

L'affidamento diretto di un appalto pubblico tra "in house providing" e "cooperazione orizzontale" tra amministrazioni aggiudicatrici

di Danilo Pappano

Title: Direct award of a public procurement between "in house providing" and "horizontal cooperation" among contracting authorities

Keywords: Direct award; In house providing; Cooperation among contracting authorities.

1. – Con la sentenza in commento, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è intervenuta nelle cause riunite C-383/21 e C-384/21 aventi ad oggetto l'interpretazione dell'art. 12 paragrafi 3 e 4 della direttiva 2014/24/EU sugli appalti pubblici, il quale, come noto fissa i presupposti per l'esclusione di un appalto dall'ambito di applicazione delle procedure previste dalla direttiva in presenza di un rapporto in house (paragrafi 1-3), o di una cooperazione tra amministrazioni (paragrafo 4).

Secondo il citato articolo 12, (rubricato «*appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico*») «un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) L'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice 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».

La lettera a) appena citata fissa il criterio del c.d. "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi che si configura, come noto, quando l'ente affidante eserciti «un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici, sia sulle decisioni significative» della persona giuridica controllata.

Questa particolare forma di influenza, ai sensi del paragrafo 3 dello stesso articolo 12, può essere esercitata anche congiuntamente da più enti pubblici soci che invece considerati singolarmente non sarebbero in grado di determinare o condizionare la gestione dell'ente (c.d. *in house* frazionato o pluripartecipato), e ciò

anche nel caso di soggetti partecipati da più enti pubblici singolarmente titolari di una irrilevante partecipazione al capitale (c.d. partecipazioni pulviscolari).

Il citato paragrafo 3 prevede le condizioni in presenza delle quali le amministrazioni aggiudicatrici esercitano su una persona giuridica “un controllo analogo congiunto”. La disposizione prevede i seguenti presupposti:

- a) 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;
- b) tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un’influenza dominante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della detta persona; e
- c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti.

Accanto all’istituto dell’ *in house providing*, l’art. 12, paragrafo 4 prevede, come noto, un’ulteriore ipotesi di affidamento diretto, e quindi di esclusione dell’appalto dall’applicazione della direttiva 2014/24, rappresentata dalla cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici, definita nella pratica “cooperazione orizzontale” per distinguerla dall’*in house* (ipotesi invece di collaborazione verticale).

In particolare la disposizione prevede che «un contratto concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell’ambito di applicazione della presente direttiva, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) il contratto stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell’ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune;
- b) l’attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all’interesse pubblico; e
- c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione».

In questa ipotesi, come noto, accanto ai requisiti di cui alle precedenti lettere b) e c), l’elemento posto al centro dell’istituto da parte della giurisprudenza europea è che la cooperazione abbia lo scopo di garantire che le attività che esse sono chiamate a svolgere nell’ambito della cooperazione siano prestate al fine di conseguire obiettivi comuni. La giurisprudenza della Corte ha infatti precisato che un obiettivo comune manca quando mediante lo svolgimento delle attività ad essa assegnate l’amministrazione si limiti a contribuire alla realizzazione di obiettivi in comune di altre amministrazioni, oppure si limiti al mero svolgimento di una prestazione in cambio di una remunerazione (si veda in particolare CGUE, 4 giugno 2020, C-429/19, Remondis).

L’incertezza interpretativa intorno all’articolo 12, paragrafi 3 e 4 che la Corte di Giustizia è chiamata a dirimere si riferisce alla legittimità o meno, nell’ambito di una convenzione quadro di appalto pubblico tra un Comune e una società pubblica di edilizia residenziale, dell’affidamento di un contratto avente ad oggetto un appalto di servizi non aggiudicato con procedura di gara, ma affidato direttamente ad un terzo soggetto anch’esso pubblico, partecipato sia dal Comune che dalla società di edilizia residenziale, sottoscrittori della citata convenzione quadro.

