

Consiglio di Stato, sezione quinta, ordinanza n. 138 del 7 gennaio 2019

Affidamento in house – Compatibilità diritto italiano e diritto UE – Decisione rimessa alla Corte di giustizia UE

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 3756 del 2018, proposto da:

..... s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio eletto presso lo studio in Roma, via

contro

Comune di non costituito in giudizio;
..... s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio eletto presso lo studio in Roma, via del

nei confronti

Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC, Comune di Ortona, Comune di Treglio non costituiti in giudizio

per la riforma della sentenza del T.A.R. dell’Abruzzo – Sezione staccata di Pescara, Sezione I, n. 33/2018

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2018 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato, in sostituzione dell'avvocato e l'avvocato, in sostituzione dell'avvocato

1. L'OGGETTO DEL PROCEDIMENTO PRINCIPALE E I FATTI PERTINENTI

Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo- Sede staccata di Pescara e con successivi motivi aggiunti l'odierna appellante s.p.a., premesso di essere un'impresa operante nel settore dell'igiene urbana e di essere interessata ad acquisire con gara la gestione del servizio di igiene urbana nel Comune di, chiedeva l'annullamento degli atti del 2017 con cui quel Comune, in quanto socio di minoranza – come molti altri comuni di quel territorio - della s.p.a. (e a seguito di un contenzioso giudiziario che qui non risulta necessario richiamare), aveva approvato l'adeguamento dello statuto di tale società e i relativi patti parasociali, in tal modo rendendo possibile l'affidamento diretto del servizio in favore della stessa in quanto società *in house* pluripartecipata (anche) dal Comune di e in regime di controllo analogo congiunto. La s.p.a. è una società *in house* a capitale interamente pubblico, partecipata al 21,69% dal Comune di insieme ad altri cinquantadue comuni della Provincia di Chieti, che svolge attività di smaltimento di rifiuti urbani.

Ai fini che qui interessano la lamentava che l'affidamento diretto del servizio di igiene urbana nel Comune di alla comportasse numerose violazioni della normativa eurounitaria in materia di affidamenti *in house* (con particolare riferimento alla forma dell'*in house* pluripartecipato o in regime di *controllo analogo congiunto*).

Con la sentenza n. 33/2018 il Tribunale amministrativo regionale dell'Abruzzo ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti, dichiarandoli infondati.

La sentenza è stata impugnata in appello dalla la quale ne ha lamentato l'erroneità e ne ha chiesto la riforma articolando dodici motivi di censura.

Ai fini della presente ordinanza di rimessione vengono in rilievo, in particolare:

i) il terzo motivo di appello (con il quale l'appellante lamenta che il Tribunale amministrativo non abbia adeguatamente considerato l'assenza di una previa ed effettiva valutazione circa la congruità del ricorso al modello *in house* prima di procedere all'affidamento diretto – per come imposto dall'ordinamento nazionale -);

ii) il sesto motivo di appello (con il quale si lamenta che il Tribunale amministrativo non abbia adeguatamente considerato i vincoli posti dall'ordinamento interno alla partecipazione al capitale sociale da parte di soggetti pubblici che non esercitino il controllo analogo sulla società).

Si è costituita in giudizio la la quale ha concluso nel senso dell'infondatezza dell'appello.

Alla pubblica udienza del giorno 8 novembre 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2. LE DISPOSIZIONI GIURIDICHE PERTINENTI

2.1. Le disposizioni del diritto dell'Unione europea

2.1.1. La Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, al Considerando 5 ribadisce la piena libertà per le amministrazioni pubbliche nell'organizzare i servizi e le attività di proprio interesse secondo le modalità operative e gestionali ritenute più adeguate.

In base al Considerando 5 infatti:

“E’ opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva (...).”

2.1.2. La medesima direttiva 2014/24/UE, all’articolo 12, paragrafo 3 stabilisce le condizioni per procedere all’affidamento di appalti pubblici nel caso di controllo analogo congiunto da parte di più amministrazioni pubbliche.

Ai sensi dell’articolo 12, paragrafo 3, infatti:

“3. Un’amministrazione aggiudicatrice che non eserciti su una persona giuridica di diritto privato o pubblico un controllo ai sensi del paragrafo 1 può nondimeno aggiudicare un appalto pubblico a tale persona giuridica senza applicare la presente direttiva quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) l’amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi;

b) oltre l’80 % delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui trattasi; e

c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Ai fini del primo comma, lettera a), le amministrazioni aggiudicatrici esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

i) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti;

ii) tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; e
iii) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti?.

