

IN HOUSE PROVIDING (prevalenza delle attività - gestione del ciclo integrato dei rifiuti urbani - affidamento del servizio)

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, NONA SEZIONE, sentenza dell'8 dicembre 2016, nella causa C-555/15, *Undis Servizi*.

La sentenza che si segnala ha ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale avanzata dal nostro Consiglio di Stato alla Corte di giustizia in ordine all'interpretazione del requisito della prevalenza delle attività per l'affidamento diretto secondo lo schema dell'*in house providing*.

La vertenza innanzi al giudice nazionale trae origine dal giudizio promosso dalla Undis Servizi S.r.l. (in prosieguo: la « Undis »), che aveva impugnato l'affidamento diretto del servizio di gestione del ciclo integrato dei rifiuti urbani da parte del Comune di Sulmona alla Cogesa S.p.A., società a capitale interamente pubblico partecipata da vari comuni della Regione Abruzzo, tra cui lo stesso comune di Sulmona.

Per quanto qui interessa, le argomentazioni della Undis si fondavano sul rilievo per cui, dai bilanci della Cogesa per gli anni precedenti all'affidamento in questione, l'attività di quest'ultima con gli enti territoriali soci avrebbe rappresentato soltanto il 50% dell'attività complessiva. Secondo l'analisi di Undis, difatti, il calcolo volto a determinare la sussistenza, o meno, del requisito della prevalenza delle attività, era stato nella specie svolto includendo attività svolte da tale società a favore di comuni non soci. In particolare, il calcolo risultava essere stato condotto senza tener in debito conto dell'incidenza delle mansioni svolte su indicazione dell'amministrazione regionale, non socia, a favore di Comuni a loro volta non soci.

In relazione a tale fattispecie, il Consiglio di Stato sottopone alla Corte due questioni pregiudiziali. In primo luogo, domanda se tra le attività svolte a favore dell'ente controllante si debbano comprendere anche le attività imposte a detto ente da un'amministrazione pubblica non socia a favore di enti territoriali a loro volta non soci di detto ente e che non esercitino su di esso alcun controllo. In secondo luogo, il Consiglio di Stato domanda se, per il calcolo della prevalenza delle attività, occorra prendere in considerazione anche l'attività che l'ente affidatario *in house* abbia svolto per gli enti territoriali che siano suoi soci e che esercitino su di esso, congiuntamente, un controllo analogo prima che divenisse effettivo tale controllo congiunto.

Giova sin d'ora sottolineare che i fatti oggetto del procedimento principale si sono verificati prima del termine per il recepimento della Direttiva 2014/24/UE (fissato al 18 aprile 2016). La Corte ha perciò escluso, *ratione temporis*, di poter tener conto di tale nuova disciplina nell'esaminare le questioni pregiudiziali sottoposte, come aveva invece ipotizzato nell'ordinanza di rinvio il Consiglio di Stato. La decisione della Corte è stata quindi fondata esclusivamente sulla Direttiva 2004/18/UE, come interpretata dalla giurisprudenza della Corte stessa. La soluzione proposta dalla Corte, cionondimeno, può essere utile a verificare se la nuova disciplina di cui all'articolo 12, paragrafo 2, della Direttiva 2014/24/UE possa portare, o meno, ad un maggior numero di affidamenti sotto lo specifico profilo qui analizzato.

In relazione alla prima questione pregiudiziale la Corte richiama anzitutto, come già aveva fatto il Consiglio di Stato nell'ordinanza di rinvio, la propria giurisprudenza sulla base della quale, per calcolare il requisito della prevalenza delle attività, « occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni » [C-340/04, *Carbotermo e Consorzio Alisei*, p. 65].

La Corte afferma dunque che, in base alla giurisprudenza *Carbotermo*, « qualsiasi attività dell'ente affidatario che sia rivolta a persone diverse da quelle che lo

controllano, ossia a persone che non hanno alcuna relazione di controllo con tale ente, quand'anche si trattasse di amministrazioni pubbliche, deve essere considerata come svolta a favore di terzi » [p. 34].