La legittimità dell’affidamento, contestata dall’autorità di vigilanza del settore, viene affermata dai ricorrenti in separati ricorsi, poi riuniti, da un lato, cercando di far rientrare il caso concreto nel regime di esclusione connesso all’esistenza di una relazione *in house* tra soggetto affidante e soggetto affidatario;

dall'altro, in subordine, facendolo rientrare nel regime di esclusione della cooperazione tra amministrazioni. All'inquadramento della vicenda concreta nel rapporto *in house* fa riferimento il ricorso della società edilizia (causa C-383/21); all'inquadramento invece in un'ipotesi di collaborazione orizzontale tra amministrazioni fa riferimento invece il ricorso del comune (causa C-384/21).

2. – Per illustrare i contenuti della decisione della Corte è opportuno ricostruire la vicenda concreta da cui hanno avuto origine la controversia e poi le questioni pregiudiziali.

La controversia verteva sull'impugnazione di fronte al giudice belga di un provvedimento di annullamento adottato da parte di un'Autorità di vigilanza del governo vallone (*Société Wallone du Logement, SWL*) di una delibera di affidamento diretto di un appalto di servizi di inventario dell'amianto degli edifici avvenuta, secondo l'Autorità, in assenza dei requisiti di un rapporto *in house* tra la società affidante e l'affidataria.

L'affidamento si inseriva nel quadro di un'operazione più complessa.

Un comune belga (*Comunne des Farciennes*) e una società di edilizia residenziale pubblica (*Sambre&Biesme Scrl*), partecipata insieme ad un altro comune dal comune di *Farcennies*, avevano concluso un accordo quadro di contratti comuni per la realizzazione di un eco-quartiere di circa 150 alloggi. Avevano concordato di ricorrere ai servizi di una società cooperativa, persona giuridica di diritto pubblico, (*Igretec, Intercommunale pour la gestion e la réalisation d'études techniques et économiques*) che svolgeva compiti di servizio pubblico in vari settori. La società *Igretec* era partecipata da oltre 70 Comuni, tra cui il Comune di *Farciennes*, e da altri 50 enti pubblici.

Nel quadro del citato accordo quadro per la realizzazione dell'eco-quartiere il Comune affidava direttamente all'*Igretec* i servizi di assistenza al committente, di prestazioni di servizi legali e ambientali, e la società edilizia *Sambre&Biesme*, che aveva intanto acquisito una partecipazione azionaria nella stessa *Igretec*, le affidava direttamente il servizio di inventario relativo all'amianto negli edifici.

La delibera di affidamento diretto da parte della *Sambre&Biesme* veniva però annullata da parte dall'autorità di vigilanza del settore (la *Société Wallone du logement, SWL*) per la mancanza dei requisiti dell'*in house* con l'affidataria *Igretec*.

L'assenza di una relazione *in house* derivava dalla diversa posizione societaria dei Comuni soci della *Igretec* rispetto agli altri enti pubblici, tra i quali c'era la *Sambre&Biesme*. I Comuni soci, che tra le categorie di soci previste dallo statuto appartenevano alla categoria A, esercitavano sull'*Igretec* un controllo analogo congiunto perché, si legge nella sentenza, «i comuni disponevano sempre della maggioranza dei voti, nonché della presidenza dei vari organi di gestione e le decisioni degli organi dell'*Igretec* erano acquisite solo se raccoglievano, oltre alla maggioranza dei voti degli amministratori presenti o rappresentati, la maggioranza dei voti degli amministratori appartenenti ai comuni associati». Gli altri enti pubblici soci (tra cui rientrava la *Sambre&Biesme*) appartenevano ad una delle altre quattro categorie previste dallo statuto, e pur essendo soci, non esercitavano alcuna influenza sulla gestione ed era quindi da escludersi una relazione *in house* tra essi e l'*Igretec*.

L'impugnazione in sede giurisdizionale del provvedimento di annullamento dell'Autorità di vigilanza ha dato luogo alla controversia da cui hanno avuto origine le questioni pregiudiziali.

Nella vicenda giudiziaria, società *Sambre&Biesme* e il Comune di *Farciennes* hanno difeso la legittimità dell'affidamento diretto in cause separate, poi riunite.