2.1.3. La Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, all'articolo 2 afferma il principio della libera amministrazione delle autorità pubbliche.

Ai sensi dell'articolo 2 paragrafo 1:

“1. La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici.

Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni?.

2.2. Le disposizioni del diritto nazionale.

2.2.1. Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. *Codice degli appalti pubblici*) recepisce nell'ordinamento interno le previsioni di cui alle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

L'articolo 5 del *Codice* (il quale reca il recepimento dell'articolo 12 della Direttiva 2014/24/UE) fissa le condizioni perché siano ammesse nell'ordinamento interno forme di affidamento in regime di *in house* pluripartecipato (o a controllo analogo congiunto).

In particolare, l'articolo 5, ai commi 4 e 5 stabilisce che:

“4. Un’amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore può aggiudicare un appalto pubblico o una concessione senza applicare il presente codice qualora ricorrano le condizioni di cui al comma 1 [che definisce i presupposti generali per gli affidamenti in house], anche in caso di controllo congiunto.

5. Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti;

b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un’influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;

c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti?”.

2.2.2. L’articolo 192 del Codice stabilisce disposizioni di un certo rigore per ammettere gli affidamenti *in house*.

Ai sensi dell’articolo 192, comma 2, in particolare:

“2. Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche”.

2.2.3. Il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 reca il ‘Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica’.

L'articolo 4 (*Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche*) contiene le previsioni di base che giustificano e legittimano la partecipazione pubblica allo strumento societario per perseguire proprie finalità istituzionali: vuoi quanto a ragioni sostanziali, vuoi quanto a strumentazione organizzativa.

In particolare, i commi 1, 2 e 3 dell'articolo 4 stabiliscono:

“1. Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

2. Nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate:

a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;

(...)

4. Le società in house hanno come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui alle lettere a) (...) del comma 2. Salvo quanto previsto dall'articolo 16, tali società operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti?”.

2.2.4. L'articolo 16 (*Società in house*) del “Testo unico” fissa i presupposti e le condizioni per procedere ad affidamenti diretti in favore di organismi *in house* in veste societaria.

In particolare, i commi 1 e 7 dell'articolo 16 stabiliscono:

“1. Le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione

di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.

(...)

7. Le società di cui al presente articolo sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 5 e 192 del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016'.

3. LA MOTIVAZIONE DEL RINVIO

Questo Consiglio di Stato (organo giurisdizionale avverso le cui decisioni non può proporsi un ricorso di diritto interno – se non in ipotesi eccezionali, inerenti il riparto interno di giurisdizione -) ritiene che ai fini della presente decisione sia necessario risolvere alcune questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione europea, primario e derivato, e che sia dunque necessario sollevare una questione per rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

3.1. SUL PRIMO QUESITO.

La prima questione è connessa all'articolazione del terzo motivo di appello (con il quale – come si è anticipato - l'appellante lamenta che il Tribunale amministrativo non abbia adeguatamente considerato che difettava una previa ed effettiva valutazione circa la congruità del ricorso al modello *in house* prima di procedere all'affidamento diretto – per come imposto dall'ordinamento nazionale -).

Non viene qui in rilievo l'effettiva qualificazione della quale organismo *in house* (questione che viene rimessa al giudizio di questo Consiglio di Stato e che esula dalla presente ordinanza di rimessione). Piuttosto, secondo l'appellante, quand'anche la fosse qualificabile come genuino organismo *in house* del Comune di (e degli altri enti pubblici che partecipano a quel capitale sociale),

difetterebbero comunque le ulteriori condizioni richieste dal diritto italiano al fine di consentire l'affidamento diretto in quanto società *in house*.

In particolare risulterebbe violato l'articolo 192 (*Regime speciale degli affidamenti in house*), comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016, c.d. *Codice degli appalti pubblici* – posto in tema di *partenariato pubblico privato e contraente generale* - secondo cui ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti devono effettuare preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione e “*dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*”.

L'appellante lamenta che le delibere che avevano disposto l'affidamento diretto in favore della violavano l'articolo 192 in quanto non indicavano (se non in modo del tutto lacunoso e insufficiente) né le ragioni del mancato ricorso al mercato né gli specifici benefici per la collettività connessi alla forma di affidamento prescelta.