Sulla base di tale principio, nel caso di specie la Corte conclude che « gli enti territoriali che non sono soci della Cogesa devono essere considerati terzi » in quanto « non sussiste alcuna relazione di controllo tra tali enti e tale società, cosicché manca il legame interno particolare tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'ente affidatario che giustifica, secondo la giurisprudenza della Corte, l'eccezione relativa agli affidamenti detti "in house" » [p. 35].

Sulla seconda questione la Corte richiama ancora la propria precedente pronuncia nel caso *Carbotermo*, al punto in cui ha chiarito che « per valutare il requisito dello svolgimento dell'attività prevalente, il giudice nazionale deve prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative » [*Carbotermo e Consorzio Alisei*, punti 63 e 64].

Conformemente al ruolo ricoperto dalla Corte in sede di rinvio pregiudiziale, i Giudici europei si limitano perciò ad indicare al Consiglio di Stato che « al fine di stabilire se l'ente affidatario svolga l'attività prevalente per gli enti territoriali che siano suoi soci e che esercitino su di esso, congiuntamente, un controllo analogo a quello esercitato sui loro stessi servizi, occorre tener conto di tutte le circostanze del caso di specie, tra le quali, all'occorrenza, l'attività che il medesimo ente affidatario abbia svolto per detti enti territoriali prima che divenisse effettivo tale controllo congiunto » [p. 42].

Così risolte le questioni pregiudiziali sottoposte dal Consiglio di Stato alla Corte di giustizia, si può dunque tentare di verificare se le nuove Direttive che hanno per la prima volta codificato l'*in house providing* possano portare ad un diverso inquadramento della fattispecie.

Come si ricorderà, l'*in house* è stato di recente codificato dal legislatore europeo. Con disciplina sostanzialmente analoga, si ritrovano le condizioni di applicabilità dell'eccezione *de qua* agli articoli 17, 12 e 28 rispettivamente della nuova Direttiva del 26 febbraio 2014 n. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, e delle correlate Direttive in pari data n. 2014/24/UE (Direttiva appalti ordinari), e n. 2014/25/UE (Direttiva settori speciali), sulle quali, per una più approfondita analisi delle novità in tema di *in house*, si rinvia alle considerazioni già svolte in questa *Rivista* [G. CARULLO, *Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di in house, anche in prospettiva dei corrispondenti limiti nazionali per le società strumentali*, 5, 2014].

Anzitutto va rilevato che il terzo paragrafo, lettera *b*, dell'articolo 12, Direttiva 2014/24/UE prescrive espressamente che, laddove più enti esercitino un controllo analogo su un ente, il requisito della prevalenza delle attività è integrato solo laddove almeno l'80% delle attività sia « nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui trattasi ». Il che dunque non pare ampliare le modalità con cui possa essere integrato il requisito in esame in relazione alla fattispecie *de qua*.

Né pare possano portare ad un'interpretazione estensiva del requisito dell'80% le ulteriori previsioni di cui al citato articolo 12. Con tali disposizioni il legislatore europeo ha ammesso un controllo "indiretto" [paragrafo 1, ultimo periodo], ovvero modalità di affidamento *in house* di tipo orizzontale ed inverso [paragrafo 2]. Nel

fare ciò, tuttavia, sono state poste condizioni che parrebbero escludere la possibilità di estendere ad enti non soci il calcolo della prevalenza delle attività, e ciò, oltre che per il profilo temporale evidenziato dalla Corte, anche per questioni sostanziali.

In primo luogo tutte e tre queste figure presuppongono che tutti i soggetti coinvolti siano parte del rapporto *in house* e che, quindi, siano soddisfatti i relativi requisiti da parte di tutti gli enti coinvolti. In secondo luogo nella specie si trattava di un rapporto *in house* c.d. pluripartecipato [di cui al suddetto paragrafo 3]. Quest'ultimo, come si è visto, ha trovato posto nelle nuove Direttive in previsioni specifiche, tra le quali non figurano disposizioni che consentano un controllo indiretto, ovvero affidamenti orizzontali od inversi.

Non resta dunque che attendere il giudizio del Consiglio di Stato per verificare come quest'ultimo recepirà le indicazioni fornite dalla Corte di giustizia.

GHERARDO CARULLO