La società edilizia *Sambre&Biesme* ha ritenuto di poter ritenere esistente una relazione *in house* con con l'*Igretec* sulla base dell'esistenza di un controllo analogo congiunto esercitato con il Comune di *Farciennes* in virtù di uno specifico

elemento concreto della vicenda, e cioè il fatto che un amministratore della società edilizia *Sambre&Biesme* fosse anche consigliere comunale del Comune di *Farciennes*, e in questa veste membro del consiglio di amministrazione dell'*Igretec*. Questa circostanza secondo la società consentiva di ritenere che la società affidante avesse un proprio rappresentante nella società affidataria come richiesto dall'articolo 12 a proposito del controllo analogo congiunto. Di qui la Corte di Giustizia è stata chiamata a precisare «se l'articolo 12, paragrafo 3, della (...) direttiva [2014/24] debba essere interpretato nel senso che la condizione affinché un'amministrazione aggiudicatrice, nel caso di specie una società di edilizia residenziale pubblica, sia rappresentata all'interno degli organi decisionali della persona giuridica controllata, nella fattispecie una società cooperativa intercomunale, sia soddisfatta per il solo fatto che una persona facente parte del consiglio di amministrazione di tale società cooperativa intercomunale nella sua qualità di consigliere comunale di un'altra amministrazione aggiudicatrice, nella fattispecie un comune, si trovi, a causa di circostanze esclusivamente di fatto e senza garanzia giuridica di rappresentanza, ad essere anche amministratore della società di edilizia residenziale pubblica, laddove il comune è socio (non esclusivo) sia dell'entità controllata (società cooperativa intercomunale) sia della società di edilizia residenziale pubblica».

Il Comune di *Farciennes* ha invece fatto leva su un differente inquadramento della vicenda, facendo riferimento principalmente all'istituto della collaborazione tra amministrazioni aggiudicatrici (c.d. collaborazione orizzontale).

Secondo il Comune la vicenda concreta poteva essere riferita ad un'ipotesi di cooperazione orizzontale perché la convenzione tra le parti coinvolte sarebbe stata volta a conseguire obiettivi comuni nel quadro di una collaborazione che secondo il Comune di *Farciennes* e la *Sambre&Biesme* era finalizzata ad adempiere il programma di realizzazione dell'eco-quartiere e, secondo l'*Igretec*, a svolgere la sua funzione a beneficio dei suoi associati, consistente nel contribuire ai loro progetti. Secondo il Comune, inoltre, nonostante l'affidamento all'*Igretec*, soggetto formalmente distinto dal Comune, in realtà la cooperazione si svolgerebbe comunque tra il Comune di *Farciennes* e la società *Sambre&Biesme*, perché in virtù della relazione in house con il Comune, l'affidamento all'*Igretec* si sostanzierebbe in un affidamento ad una sua partizione organizzativa, e quindi l'attività continuerebbe ad essere riferita ad una cooperazione tra il Comune e la società affidante. Di conseguenza anche per questa via ci si dovrebbe riferire ad una cooperazione orizzontale tra amministrazioni di cui all'art. 12, paragrafo 4 della direttiva, e non sarebbe quindi necessaria una gara. (Il ragionamento del Comune è sintetizzato nelle conclusioni dell'Avvocato generale Manuel Campos Sanchez-Bordona del 9.06.2022 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62021CC0383>)).

La Corte di Giustizia è chiamata quindi a precisare se «l'articolo 12, paragrafo 4, della (...) direttiva [2014/24] debba essere interpretato nel senso che esso consente di affidare, senza previa gara d'appalto, a un'amministrazione aggiudicatrice, in questo caso una società cooperativa intercomunale, compiti relativi all'assistenza al committente, alla prestazione di servizi legali e ambientali, in circostanze in cui tali compiti fanno parte di una cooperazione tra altre due amministrazioni aggiudicatrici, nel caso di specie un comune e una società di edilizia residenziale pubblica, in circostanze nelle quali non è contestato che il comune eserciti un controllo "in house congiunto" sulla società cooperativa intercomunale e che il comune e la società di edilizia residenziale pubblica siano soci della società cooperativa intercomunale nel settore "studio di progettazione e di gestione e centrale acquisti" del suo oggetto sociale, che riguarda precisamente i compiti che intendono affidarle, compiti che corrispondono alle attività svolte sul

mercato da studi di progettazione e di gestione specializzati nella progettazione, esecuzione e realizzazione di progetti».