3.2.1. Questo giudice del rinvio rileva qui che, in effetti, le delibere impugnate dalla (e, da ultimo, la delibera di affidamento del servizio n. 28 del 29 maggio 2017) appaiono *prima facie* non coerenti con le previsioni dell'articolo 192, comma 2, del *Codice* (disposizione resa applicabile anche alla ai sensi dell'articolo 16, comma 7 del *Testo unico*) in quanto non espongono adeguatamente le ragioni per cui si fa ricorso all'affidamento *in house* (mezzo da ritenere ormai, per il diritto italiano, derogatorio rispetto all'ordinario affidamento con procedure ad evidenza pubblica). Questo giudice del rinvio dubita, tuttavia, che le disposizioni del diritto interno, nel subordinare gli affidamenti *in house* a condizioni aggravate e a motivazioni rafforzate

rispetto alle altre modalità di affidamento, siano autenticamente compatibili con le pertinenti disposizioni e principi del diritto primario e derivato dell'Unione europea.

3.1.2. In particolare, l'articolo 192, comma 2, del *Codice degli appalti pubblici* (d. lgs. n. 50 del 2016) impone che l'affidamento *in house* di servizi disponibili sul mercato (come riguardati dalla presente controversia) sia assoggettato a una duplice condizione, che non è richiesta per le altre forme di affidamento dei medesimi servizi (con particolare riguardo alla messa a gara con appalti pubblici e alle forme di cooperazione orizzontale fra amministrazioni):

i) la prima condizione consiste nell'obbligo di motivare le condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato. Tale condizione muove dal ritenuto carattere secondario e residuale dell'affidamento *in house*, che appare poter essere legittimamente disposto soltanto in caso di, sostanzialmente, dimostrato *'fallimento del mercato'* rilevante a causa di prevedibili mancanze in ordine a *"gli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche"* (risultando altrimenti tendenzialmente precluso), cui la società *in house* invece supplirebbe;

ii) la seconda condizione consiste nell'obbligo di indicare, a quegli stessi propositi, gli specifici benefici per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento *in house* (dimostrazione che non sarà invece necessario fornire in caso di altre forme di affidamento – con particolare riguardo all'affidamento tramite gare di appalto -). Anche qui la previsione dell'ordinamento italiano di forme di motivazione aggravata per supportare gli affidamenti *in house* muove da un orientamento di sfavore verso gli affidamenti diretti in regime di delegazione interorganica e li relega ad un ambito subordinato ed eccezionale rispetto alla previa ipotesi di competizione mediante gara tra imprese.

3.1.3. Vale qui osservare che il restrittivo orientamento evidenziato dalla normativa italiana del 2016 si colloca in continuità con orientamenti analoghi manifestati

dall'ordinamento almeno dal 2008 (*i.e.*: sin dall'articolo 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008).

E' inoltre importante osservare che con sentenza 17 novembre 2010, n. 325, la Corte costituzionale ha riconosciuto alla legge di poter prevedere “*limitazioni dell'affidamento diretto più estese di quelle comunitarie*” (per restringere ulteriormente le eccezioni alla regola della gara ad evidenza pubblica, per le quali il diritto dell'UE avrebbe solo previsto un minimo inderogabile).

La stessa giurisprudenza costituzionale ha ribadito con ulteriori pronunce che l'affidamento in regime di delegazione interorganica costituisce “*un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica*” (Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46).

3.1.4. Si tratta a questo punto di stabilire se questo restrittivo orientamento ultradecennale dell'ordinamento italiano in tema di affidamenti *in house* risulti conforme con i principi e disposizioni del diritto dell'Unione europea (con particolare riguardo al principio della libera organizzazione delle amministrazioni pubbliche sancita dall'articolo 2 della Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, *sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*).

Va osservato al riguardo che, in tema di acquisizione dei servizi di interesse degli organismi pubblici, si fronteggiano due principi generali la cui contestuale applicazione può comportare antinomie:

a) da un lato, il principio della libertà e autodeterminazione, per i soggetti pubblici, di organizzare come meglio stimano le prestazioni dei servizi di rispettivo interesse, senza che vincoli di particolare modalità gestionale derivanti dall'ordinamento dell'UE o da quello nazionale (ad es.: regime di affidamento con gara) rispetto a un'altra (ad es.: regime di internalizzazione ed autoproduzione);

b) (dall'altro) il principio della piena apertura concorrenziale dei mercati degli appalti pubblici e delle concessioni.

