui alla Direttiva n. 92/50, *«in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un’impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti»*.

In definitiva il Collegio amministrativo di secondo grado ha ritenuto “simbolica” una partecipazione privata talmente limitata (1%), da non realizzare *« comunque un illecito vantaggio ad una società concorrente operante nel settore energetico»*.

Alla luce dei suddetti principi il Collegio accoglie l’appello, risolvendo, in senso affermativo, il problema del controllo analogo nel caso di specie.

Recentemente, ma con esito opposto, è intervenuto il **TA.R. Lombardia, Sez. Brescia**, con la **Sentenza 16 marzo 2006 n. 301**, con la quale è stata ritenuta non

¹⁴ Cfr. Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005 n. C-26/03, **Sdadt Halle**, in particolare il punto 50.

sufficiente ad integrare i presupposti per il cd. controllo analogo, la partecipazione dello 0,8 % al capitale sociale da parte di un Comune. I Giudici amministrativi hanno sostenuto come l'esiguità della quota di partecipazione, non consenta *«la possibilità di un'influenza determinante sugli obiettivi e sulle decisioni gestionali della società affidataria, da svolgersi anche collettivamente con gli altri soci al di fuori degli ordinari poteri dell'assemblea della società»*.

Occorre, in particolare, che la società affidataria risulti vincolata agli indirizzi dell'affidante, ovvero vi sia la possibilità di un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici, che sulle decisioni più importanti della stessa¹⁵.

Diventa così determinante un'elevata partecipazione al capitale sociale¹⁶ che, come precisato sopra, non è sinonimo di controllo analogo, tuttavia tale elemento congiunto ad altri¹⁷ realizza una potenziale influenza sulle decisioni di rilievo della Società, che diviene così un modulo gestionale facente comunque capo all'Ente, pur nei limiti che, ovviamente, un'esternalizzazione di questo tipo determina.

Nel caso di specie, l'Ente affidante disponeva di una partecipazione minoritaria insufficiente ad integrare la suddetta forma di controllo, infatti, le disposizioni della convenzione tipo, attribuenti al Comune poteri di indirizzo, vigilanza e controllo sulla gestione del singolo servizio, *«sono da ricondurre agli ordinari poteri di verifica dell'esatto adempimento, identici a quelli riconosciuti a qualunque*

¹⁵ Il **punto 65** della **Sentenza 13 ottobre 2005, C-458/03 (Parking Brixen GmbH)** dispone: *«Tale valutazione deve tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest'esame deve risultare che l'ente concessionario in questione è soggetto ad un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti»*.

¹⁷ Cfr., con riguardo agli elementi che individuano il controllo analogo, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, Sentenza 30 marzo 2005 n. 2784, nonché T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sentenza 15 luglio 2005 n. 634.

controparte contrattuale, senza consentire l'esercizio di alcuna influenza sulla gestione sociale».

Per completezza vorrei osservare come l'art. 113 del D. Lgs. n. 267 del 2000, come modificato dalla Legge n. 326 del 2003, prevede la facoltà per l'Ente locale di cedere, in tutto o in parte, la propria partecipazione mediante procedure ad evidenza pubblica, da rinnovarsi alla scadenza del periodo d'affidamento. In tal modo viene comunque tutelata la concorrenza ed il principio di parità di trattamento. Inoltre, la cessione *de qua* non produce effetti sulla durata degli affidamenti in essere.

Interpretazione giudiziaria, logiche di mercato e tutela dell'interesse pubblico

La breve disamina ora svolta, relativa al requisito del "controllo analogo", quale presupposto per l'affidamento in *house* dei servizi pubblici, rappresenta solo una parte infinitesimale dei problemi relativi alla gestione dei servizi pubblici di natura locale.

Con il sistema del controllo analogo si cerca di comporre il conflitto, tra interessi sostanziali potenzialmente configgenti, tramite il ricorso alla cd. giustizia procedurale, la quale neutralizza le posizioni atomistiche configgenti, realizzando, per astrazione, un equilibrio coerente con le aspirazioni della comunità sociale in un determinato contesto storico, geografico e culturale.

L'interpretazione giudiziaria ed in particolare, per quanto di interesse, quella comunitaria, realizza un'opera fondamentale di omogeneizzazione del sistema. Infatti, tramite la pregiudiziale di cui all'art. 234 del Trattato CE, viene

garantita l'uniforme interpretazione dei principi individuati a livello comunitario e applicabili negli Stati membri.

Il problema dell'esternalizzazione dei servizi pubblici locali va inquadrato nella dialettica tra interesse privato e interesse pubblico, nel momento in cui quest'ultimo non può essere perseguito nell'ambito delle logiche di mercato, le quali sono prospetticamente orientate verso la massimizzazione del profitto.

Infatti, nell'ottica della gestione della "cosa pubblica" con strumenti di tipo privatistico, vengono in rilievo interessi di natura sociale, che non possono essere realizzati se non con una rimeditazione, in termini pubblicistici, delle formule utilizzate per la gestione stessa.

Infine meritano un accenno le indagini di *customer satisfaction*, mediante le quali si procede ad una valutazione *a posteriori* dei risultati raggiunti con l'esternalizzazione.

In merito è stata emanata la Direttiva del Ministro della Funzione Pubblica 24 marzo 2004 con la quale si osserva che: «Rilevare la *customer satisfaction* consente alle amministrazioni di uscire dalla propria autoreferenzialità, aiutandole a relazionarsi con i cittadini, a conoscere e comprendere sempre meglio i bisogni dei destinatari ultimi delle proprie attività e a riprogettare, di conseguenza, sia le politiche pubbliche che il sistema di erogazione dei servizi».

Il cittadino-utente diviene così non solo destinatario dei servizi, ma anche risorsa di valutazione della rispondenza dei servizi erogati ai bisogni reali della collettività.

Quanto precede si pone nel più ampio contesto di modernizzazione della Pubblica Amministrazione, che ora si avvale delle più moderne tecniche di *marketing* d'impresa, onde realizzare un cambiamento radicale del *modus operandi* dei pubblici poteri. Tale approccio necessiterà di un controllo prolungato nel tempo, il quale permetterà di correggere eventuali "anomalie del sistema".

Dott. Emanuele Traversa