3. – Prima di illustrare le risposte alle due questioni poste, va precisato la Corte di Giustizia è stata sollecitata preliminarmente a precisare da parte del giudice *a quo* (il Conseil d'Etat belga), se l'art. 12, paragrafi 3 e 4 della direttiva 2014/24 fossero o meno applicabili al caso concreto.

La vicenda infatti si era svolta in un periodo nel quale il legislatore belga non aveva ancora dato attuazione alla direttiva citata. Nell'ordinamento belga, infatti, la direttiva 2014/247EU è stata attuata oltre il termine dei due anni previsto per la sua attuazione dalla stessa direttiva (come noto, il 18 aprile 2016). La legge belga di recepimento è stata infatti approvata il 17 giugno del 2017 ed è entrata in vigore dal 30 giugno 2017. La convenzione quadro tra il comune belga e la società di edilizia residenziale era stata conclusa nel 2015 e l'affidamento diretto dell'appalto di servizio, in ipotesi illegittimo, era del febbraio del 2017. I fatti di causa risalivano dunque ad un periodo antecedente alla formale attuazione della direttiva europea da parte del legislatore belga, avvenuta peraltro oltre il termine previsto per la sua attuazione, e pertanto la Corte di Giustizia definisce preliminarmente la questione della diretta applicabilità o meno dell'articolo 12, paragrafi 3 e 4 della direttiva nell'ordinamento nazionale, e quindi al caso concreto.

La Corte di Giustizia non si discosta dalla sua consolidata giurisprudenza sull'effetto diretto delle direttive, e in particolare di quelle non recepite entro il termine o non recepite in modo corretto. La giurisprudenza europea, come noto, individua chi può invocare tale effetto diretto e a quali condizioni. L'assetto delineato dalla giurisprudenza della Corte è sintetizzabile in questi termini. Innanzitutto, in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva si presentano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, si riconosce ai singoli di poterle far valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, qualora esso abbia omesso di trasporre la direttiva in diritto nazionale entro i termini, o qualora l'abbia recepita in modo non corretto.

La disposizione è "incondizionata" se sancisce un obbligo non soggetto ad alcuna condizione, né subordinato, per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti, all'emanazione di alcun atto da parte delle istituzioni dell'Unione o degli Stati membri. È invece "sufficientemente precisa" per poter essere invocata da un singolo ed applicata dal giudice se sancisce un obbligo in termini non equivoci. Inoltre, «anche se una direttiva lascia agli Stati membri un certo margine di discrezionalità per l'adozione delle modalità della sua attuazione, una disposizione di una simile direttiva può essere considerata di carattere incondizionato e preciso se addossa agli Stati membri, in termini non equivoci, un'obbligazione di risultato precisa e assolutamente incondizionata quanto all'applicazione della regola da essa enunciata (...)» (così Corte di giustizia 8 marzo 2022, C-205/20, NE, Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld; si vedano anche CGUE, 14 gennaio 2021, C-387/19, RTS infra e Aannemingsbedrijf Norré-Behaeghe, e CGUE 30 aprile 2020 C- 584/18, Blu Air- Airlines Management Solutions).

Il Governo belga e la Commissione avevano sostenuto che l'articolo 12 paragrafi 3 e 4 della direttiva non soddisfacesse le condizioni per produrre l'effetto diretto, da un lato perché le amministrazioni aggiudicatrici e gli organismi di diritto pubblico non sono "privati" beneficiari di diritti che potrebbero far valere contro lo Stato; dall'altro perché le disposizioni non prevedono un obbligo di fare o di non fare a carico dello Stato a favore di operatori economici. Questa posizione è condivisa nelle conclusioni dell'avvocato generale citate in precedenza (punto 39), il quale tuttavia invita la Corte a ragionare invece sulla "vincolatività" per le autorità pubbliche" della direttiva (punto 43). Secondo l'Avvocato generale (punto

42), infatti, l'assoggettamento dei soggetti pubblici all'articolo 12 paragrafi 3 e 4, prima dell'attuazione formale nell'ordinamento nazionale, «non deriva da un eventuale effetto diretto di tali disposizioni, ma dall'obbligo incombente su tutte le autorità statali di conformarsi alle disposizioni della direttiva (art. 288, terzo comma TFUE), nonché di cooperare lealmente e di assicurare la piena esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni (art. 4 paragrafo 3, TUE)».

La Corte accogliendo l'impostazione dell'avvocato generale riconosce il carattere "incondizionato" e "sufficientemente" preciso dell'articolo 12, paragrafi 3 e 4 e la sua vincolatività per i soggetti pubblici coinvolti nella vicenda. Se è vero quindi che le amministrazioni aggiudicatrici non sono assimilabili a "privati" beneficiari di diritto da far valere contro lo Stato, e analogamente, che gli organi comunali nelle loro relazioni con gli organi statali non sono "singoli" che beneficiano dell'effetto diretto, è altrettanto vero che sono anche essi destinatari dell'obbligo di applicazione di norme incondizionate e sufficientemente precise (si veda CGUE, 12 dicembre 2014, C-425/12, Portgas), le quali infatti «possono essere invocate dagli amministratori non solo nei confronti dello Stato membro e di tutti gli stati i suoi organi, ma anche nei confronti di organismi ed entità, anche se disciplinati dal diritto privato che sono soggetti all'autorità o al controllo di un autorità pubblica o che sono stati incaricati da uno Stato membro di svolgere un compito di interesse pubblico e che, al tal fine dispongono di poteri eccezionali rispetto a quelli derivanti dalle norme applicabili nei rapporti tra privati». Poiché la controversia portata all'attenzione della Corte intorno all'applicazione dell'art. 12 coinvolge soggetti tutti pubblici e tenuti al rispetto della direttiva 2014/24, ne deriva secondo la Corte la conseguenza che i soggetti coinvolti (il Comune e la società pubblica di edilizia residenziale) avrebbero potuto avvalersi delle disposizioni dell'art. 12 paragrafi 3 e 4 della direttiva, in quanto incondizionate e sufficientemente precise, applicandole così al caso concreto che le coinvolgeva.

Il carattere incondizionato dell'articolo 12 era stato messo inoltre in discussione partendo anche dalla considerazione che l'articolo 12 prevede un ambito di esclusione dall'applicazione della direttiva, ma non lo impone agli Stati Membri che rimangono liberi di scegliere tra il consentire o meno nell'ordinamento nazionale l'affidamento diretto in presenza dei presupposti previsti dall'articolo 12. L'obiezione era allora di ritenere che in assenza della normativa nazionale di attuazione non poteva dirsi direttamente applicabile l'art. 12 e quindi che i ricorrenti non avrebbero potuto invocare l'ambito di esclusione previsto dalla disposizione. In realtà la facoltà di scelta a livello nazionale riguarda solo l'*an* della previsione del regime di esclusione dall'applicazione della direttiva, e non il contenuto dei requisiti in presenza dei quali opera l'esclusione. Di conseguenza, la necessità di recepimento ha un effetto pratico solo nel caso in cui a livello nazionale si voglia obbligare sempre allo svolgimento delle gare, non prevedendo l'ambito di esclusione consentito dalla direttiva. Invece, i requisiti in presenza dei quali poter procedere ad un affidamento diretto non potrebbero che essere gli stessi tanto in caso di conferma da parte del legislatore nazionale dell'ambito di esclusione previsto dall'articolo 12, tanto in caso di mancata attuazione dell'articolo. Con ciò confermandosi la diretta applicabilità dell'art. 12, paragrafi 3 e 4, in mancanza di una sua formale attuazione, tanto nel caso si fosse cercato di realizzare un affidamento diretto in assenza dei requisiti previsti per l'*in house* o per la cooperazione orizzontale, tanto nel caso si fosse cercato realizzarlo in presenza invece di quei requisiti.

4. – Risolta la questione della diretta applicabilità dell'articolo 12, paragrafi 3 e 4 della direttiva, l'attenzione della Corte di Giustizia si sposta sulle questioni pregiudiziali illustrate in precedenza vertenti sulla relativa interpretazione, e in

particolare sulla riconducibilità dell'affidamento diretto dell'appalto di servizio inventario degli edifici avvenuto nel caso concreto, ad un'ipotesi di affidamento in house (art. 12, paragrafo 3), oppure ad un'ipotesi di collaborazioni tra amministrazioni aggiudicatrici (art. 12, paragrafo 4).

Con riguardo alla configurazione in termini di relazione *in house* dell'affidamento all'*Igretec* del servizio di inventario amianto degli immobili da parte della società *Sambre&Biesme*, la Corte esclude che nel caso concreto sia configurabile il presupposto del controllo analogo da parte della *Sambre&Biesme* sull'*Igretec* esercitato congiuntamente al Comune di *Farciennes*, perché il Comune esercitava il controllo analogo sull'*Igretec* congiuntamente agli altri comuni soci, ma non insieme alla società affidante *Sambre&Biesme*, anch'essa a sua volta socia dell'*Igretec*, ma appartenente ad un gruppo di soci che non risultavano avere poteri di influenza della gestione. La Corte non ritiene sufficiente per affermare l'esistenza del controllo congiunto che un amministratore della *Sambre&Biesme* fosse anche consigliere comunale del Comune di *Farciennes*, e in questa veste componente del consiglio di amministrazione dell'*Igretec*, non invece quale rappresentante della *Sambre&Biesme*.

La Corte evidenzia che la norma «richiede che un'amministrazione aggiudicatrice che eserciti un controllo congiunto su una persona giuridica disponga di un membro che agisca in qualità di rappresentante di tale amministrazione aggiudicatrice negli organi decisionali di tale persona giuridica, potendo tale membro eventualmente rappresentare anche altre amministrazioni aggiudicatrici» (punto 57).

Ciò è funzionale al fatto che mediante il proprio rappresentante l'amministrazione aggiudicatrice affidante esercita insieme alle altre amministrazioni un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici, sia sulle decisioni importanti dell'ente affidatario, ed è perciò in grado di condizionarne la gestione. Secondo la Corte non si può ritenere che «un'amministrazione aggiudicatrice utilizzi le proprie risorse e agisca autonomamente quando non è in grado di intervenire negli organi decisionali della persona giuridica alla quale è aggiudicato l'appalto pubblico mediante un rappresentante che agisce in nome dell'amministrazione aggiudicatrice medesima, nonché, eventualmente in nome di altre amministrazioni aggiudicatrici e, di conseguenza, l'espressione dei suoi interessi all'interno di tali organi decisionali è subordinata al fatto che detti interessi siano comuni a quelli che le altre amministrazioni aggiudicatrici vi fanno valere mediante i propri rappresentanti in seno a tali organi» (punto 73).

Oltre a far parte di una categoria di soci cui lo statuto riserva un ruolo marginale in ordine alle decisioni dell'ente, la circostanza che un proprio amministratore sia anche componente del consiglio di amministrazione dell'*Igretec* non è dovuta all'esigenza di rappresentare i suoi interessi in senso all'*Igretec*, ma più semplicemente al contestuale incarico ricoperto di consigliere comunale del Comune di *Farciennes*. È quindi in qualità di rappresentante del comune socio (peraltro socio di categoria A, insieme agli altri comuni partecipanti, cui lo statuto riserva rilevanti poteri di condizionamento della gestione), che l'amministratore della *Sambre&Biesme* è anche consigliere di amministrazione di *Igretec*, ma ciò non in quanto rappresentante degli interessi della prima. Ai fini dell'esistenza del controllo congiunto, il requisito della presenza di un rappresentante dell'amministrazione aggiudicatrice partecipante negli organi decisionali della persona giuridica controllata (art. 12, paragrafo 3, secondo comma, lett. i) non poteva considerarsi soddisfatto perché si era di fronte ad un cumulo di cariche del tutto eventuale, le cui diverse finalità, peraltro non erano idonee a determinare in capo alla *Sambre&Biesme* un potere di condizionare o determinare la gestione dell'*Igretec*. Non essendo individuabile in concreto un'influenza determinante sulla gestione, sia pur esercitata congiuntamente ad altri soci, va esclusa, secondo

la Corte, la presenza di un rapporto *in house* tra la *Sambre&Biesme* e l'*Igretec*. La Corte dunque conclude che «l'articolo 12, paragrafo 3, secondo comma, lett. i) della direttiva 2014/24/EU deve essere interpretato nel senso che, al fine di stabilire se un'amministrazione aggiudicatrice esercita, congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici, un controllo sulla persona giuridica aggiudicataria analogo a quello che esse esercitano sui propri servizi, il requisito previsto da tale disposizione, attinente al fatto un'amministrazione aggiudicatrice sia rappresentata presso gli organi decisionali della persona giuridica controllata, non è soddisfatto per il solo motivo che fa parte del consiglio di amministrazione di detta persona giuridica il rappresentante di un'altra amministrazione aggiudicatrice che fa egualmente parte del consiglio di amministrazione della prima amministrazione aggiudicatrice» (punto 75).

La Corte di Giustizia risponde anche con riguardo all'altra questione pregiudiziale relativa all'esistenza dei presupposti, nel caso concreto, di una collaborazione orizzontale tra amministrazioni.

Sulla base della sua precedente giurisprudenza in materia di collaborazione tra amministrazioni, evidenzia che la collaborazione deve portare al conseguimento di obiettivi comuni a tutte le amministrazioni aggiudicatrici. Una dimensione collaborativa è invece assente in una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico sottoposto alle norme della direttiva (CGUE, 4 giugno 2020, C-419/2019, *Remondis*).

La Corte sottolinea che l'obiettivo comune manca "quando una delle amministrazioni aggiudicatrici non cerchi di conseguire obiettivi che condividerebbe con le altre amministrazioni aggiudicatrici, ma si limiti a contribuire alla realizzazione di obiettivi che solo queste altre amministrazioni aggiudicatrici hanno in comune" (punto 84). Un'operazione che si sostanzia unicamente nell'acquisizione di una prestazione a fronte del versamento di una remunerazione non può essere contemplato nel regime di esclusione previsto dall'art. 12 paragrafo 4 della direttiva. È ciò che accade nel caso concreto secondo la Corte, che condivide sul punto le conclusioni dell'avvocato generale citate in precedenza. La Corte sottolinea che «anche se l'esercizio dei suoi compiti da parte dell'*Igretec* rientra nell'ambito della cooperazione tra la *SLSP Sambre&Biesme* e il Comune di *Farciennes* al fine di assisterli nella realizzazione del loro progetto comune di creazione di un ecoquartiere a *Farciennes*, resta il fatto che tale realizzazione non costituisce di per sé un obiettivo perseguito dall'*Igretec*».

Sulla base delle indicate considerazioni la Corte conclude che «l'articolo 12, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non è escluso dall'ambito di applicazione di tale direttiva un appalto pubblico con il quale sono affidati a un'amministrazione aggiudicatrice compiti di servizio pubblico che si inseriscono nell'ambito di un rapporto di cooperazione tra altre amministrazioni aggiudicatrici, quando, con l'adempimento di tali compiti, l'amministrazione aggiudicatrice a cui tali compiti sono stati affidati non intenda conseguire obiettivi che condividerebbe con le altre amministrazioni aggiudicatrici, ma si limiti a contribuire alla realizzazione di obiettivi che solo queste altre amministrazioni aggiudicatrici hanno in comune».

Anche se non oggetto della questione pregiudiziale, è opportuno dare conto dell'ulteriore prospettazione operata dal Comune di *Farciennes*, ma non condivisa già dal giudice del rinvio, secondo cui in virtù del rapporto *in house* tra il Comune di *Farciennes* e l'*Igretec*, l'affidamento fatto a quest'ultima sarebbe un affidamento ad una partizione organizzativa del Comune stesso, e quindi ciò consentirebbe di ricondurre l'operazione nel quadro di una cooperazione del Comune con la società affidante *Sambre&Biesme*. È utile dare conto dell'argomentazione del Comune, anche se non affrontata direttamente dalla Corte, per la sovrapposizione che ne

deriva tra cooperazione orizzontale tra amministrazioni aggiudicatrici e alcune tipologie di *in house*.

Il Comune, facendo leva sul fatto che anche la *Sambre&Biesme* è una sua società *in house*, sembra richiamare l'istituto dell'*in house* c.d. orizzontale e quello dell'*in house* c.d. invertito, che sono previsti con riguardo all'*in house* in cui il controllo analogo è esercitato unitariamente da un solo ente. Come noto, l'*in house* c.d. orizzontale si ha quando un soggetto *in house* affida direttamente un appalto ad un altro soggetto con cui non ha un rapporto di controllo, ma che invece è a sua volta organismo *in house* dell'ente suo controllante. L'*in house* invertito si ha invece nel caso di affidamento da parte dell'ente controllato all'ente controllante. In entrambe le ipotesi, tanto se il soggetto controllato affida al controllante, tanto se un soggetto controllato affida ad un altro soggetto controllato dello stesso ente, l'affidamento si risolve in un operazione interna.

Si tratta però di ipotesi previste dall'articolo 12 paragrafo 2 a proposito dei presupposti del "controllo analogo" unitario, che però non sono ripetute nel paragrafo 3 dell'articolo 12 che riguarda invece i presupposti del "controllo analogo congiunto". Pertanto l'*in house* c.d. orizzontale riguarda il caso di affidamento diretto tra enti entrambi controllati unitariamente dalla stessa amministrazione. Lo stesso vale per l'*in house* c.d. invertito.

Ciò non si verifica nel caso concreto, perché il controllo analogo che il Comune di *Farciennes* svolge sull'ente affidatario *Igretec* non è esclusivo ma si tratta di un controllo congiunto con altri comuni, così come il controllo che esercita sulla *Sambre&Biesme*, che è condiviso con un comune vicino.

Si tratta di un elemento, che non riguarda direttamente le questioni pregiudiziali sollevate, ma che è considerato dalla Corte nella parte della sentenza in cui ricostruisce la vicenda, e che porta ad escludere che nella vicenda concreta si potesse ipotizzare un rapporto *in house* di tipo c.d. orizzontale, o di tipo invertito sulla base del fatto che sia la *Sambre&Biesme* (affidante), sia l'*Igretec* (affidataria), fossero entrambe società *in house* del Comune.

5. – La Corte di Giustizia nella sentenza in commento non assume rispetto al passato posizioni particolarmente innovative in ognuna delle questioni pregiudiziali trattate. Con riguardo all'immediata applicabilità dell'articolo 12, paragrafo 3 e 4 della direttiva 2014/24, non attuata tempestivamente nell'ordinamento belga, la Corte ricava l'applicabilità della norma europea fin dal momento della sua emanazione dal carattere incondizionato e sufficientemente preciso della disposizione della direttiva e dalla sua vincolatività per i soggetti pubblici coinvolti vicenda chiamati ad applicarla, secondo principi consolidati nella giurisprudenza della Corte. Con riguardo alla configurabilità o meno di un rapporto *in house* sulla base di un controllo analogo esercitato congiuntamente dalla Comune e dalla società di edilizia residenziale sul soggetto affidatario *Igretec*, la Corte segue la consolidata impostazione che richiede di verificare in concreto (analizzando aspetti specifici, quali statuti, patti parasociali, poteri di direttiva, organi appositi, ecc.) l'assetto dei poteri gestionali dell'ente affidatario, per verificare se la gestione può dirsi ancora in capo ai suoi amministratori, o se invece è condizionata o determinata in concreto dall'ente controllante (o dagli enti in caso di controllo congiunto). La Corte verifica in concreto l'assetto dei poteri gestionali e, anche se un amministratore del soggetto affidante (*Sambre&Biesme*) era anche membro del consiglio di amministratore del soggetto affidatario (*Igretec*), non ritiene ciò sufficiente a soddisfare il requisito previsto dall'art. 12, paragrafo 3 comma 2 lett. i) della presenza di un rappresentante del soggetto controllante negli organi di gestione del soggetto controllato, perché l'amministratore del soggetto affidante riveste la carica di consigliere di amministrazione del soggetto affidatario quale rappresentante di una diversa

amministrazione. Peraltro di fronte alla necessità di una verifica in concreto dell'assetto dei poteri gestionali la stessa Corte si premura di far salva la verifica da parte del giudice del rinvio e di precisare che la conclusione è tratta sulla base degli elementi forniti alla Corte. Anche con riguardo alla ulteriore questione pregiudiziale relativa all'art. 12, paragrafo 4, in ordine alla riferibilità dell'operazione ad un'ipotesi di collaborazione orizzontale tra amministrazioni, la Corte non si discosta dalla sua consolidata giurisprudenza che sottolinea la necessità di una comunanza di interessi che si esprima in un'autentica cooperazione che non individua nella vicenda concreta.

Danilo Pappano
Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali
Università della Calabria
danilo.pappano@unical.it