Si osserva che il principio *sub b)* sembra presentare una valenza sussidiaria rispetto al principio *sub a)* (ossia, rispetto al principio della libertà nella scelta del modello gestionale).

Infatti, la prima scelta che viene demandata alle amministrazioni è di optare fra il regime di autoproduzione e quello di esternalizzazione (modelli che appaiono collocati dall'ordinamento dell'UE su un piano di equiordinazione) e, solo se si sia optato per il secondo di tali modelli, incomberà sull'amministrazione l'obbligo di operare nel pieno rispetto dell'ulteriore principio della massima concorrenzialità fra gli operatori di mercato.

Se questi sono gli esatti termini entro della questione, e se si considera che l'*in house providing* è per sua natura una delle forme caratteristiche di internalizzazione e autoproduzione, risulta che lo stesso *in house providing* rappresenta non un'eccezione residuale, ma una normale opzione di base, al pari dell'affidamento a terzi tramite mercato, cioè tramite gara: paradigma, quest'ultimo, che non gode di alcuna pregiudiziale preferenza.

Insomma, da parte dell'ordinamento dell'UE gli affidamenti *in house* (sostanziale forma di autoproduzione) non sembrano posti in una posizione subordinata rispetto agli affidamenti con gara; al contrario, sembrano rappresentare una sorte di *prins* logico rispetto a qualunque scelta dell'amministrazione pubblica in tema di autoproduzione o esternalizzazione dei servizi di proprio interesse. In altri termini, sembra che per l'ordinamento UE da parte di una pubblica amministrazione si possa procedere all'esternalizzazione dell'approvvigionamento di beni, servizi o forniture solo una volta che le vie interne, dell'autoproduzione ovvero dell'internalizzazione, non si dimostrano precorribili o utilmente percorribili. Il che sembra corrispondere ad elementari esigenze di economia, per cui ci si rivolge all'esterno solo quando non

si è ben in grado di provvedere da soli: nessuno, ragionevolmente, si rivolge ad altri quando è in grado di provvedere, e meglio, da solo.

3.1.5. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE ha chiarito a propria volta che l'ordinamento comunitario non pone limiti alla libertà, per le amministrazioni, di optare per un modello gestionale di autoproduzione, piuttosto che su un modello di esternalizzazione.

In particolare, con la sentenza della Grande Sezione del 9 giugno 2009, in causa C-480/06, *Commissione CE c. Governo della Germania federale*, la Corte di giustizia ha chiarito che *“un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e [può] farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche?”* (nell'occasione, la Corte di giustizia ha richiamato i principi già espressi con la sentenza della Terza Sezione del 13 novembre 2008 in causa C-324/07, *Coditel Brabant*).

In termini sostanzialmente analoghi si è espressa la stessa Commissione europea nella *Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati – PPPi* (documento C(2007)6661 del 5 febbraio 2008). Nel documento in, la Commissione europea ha chiarito che *«nel diritto comunitario, le autorità pubbliche sono infatti libere di esercitare in proprio un'attività economica o di affidarla a terzi, ad esempio ad entità a capitale misto costituite nell'ambito di un partenariato pubblico-privato. Tuttavia, se un soggetto pubblico decide di far partecipare un soggetto terzo all'esercizio di un'attività economica a condizioni che configurano un appalto pubblico o una concessione, è tenuto a rispettare le disposizioni del diritto comunitario applicabili in materia»*.

Nel medesimo senso depone ancora l'articolo 2 della citata Direttiva 2014/23/UE (significativamente rubricato *‘Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche’*), il quale riconosce in modo espresso la possibilità per le amministrazioni di espletare

i compiti di rispettivo interesse pubblico: *i*) avvalendosi delle proprie risorse, ovvero *ii*) in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici, ovvero – ancora *iii*) mediante conferimento ad operatori economici esterni, senza fissare alcuna graduazione in termini valoriali fra le richiamate modalità di assegnazione.

In tale quadro sistematico si pone anche il Considerando 5 della Direttiva 2014/24/UE, secondo cui “(...) *nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva (...)*”.

L'enunciazione dei principi in parola sembra assumere valenza generale e non sembra consentire l'introduzione di disposizioni volte a riconoscere a una delle modalità di attribuzione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche (come l'affidamento *in house*) un ruolo giuridicamente subordinato rispetto alle altre.

3.1.6. Si pone a questo punto la questione della conformità fra

- (da un lato) i richiamati principi e disposizioni del diritto dell'Unione europea (i quali sembrano comportare una piena equiordinazione fra le diverse modalità di assegnazione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche, se non addirittura la prevalenza logica del sistema di autoproduzione rispetto ai modelli di esternalizzazione) e

- (dall'altro) le previsioni del diritto nazionale italiano (in particolare, il comma 2 dell'articolo 192 del *Codice degli appalti pubblici* del 2016) i quali pongono invece gli affidamenti *in house* in una posizione subordinata e subvalente e – come detto - li ammettono soltanto in caso di dimostrato 'fallimento del mercato' di riferimento e a condizione che l'amministrazione dimostri in modo puntuale gli specifici benefici per la collettività connessi a tale forma di gestione. Come dire, pretermettendo la ragionevolezza del loro comportamento economico, si presume senz'altro che le amministrazioni pubbliche non siano in grado di provvedere autonomamente solo

perché non agiscono nel mercato; e per superare questa presunzione occorre dimostrare che il mercato, che ha comunque la priorità perché è mercato e non perché qui assicura condizioni migliori dell'autoproduzione, non è in concreto capace di corrispondere appieno all'esigenza di approvvigionamento.

Le restrittive condizioni poste dal diritto italiano potrebbero giustificarsi in relazione ai principi e alle disposizioni del diritto dell'UE solo a condizione che lo stesso diritto dell'Unione riconosca a propria volta priorità sistematica al principio di messa in concorrenza rispetto a quello della libera organizzazione. Ma così non pare essere.

Occorre inoltre chiarire se (ferma restando la sostanziale equivalenza, per il diritto dell'UE, fra le diverse forme di approvvigionamento di interesse delle amministrazioni) i singoli ordinamenti nazionali possano legittimamente porre una di tali forme di affidamento e gestione su un piano che si presume subordinato, assegnando comunque la priorità e la prevalenza al principio di apertura concorrenziale rispetto a quello della libera organizzazione delle amministrazioni pubbliche.

3.1.7. Deve quindi essere posto alla Corte di giustizia il seguente quesito interpretativo: *“se il diritto dell’Unione europea (e segnatamente il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e il principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche) osti a una normativa nazionale (come quella dell’articolo 192, comma 2, del ‘Codice dei contratti pubblici, decreto legislativo n. 50 del 2016) il quale colloca gli affidamenti in house su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: i) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché ii) imponendo comunque all’amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento”*.

3.2. SUL SECONDO QUESITO

La seconda questione da sottoporre alla Corte di giustizia dell'UE è connessa all'articolazione del sesto motivo di appello (con il quale la lamenta che la sentenza del Tribunale amministrativo non abbia adeguatamente considerato i vincoli posti dall'ordinamento interno alla partecipazione al capitale sociale da parte di soggetti pubblici che non esercitino il controllo analogo sulla società).

3.2.1. In punto di fatto va premesso che lo statuto dell'affidataria prevede due diverse categorie di *soci*(amministrazioni pubbliche):

- i c.d. '*soci affidanti*' (che esercitano il *controllo analogo* sulla società e che possono conseguentemente operare affidamenti diretti in suo favore) e
- i c.d. '*soci non affidanti*' (che non esercitano un tale *controllo analogo* e non possono quindi operare affidamenti diretti in favore di).

I '*soci non affidanti*' si configurano dunque come soci di mero conferimento di capitale e la loro presenza si pone a di fuori dello schema tipico degli affidamenti *in house*.

3.2.2. Dal punto di vista del diritto dell'Unione europea non sembrano emergere impedimenti a un tale particolare assetto societario.

Infatti, se il diritto dell'UE (articolo 12, paragrafo 3 della Direttiva 2014/24/UE) ammette che l'*in house a controllo analogo congiunto* sia possibile anche quando il capitale dell'organismo sia aperto alla partecipazione di capitali privati (purché non comporti loro controllo o potere di veto), non emergono ragioni per escludere che l'*in house a controllo analogo congiunto* possa sussistere anche nel caso di partecipazione di capitale di amministrazioni pubbliche (purché non esercitino controllo o poteri di veto e non effettuino affidamenti diretti).

Quindi, il particolarissimo schema della partecipazione societaria in (che si configura come organismo '*in house*' per alcune amministrazioni pubbliche e come organismo '*non-in house*' per altre amministrazioni pubbliche) non sembra in contrasto con il diritto comunitario.

3.2.3. Tale schema, tuttavia, sembra sollevare seri dubbi di contrasto con le previsioni del diritto interno, di cui occorre quindi verificare la compatibilità con il diritto dell'UE.

In particolare, l'articolo 4, comma 1, del Testo unico sulle società partecipate stabilisce che *“le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non direttamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”*.

La disposizione appare in linea l'indirizzo dell'ordinamento italiano inteso a ridurre dal punto di vista quantitativo e ad ottimizzare dal punto di vista qualitativo le partecipazioni delle amministrazioni pubbliche in società di capitali.

Per la sentenza, infatti, non potrebbe escludersi che un'amministrazione *‘non affidante’* decida in un secondo momento di acquisire il *controllo analogo (congiunto)* e di procedere all'affidamento diretto del servizio in favore di

Questo giudice di appello osserva tuttavia che tale possibilità appare esclusa dal diritto nazionale in quanto

- se (per un verso) la gestione dei servizi di igiene urbana rientra di certo fra le finalità istituzionali degli enti locali *‘non affidanti’*

- per altro verso, la semplice possibilità che l'acquisto del *controllo analogo congiunto* e l'affidamento diretto possano intervenire in futuro sembra non corrispondere al criterio della *“stretta necessità”* – evidentemente da considerare come attuale e non come meramente ipotetica e futura - che appare imposto dal richiamato articolo 4, comma 1.

3.2.5. Occorre a questo punto interrogarsi circa la conformità fra

- il diritto dell'UE (in particolare, fra l'articolo 5 della Direttiva 2014/24/UE), che ammette il *controllo analogo congiunto* nel caso di società non partecipata unicamente dalle amministrazioni controllanti e

- il diritto interno (in particolare, l'articolo 4, comma 1, cit., interpretato nei detti sensi) che appare non consentire alle amministrazioni di detenere quote minoritarie di partecipazione in un organismo *a controllo congiunto*, neppure laddove tali amministrazioni intendano acquisire in futuro una posizione di *controllo congiunto* e quindi la possibilità di procedere ad affidamenti diretti in favore dell'organismo pluripartecipato.

Per quanto concerne il rilievo per la presente controversia, se emergesse conformità fra la richiamata normativa nazionale e il diritto dell'Unione europea, ne risulterebbe compromessa la legittimità dell'attuale assetto del capitale sociale della società affidataria

3.2.6. Deve quindi essere posto alla Corte di giustizia il seguente quesito interpretativo: *“se il diritto dell’Unione europea (e in particolare l’articolo 12, paragrafo 3 della Direttiva 2014/24/UE in tema di affidamenti in house in regime di controllo analogo congiunto fra più amministrazioni) osti a una disciplina nazionale (come quella dell’articolo 4, comma 1, del Testo Unico delle società partecipate – decreto legislativo n. 175 del 2016 -) che impedisce a un’amministrazione pubblica di acquisire in un organismo pluripartecipato da altre amministrazioni una quota di partecipazione (comunque inidonea a garantire controllo o potere di veto) laddove tale amministrazione intende comunque acquisire in futuro una posizione di controllo congiunto e quindi la possibilità di procedere ad affidamenti diretti in favore dell’Organismo pluripartecipato”*.

4. CONCLUSIONI

In considerazione di quanto sopra esposto, questa V Sezione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale formula alla Corte di giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 del T.F.U.E. le questioni pregiudiziali di cui ai precedenti punti 3.1.7. e 3.2.6.

La segreteria della Sezione curerà la trasmissione della presente ordinanza alla cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione Europea, mediante plico

raccomandato al seguente indirizzo: Rue du Fort Niedergrünewald, L-2925, Lussemburgo.

In aggiunta alla presente ordinanza la Segreteria trasmetterà alla Cancelleria della CGUE anche l'intero fascicolo di causa del primo e del secondo grado del giudizio. In conseguenza della rimessione alla Corte di giustizia della questione pregiudiziale di cui sopra il presente giudizio viene sospeso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea le questioni pregiudiziali indicate in motivazione e, riservata ogni altra decisione, anche sulle spese, sospende il giudizio.

Dispone che il presente provvedimento, unitamente a copia degli atti di giudizio indicati in motivazione, sia trasmesso, a cura della Segreteria della Sezione, alla Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2018

L'ESTENSORE
Claudio Contessa

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO