



Affidamento dei servizi di Pulizia dei giardini dei plessi scolastici, Gestione del ciclo dei rifiuti e igiene urbana, Gestione servizi cimiteriali, Manutenzione del verde pubblico e dell'arredo urbano, Gestione parcheggi comunali alla Società Cernusco Verde S.r.L. Ricognizione affidamenti e relazione di conformità ai requisiti dell'ordinamento europeo (Articolo 34, commi 20 e 21 del decreto legge n. 179 del 18 ottobre 2012 "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese", convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221)

La presente relazione è finalizzata ad evidenziare le ragioni ed il rispetto della sussistenza dei requisiti previsti dalla disciplina comunitaria in relazione all'affidamento diretto, da parte del Comune di Cernusco sul Naviglio, dei servizi di Igiene urbana e pulizia giardini ed aree esterne plessi scolastici comunali, Gestione servizi cimiteriali, Manutenzione del verde pubblico e dell'arredo urbano, Gestione parcheggi comunali, secondo il modello dell'*in house providing*, nel rispetto di quanto previsto dai commi 20 e 21 del decreto legge n. 179 del 18 ottobre 2012, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, che di seguito si riportano:

"20. Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste.

21. Gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20. Per gli affidamenti in cui non è prevista una data di scadenza gli enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento. Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013."



Servizi affidati in house

Attualmente risultano affidati in house i seguenti servizi

Affidatario	
Ragione sociale:	CERNUSCO VERDE SRL
Sede:	via P.Neruda 1/A 20063 Cernusco sul Naviglio (Mi)
Codice fiscale:	12904930158
Capitale sociale (euro):	980.000 euro i.v
Quota del capitale di proprietà dell'ente	100%
Oggetto dell'affidamento:	SERVIZI DI PULIZIA DEI GIARDINI DEI PLESSI SCOLASTICI
Valore del contratto d'affidamento:	27.137,21 euro (Iva compresa) PEF 2013
Durata del contratto d'affidamento:	9 anni. Contratto efficace dal 01/01/2006

Affidatario	
Ragione sociale:	CERNUSCO VERDE SRL
Sede:	via P.Neruda 1/A 20063 Cernusco sul Naviglio (Mi)
Codice fiscale:	12904930158
Capitale sociale (euro):	980.000 euro i.v
Quota del capitale di proprietà dell'ente	100%
Oggetto dell'affidamento:	GESTIONE DEL CICLO DEI RIFIUTI E IGIENE URBANA
Valore del contratto d'affidamento:	3.902.960,00 euro (Iva compresa) PEF 2013
Durata del contratto d'affidamento:	9 anni. Contratto efficace dal 01/01/2006

Affidatario	
Ragione sociale:	Cernusco Verde s.r.l.
Sede:	via Neruda 1/A 20063 Cernusco s/n (MI)
Codice fiscale:	12904930158
Capitale sociale (euro):	980.000,00.= €.
Quota del capitale di proprietà dell'ente	100%
Oggetto dell'affidamento:	MANUTENZIONE DEL VERDE PUBBLICO E DELL'ARREDO URBANO A CERNUSCO S/N –
Valore del contratto d'affidamento:	€ 795.000,00.= annui oltre IVA e adeguamenti



	contrattuali ISTAT
Durata del contratto d'affidamento:	Prorogato sino al 31.10.2014

Affidatario	
Ragione sociale:	Cernusco Verde s.r.l.
Sede:	via Neruda 1/A 20063 Cernusco s/n (MI)
Codice fiscale:	12904930158
Capitale sociale (euro):	980.000,00.= €.
Quota del capitale di proprietà dell'ente	100%
Oggetto dell'affidamento:	GESTIONE DEI SERVIZI CIMITERIALI DEL COMUNE DI CERNUSCO SUL NAVIGLIO
Valore del contratto d'affidamento:	dal 01.01.2014 al 30.06.2014 €.114.256,62 (IVA di legge inclusa)
Durata del contratto d'affidamento:	Prorogato sino al 30.06.2014

Affidatario	
Ragione sociale:	Cernusco Verde s.r.l.
Sede:	via Neruda 1/A 20063 Cernusco s/n (MI)
Codice fiscale:	12904930158
Capitale sociale (euro):	980.000,00.= €.
Quota del capitale di proprietà dell'ente	100%
Oggetto dell'affidamento:	SERVIZIO GESTIONE PARCHEGGI COMUNALI
Valore del contratto d'affidamento:	variabile corrispondente al 10% del riscosso (circa €35.000,00 annui a favore del Comune di Cernusco sul Naviglio)
Durata del contratto d'affidamento:	Prorogato sino al 30.06.2014



Sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per l'affidamento diretto *in house* dei servizi.

1.1 L'*in house providing*.

L'espressione *in house providing* (usata per la prima volta in sede comunitaria nel Libro Bianco sugli appalti del 1998) identifica il fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione. L'autoproduzione consiste nell'acquisire un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a "terzi" tramite gara (così detta esternalizzazione) e dunque al mercato.

In ragione del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività", l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa: non è, pertanto, necessario che l'amministrazione ponga in essere procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti.

In altri termini, il giudice comunitario ha statuito che in presenza dei requisiti del c.d. controllo analogo e della realizzazione della parte più importante della propria attività nei confronti dell'ente pubblico controllante, un soggetto di diritto privato, seppure giuridicamente distinto dalla Pubblica Amministrazione, non può essere considerato un organismo terzo rispetto a questa.

Manca, dunque, quell'incontro di volontà tra due soggetti in grado di instaurare tra loro un vero e proprio vincolo contrattuale e, di conseguenza, l'Amministrazione aggiudicatrice può prescindere dall'applicazione della normativa in materia di contratti pubblici.

1.2 Riferimenti normativi comunitari.

Il quadro normativo comunitario, fondandosi sul principio istitutivo del mercato unico europeo, pone in una posizione di maggior favore le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica che si basano sulla promozione e sulla tutela della concorrenza, in tal senso laddove un'amministrazione pubblica ricorresse all'affidamento di un servizio ad un soggetto terzo mediante espletamento di procedure ad evidenza pubblica, risulterebbe certamente coerente con il quadro normativo comunitario; proprio in tale contesto, tuttavia, è emersa la possibilità di prevedere affidamenti diretti nei confronti di soggetti terzi totalmente partecipati da amministrazioni pubbliche ed assoggettati al loro stretto controllo (c.d. affidamento *in house providing*), ovvero la soluzione gestionale che il Comune di Cernusco sul Naviglio ha inteso perseguire.

Si riportano, di seguito, i principali riferimenti normativi comunitari.

- Articolo 106- Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea
 - 1. *Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi.*
 - 2. *Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione.*



- 3. *La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni.*
- Riferimenti contenuti nel Libro Verde della Commissione del 21 maggio 2003 sui servizi di interesse generale (pubblicato sulla Gazzetta ufficiale C76 del 25/03/2004)
 - 79. *Per quanto riguarda l'organizzazione della fornitura di un servizio di interesse economico generale, gli Stati membri sono liberi di stabilire le modalità di gestione, sempre nel rispetto delle norme comunitarie. In ogni caso, il grado di apertura del mercato e la concorrenza in un determinato servizio di interesse economico generale è deciso dalle pertinenti norme comunitarie sul mercato interno e sulla concorrenza. Per quanto riguarda la partecipazione dello stato nella fornitura di servizi di interesse generale, spetta alle autorità pubbliche decidere se fornire questi servizi direttamente tramite la propria amministrazione oppure se affidarli a terzi (soggetti pubblici o privati)*
 - 80. *I fornitori di servizi di interesse economico generale, compresi i fornitori di servizi in-house, sono in ogni caso imprese e quindi soggette alle norme sulla concorrenza del trattato. Le decisioni di concedere diritti speciali ed esclusivi ai fornitori di servizi in-house o di favorirli in altri modi possono costituire una violazione del trattato, nonostante la parziale tutela offerta dall'articolo 86. La giurisprudenza ne conferma la correttezza, in particolare: nel caso in cui i requisiti di servizio pubblico che il fornitore del servizio deve soddisfare non siano correttamente specificati; nel caso in cui il fornitore del servizio sia manifestamente incapace di soddisfare la richiesta; nei casi in cui esista un modo alternativo di soddisfare i requisiti con un effetto meno negativo sulla concorrenza.*

1.3 La giurisprudenza comunitaria sull'in house.

La modalità di affidamento "in house" costituisce un'eccezione al principio generale dell'applicazione delle procedure a evidenza pubblica per gli affidamenti di appalti di lavori, servizi e forniture, nonché per le concessioni di lavori e servizi. L'autoproduzione, infatti, escludendo la concorrenza per (o nel) mercato, non fa sorgere l'esigenza di parità di trattamento tra gli operatori economici e, dunque, la necessità di esperire procedure di gara per l'affidamento dei contratti pubblici.

La legittimità della scelta in favore dell'autoproduzione trova fondamento nel c.d. principio di "autoorganizzazione amministrativa", il quale trova a sua volta corrispondenza nel più generale principio comunitario di autonomia istituzionale. Pertanto, la libertà di autoproduzione, in quanto componente essenziale dell'autonomia organizzativa degli apparati amministrativi, non si pone in contrasto con il diritto comunitario.

Il concetto di "in house providing" è stato elaborato dalla giurisprudenza comunitaria al fine di armonizzare i principi relativi alla tutela della concorrenza (presenti nel Trattato CE), con il potere di auto-organizzazione egualmente riconosciuto alle Amministrazioni pubbliche dei singoli Stati.

In particolare, la Corte di Giustizia ha per la prima volta delineato la figura degli affidamenti "in house", nella sentenza sul caso Teckal S.r.l. contro il Comune di Viano (18 novembre 1999, procedimento C-107/98)⁴. La questione riguardava l'affidamento diretto, da parte del Comune di Viano, della gestione del servizio di riscaldamento di alcuni edifici comunali, nonché della fornitura dei combustibili necessari, in favore di un consorzio costituito da diversi comuni per la gestione dei servizi di energia e ambiente. La Teckal S.r.l. (società operante nel medesimo settore) impugnava la delibera di affidamento per il mancato esperimento delle procedure di aggiudicazione a evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria sugli appalti.



Nell'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia, il giudice a quo domandava, appunto, se tale normativa fosse applicabile nel caso in cui un ente locale avesse affidato direttamente la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi a un consorzio a cui esso partecipi.

Al quesito la Corte ha risposto che la normativa comunitaria sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture è applicabile ove l'Amministrazione intenda stipulare un contratto a titolo oneroso (avente a oggetto la fornitura di prodotti) con un ente giuridicamente distinto da essa, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia a sua volta un'Amministrazione o meno.

La normativa europea in tema di contratti pubblici, infatti, non trova applicazione quando manchi un rapporto contrattuale, in senso stretto, tra due soggetti. Per affermare tale inesistenza, la Corte sancisce che il giudice nazionale deve verificare se via sia o meno un incontro di volontà tra l'Amministrazione e una persona da essa giuridicamente distinta, salvo il *"caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano"*.

In questo modo la Corte ha enucleato – seppur in negativo – i criteri e i requisiti sulla base dei quali le Amministrazioni Pubbliche possono procedere ad affidamenti senza il previo esperimento di gare pubbliche, ossia senza applicare le procedure previste dalle direttive comunitarie.

Ne consegue che, in presenza dei requisiti del c.d. controllo analogo e della realizzazione della parte più importante della propria attività nei confronti dell'ente pubblico controllante, non si può parlare di "terzietà" del soggetto affidatario, venendo meno in radice la possibilità di instaurare un rapporto contrattuale in senso proprio in ragione dell'assenza della bilateralità. Corollario di ciò è che l'Amministrazione aggiudicatrice può prescindere dall'applicazione della normativa in materia di contratti pubblici.

La stessa giurisprudenza comunitaria, tuttavia, conferisce una valenza generale ai principi sull' *"in house providing"*, estendendone l'applicazione anche ai casi che esulano dalle direttive in materia di appalti: in particolare, alle concessioni di servizi pubblici.

Come noto, le concessioni di servizi pubblici sono contratti che presentano le medesime caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, a eccezione del fatto che il corrispettivo per la prestazione del servizio consiste nel diritto di gestire il servizio medesimo. In questo senso si v. la Comunicazione Interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario del 12 aprile 2000; oppure più di recente le definizioni fornite dalla Direttiva n. 2004/18/CE (art. 1) e poi recepite dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Tali tipologie di contratti esulavano dal campo di applicazione delle direttive comunitarie nn. 92/50 e 93/38 e oggi anche da quello della nuova direttiva n. 2004/18. Ciò nondimeno, con la sentenza sul caso *Teleaustria* (7 dicembre 2000, procedimento C-324/98), la Corte di Giustizia ha statuito che *"gli enti aggiudicatori che li stipulano sono [...] tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare, dato che tale principio implica, in particolare, un obbligo di trasparenza al fine di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di accertare che il detto principio sia rispettato"*. *"Tale obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione"*.

I principi fissati con la sentenza *Teleaustria* sono stati ripresi e specificati dalle più recenti sentenze della Corte sul caso *Padania Acque* (21 luglio 2005, procedimento C-231/03)¹³ e soprattutto su quello *Parking Brixen* (13 ottobre 2005, procedimento C-458/03).

Dopo aver riconosciuto la necessità dell'esperimento di gare pubbliche per ogni tipologia di affidamento e individuato come unica eccezione quella dell' *"in house providing"*, nelle sentenze più



recenti, la giurisprudenza comunitaria ha adottato un orientamento restrittivo in relazione ai requisiti per poter procedere agli affidamenti senza gara e, in particolare, alla compatibilità del modello delle società miste con l'“*in house*”.

Nella sentenza sul caso *Stadt Halle* (11 gennaio 2005, procedimento C-26/03)¹⁷, la Corte ha affermato che la relazione “*in house*” non può sussistere tra enti locali e società dai medesimi controllate ove si tratti di società pubblico-private (ossia società miste), in quanto “*la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi*”¹⁸.

Tale orientamento è stato confermato in successive sentenze della Corte sui casi *Parking Brixen, Mödling* (10 novembre 2005, procedimento C-29/04), *Anav c. Comune di Bari* (6 aprile 2006, procedimento C-410/04) e *Carbotermo-Alisei* (11 maggio 2006, procedimento C-340/04).

L'istituto dell'“*in house*” è stato da ultimo precisato con due pronunce della Corte di giustizia.

Con la sentenza 17 luglio 2008, causa C-371/05 (*Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana*), il giudice comunitario ha affrontato – in discontinuità rispetto al passato – la questione della presenza di privati nel capitale della società affidataria *in house*. Con la seconda pronuncia è ritornata sulla nozione di “*controllo analogo*”, anche in questo caso affermando principi meno restrittivi rispetto al passato.

Con la prima pronuncia, la Corte ha rilevato che la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula della convenzione tra l'ente affidante e la società affidataria *in house*, per concludere che non sia soddisfatto il requisito del “*controllo analogo*”. La Corte ha giustificato la sua conclusione ritenendo che, per ragioni di certezza del diritto, l'eventuale obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere a una gara di appalto deve essere valutato, in via di principio, alla luce delle condizioni esistenti alla data di aggiudicazione.

La Corte ha ritenuto che non sia ostativa la presenza di soci privati nell'organismo *in house*, siccome intervenuta successivamente all'affidamento diretto e non ancora esistente al momento della stipula del contratto.

Tale conclusione è in contrasto con i precedenti orientamenti dello stesso giudice comunitario, secondo cui, se il capitale della società affidataria è aperto, anche solo in parte, ai privati, la società affidataria non può essere considerata come struttura di gestione interna di un servizio pubblico nell'ambito dell'ente pubblico che la detiene.

1.4 La giurisprudenza amministrativa nazionale.

Talune pronunce del giudice amministrativo hanno precisato quali possono essere gli accorgimenti statutari o i possibili vincoli negoziali necessari per poter configurare un rapporto “*in house*”, sviluppando in particolare il profilo relativo al “*controllo analogo*”.

Il Consiglio di Stato (Cons. St., sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456; Ad. pl., 3 marzo 2008, n. 1) ha innanzitutto ribadito, in via generale, i requisiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale:

- il consiglio di amministrazione della società *in house* non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale;
- l'impresa non deve aver “*acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo*” da parte dell'ente pubblico (tale vocazione risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale;



dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero);

- le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (cfr. pure la decisione della V sez. di questo Consiglio di Stato 8 gennaio 2007, n. 5, che ha affermato che se il consiglio di amministrazione ha poteri ordinari non si può ritenere sussistere un "controllo analogo");

- il controllo analogo si ritiene escluso dalla semplice previsione nello statuto della cedibilità delle quote a privati (Tar Puglia, 8 novembre 2006, n. 5197; Cons. St., V sez., 30 agosto 2006, n. 5072).

Il T.A.R. Friuli Venezia Giulia, (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 30 agosto 2006, n. 579) intervenendo sul concetto di "controllo analogo" ha affermato che *"è da escludersi - ictu oculi - che la società sia sottoposta ad un penetrante controllo economico e gestionale da parte del Comune analogamente a quanto avrebbe potuto fare con un servizio gestito direttamente, laddove, soprattutto a fronte di un oggetto sociale aperto ad interventi di grande spessore e di ampio respiro (Cfr. per un caso analogo, Corte di giustizia europea, I, 13 ottobre 2005, n. c-458/03, cit.), è in buona sostanza previsto da parte degli enti associati, ma solo attraverso l'assemblea degli azionisti ed il consiglio di amministrazione, un controllo su alcuni aspetti importanti dell'attività svolta; però manca un "assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato" da parte degli enti nel loro complesso, riguardante "l'insieme dei più importanti atti di gestione".*

Secondo il T.A.R. Friuli quello che più conta, è che se non è ravvisabile *"un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione"* del Comune sull'attività del soggetto partecipato e che riguarda i più importanti atti di gestione, non può sostenersi, quindi, che il soggetto gestore si attinga ad una sorta di *longa manus* dell'affidante nell'ambito di una amministrazione "indiretta", nella quale la gestione del servizio resti saldamente nelle mani dell'ente concedente attraverso un controllo gestionale e finanziario stringente.

Quanto al profilo del nesso di controllo, secondo il T.A.R. Friuli il tipo di controllo di cui si sta parlando può consistere :

a) nella consultazione tra gli enti associati circa la gestione dei servizi pubblici svolti dalla società, circa il suo andamento generale, e, soprattutto, circa le concrete scelte operative: con audizione, da disporsi con una frequenza ragionevole, del Presidente e del Direttore generale;

b) nelle modifiche dello Statuto della società, previo invio ai singoli enti locali per gli adempimenti di competenza;

c) nel consenso degli enti associati all'eventuale esercizio di attività contemplate dallo statuto;

d) nel controllo, mediante una Commissione, dello stato di attuazione degli obiettivi, anche sotto il profilo dell'efficacia, efficienza ed economicità della gestione, con successiva relazione all'Assemblea degli azionisti, ovvero in ispezioni dirette da parte dei soci.

In un'altra pronuncia, il T.A.R. Lazio (T.A.R. Lazio, Sezione II ter, n. 5408/2007) ha ritenuto che, nonostante l'amministratore unico della società affidataria fosse titolare di ampi poteri di gestione ordinaria e straordinaria, il controllo esercitato dal Comune sulla società affidataria del servizio fosse da configurare come "controllo analogo" a quello esercitabile dalla Città di Nettuno sui propri servizi.

Nell'iter argomentativo della sentenza, il T.A.R. giudica condivisibile il precedente orientamento giurisprudenziale secondo cui, per poter configurare un controllo strutturale sulla società affidataria, sia necessario innanzitutto *"il potere di nominare la maggioranza dei soggetti che compongono gli organi di amministrazione, direzione o vigilanza della società"* (Cfr. anche Cons. St., sez. V, n. 2316/2004).

Inoltre ripropone una elencazione, sia pure non tassativa, di alcuni indici rivelatori del controllo analogo, come precedentemente individuati in una sentenza del giudice amministrativo del Friuli Venezia Giulia (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2005, n. 986).

In una recente sentenza il Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762) ha ritenuto che:



"In positivo, si sono ritenuti indici del controllo analogo, oltre che la partecipazione totalitaria pubblica, taluni penetranti poteri di vigilanza, quali:

- l'obbligo di trasmettere mensilmente i verbali delle riunioni del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, l'ordine del giorno delle adunanze del medesimo consiglio di amministrazione al sindaco ed all'assessore alle aziende ed agli amministratori della società;*
- l'obbligo di trasmettere trimestralmente al sindaco ed all'assessore una relazione sull'andamento della società, con particolare riferimento alla qualità e quantità dei servizi resi ai cittadini nonché ai costi di gestione in relazione agli obiettivi fissati;*
- i poteri di nomina e revoca di un rilevante numero di amministratori e sindaci."*

1.5 Il concetto di "attività prevalente".

La giurisprudenza comunitaria ritiene che gli art. 43 e 49 Ce, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza così come l'obbligo di trasparenza che ne discende, non ostano all'affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi a una società per azioni a capitale interamente pubblico qualora l'ente pubblico che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su tale società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e *"questa società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano"* (Corte giust. CE, sez. III, 10 settembre 2009, n. 57336).

Il giudice comunitario ha chiarito che la condizione che il soggetto di cui trattasi realizzi la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono è finalizzata, in particolare, a garantire che la disciplina comunitaria a tutela della concorrenza 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 (Corte giust. CE, sez. I, 11 maggio 2006, n. 340).

Secondo il giudice comunitario, infatti, *"un'impresa non è necessariamente privata della libertà di azione per la sola ragione che le decisioni che la riguardano sono prese dall'ente pubblico che la detiene, se essa può esercitare ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori. È inoltre necessario che le prestazioni di detta impresa siano sostanzialmente destinate in via esclusiva all'ente locale in questione. Entro tali limiti, risulta giustificato che l'impresa di cui trattasi sia sottratta agli obblighi della direttiva 93/36, in quanto questi ultimi sono dettati dall'intento di tutelare una concorrenza che, in tal caso, non ha più ragion d'essere"*

Nel precisare il principio la Corte ha stabilito che *"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. Infatti, le attività di un'impresa aggiudicataria da prendere in considerazione sono tutte quelle che quest'ultima realizza nell'ambito di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni"*

Infine, nel valutare se un'impresa svolga la parte più importante della sua attività con l'ente pubblico che la detiene *"si deve tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività"*.

Più di recente la Corte di giustizia CE (Corte giust. CE, 10 settembre 2009, n. 573) ha confermato che il potere riconosciuto alla società aggiudicataria di fornire servizi ad operatori economici privati non impedisce che l'obiettivo principale di detta società rimanga la gestione di servizi pubblici. Pertanto, l'esistenza di un potere siffatto non è sufficiente per ritenere che detta società abbia una



vocazione commerciale che rende precario il controllo di enti che la detengono. Secondo la Corte *"Tale conclusione è confermata dal fatto che la seconda condizione posta al punto 50 della citata sentenza Teckal, in base alla quale la società aggiudicataria deve svolgere la parte più importante della sua attività con gli enti locali che la controllano, consente che questa società eserciti un'attività avente un carattere marginale con altri operatori diversi da questi enti (v., in tal senso, citata sentenza Carbotermo e Consorzio Alisei, punto 63). Tale condizione sarebbe priva di oggetto se la prima condizione di cui al punto 50 della citata sentenza Teckal fosse interpretata nel senso di vietare ogni attività accessoria, anche con il settore privato"*.

Alla giurisprudenza comunitaria si è adeguato anche il giudice nazionale.

La Corte costituzionale con sentenza del 23 dicembre 2008, n. 439 ha precisato che l'effettuazione di prestazioni che non siano del tutto marginali a favore di altri soggetti renderebbe quella determinata impresa *"attiva sul mercato"*, con conseguente alterazione delle regole concorrenziali e violazione dei principi regolatori delle gare pubbliche e della legittima competizione. In altri termini, una lettura non rigorosa della espressione *"parte più importante della sua attività"* inciderebbe sulla stessa nozione di soggetto in house alterandone il dato strutturale che lo identifica come una mera *"articolazione interna"* dell'ente stesso. Una consistente attività *"esterna"* determinerebbe, infatti, una deviazione dal rigoroso modello delineato dai giudici europei, con la conseguenza, da un lato, che verrebbe falsato il confronto concorrenziale con altre imprese che non usufruiscono dei vantaggi connessi all'affidamento diretto e più in generale dei privilegi derivanti dall'essere il soggetto affidatario parte della struttura organizzativa dell'amministrazione locale; dall'altro, che sarebbero eluse le procedure competitive di scelta del contraente, che devono essere osservate in presenza di un soggetto *"terzo"* (quale deve ritenersi quello che esplica rilevante attività esterna) rispetto all'amministrazione conferente.

Numerose altre pronunce del giudice amministrativo hanno recepito l'orientamento comunitario.

Il giudice amministrativo – nel recepire l'orientamento comunitario – ritiene che più ancora che l'individuazione di una soglia percentuale è necessario un giudizio pragmatico nel caso concreto che si basi, però, non solo sull'aspetto quantitativo, ma anche su quello qualitativo. In particolare *"la natura dei servizi, opere o beni resi al mercato privato, oltre alla sua esiguità, deve anche dimostrare la quasi inesistente valenza nella strategia aziendale e nella collocazione dell'affidatario diretto nel mercato pubblico e privato (cfr. Cons. giust. amm., 4 settembre 2007, n. 719 secondo cui la circostanza che un'impresa creata per gestire lo spin off immobiliare di un grande ente locale come una Provincia, fornisca, saltuariamente, una sola volta nell'anno, e in quantità irrisoria rispetto al fatturato pubblico, un servizio di global service ad una grande impresa privata dello stesso territorio, particolarmente importante sotto il profilo sociale, potrebbe non violare il principio della prevalenza. Ma se la stessa operazione, negli stessi limiti quantitativi, cominciasse ad inserirsi in un piano aziendale di espansione, anche territoriale, ciò implicherebbe una rilevanza "qualitativa" della operazione in contrasto con il principio della prevalenza)*.

Con la successiva sentenza *Carbotermo* (Corte giustizia CE, sez. I, 11 maggio 2006, n. 340,), il giudice comunitario ha chiarito ulteriormente i termini della questione. Nel punto 62 utilizza l'espressione *"sostanzialmente destinata in via esclusiva all'ente locale"*, e nel punto successivo afferma: *"solo se l'attività di detta impresa è principalmente destinata all'ente in questione ed ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale"*.

Appare, dunque, che l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria sia nel senso di una progressiva riduzione del concetto. Si parte infatti dalla espressione *"parte più importante"* della sentenza *Teckal*, redatta in lingua italiana, e *Stadt Halle*, alla espressione *"sostanzialmente destinata in via esclusiva all'ente locale in questione"*, sentenza *Carbotermo*.



I principi espressi trovano conferma anche in una pronuncia della Corte costituzionale e sembrano essere stati recepiti anche dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici.

La Corte costituzionale ha richiamato la sentenza *Carbotermo*, ricordando che – sul piano quantitativo – la stessa sentenza al paragrafo 65 fa espresso riferimento all'elemento del fatturato, osservando che *"occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù di decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante"*. Inoltre, per mantenere una impostazione coerente con l'esigenza che l'indagine si svolga su un piano casistico, non sono ammesse rigide predeterminazioni connesse all'indicazione della misura percentuale di fatturato rilevante.

Sul piano qualitativo, tale profilo incide o può incidere sulla natura dei servizi resi e, quindi, sul criterio per ritenere che una attività di impresa sia svolta in modo preponderante per l'ente pubblico conferente e solo marginalmente per il mercato perché, a prescindere dal dato quantitativo del fatturato, tale profilo può – in astratto – riverberare i suoi effetti sulla rilevanza dell'attività svolta dal soggetto al fine di considerare prevalente o solo marginale l'attività "libera" in una prospettiva di futura espansione della stessa nel mercato o in zone del territorio diverse da quelle di competenza del soggetto pubblico conferente (Corte cost., n. 439/2008).

Da ultimo anche l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici ha rilevato che *"La giurisprudenza prevalente ritiene che tale condizione sia soddisfatta quando l'affidatario diretto non fornisca i suoi servizi a soggetti diversi dall'ente controllante, anche se pubblici, ovvero li fornisca in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali, ed in ogni caso non fuori dalla competenza territoriale dell'ente controllante. Più che l'individuazione di una soglia percentuale, necessita un giudizio pragmatico nel caso concreto che si basi, però, non solo sull'aspetto quantitativo, ma anche su quello qualitativo. In altri termini, la natura dei servizi, opere o beni resi al mercato privato, oltre alla sua esiguità, deve anche dimostrare la quasi inesistente valenza nella strategia aziendale e nella collocazione dell'affidatario diretto nel mercato pubblico e privato. Sotto questo profilo la giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Consiglio di Stato mostrano di ritenere a priori che l'espansione territoriale, anche a vantaggio di altri enti pubblici analoghi, violi la prevalenza"* (Deliberazione n. 2 Adunanza del 13 gennaio 2010).



2. Sussistenza dei requisiti

In merito alla scelta del Comune di Cernusco sul Naviglio di procedere all'affidamento *in house* dei servizi di Igiene urbana e pulizia giardini ed aree esterne plessi scolastici comunali, Gestione servizi cimiteriali, Manutenzione del verde pubblico e dell'arredo urbano, Gestione parcheggi comunali, alla Società Cernusco Verde S.r.L., tenuto conto dei riferimenti normativi e giurisprudenziali sopra richiamati, di seguito vengono indicati i requisiti richiesti per perseguire tale soluzione gestionale:

- **Struttura societaria (capitale interamente pubblico):** attualmente la società risulta interamente partecipata dal Comune di Cernusco sul Naviglio; occorre evidenziare che l'articolo 6.2 dello statuto della società prevede che *"La partecipazione dei soci pubblici, non potrà in ogni caso essere inferiore al 100% (cento per cento) dell'intero capitale sociale, per tutta la durata della società. La quota di partecipazione del Comune di Cernusco sul Naviglio non potrà essere inferiore al 51% del capitale sociale."*
- **Prevalenza dell'attività a favore del socio:** la società svolge servizi esclusivamente a favore del Comune di Cernusco sul Naviglio, per cui tale parametro è pienamente rispettato;
- **Esercizio del controllo analogo:** la società è assoggettata all'attività di controllo del Comune di Cernusco sul Naviglio, che si svolge con le modalità indicate nell'articolo 2 dello statuto della società, che qui di seguito si riporta.

"Art.2) – Affidamento in House

2.1 *CERNUSCO VERDE S.R.L. è una società che gestisce servizi pubblici "in house providing" e pertanto il rapporto tra ente locale e società è analogo a quello che intercorre tra organi pubblici con funzione di indirizzo e vigilanza e dirigenti con funzioni di gestione, secondo lo schema introdotto dal D.Lgs. 165/2001.*

2.2 *Nel rispetto dei presupposti di cui al comma 5, lettera c, articolo 113 T.U.E.L., trattandosi di società a partecipazione pubblica totalitaria, l'attività di indirizzo, programmazione e controllo da parte degli enti locali soci, è prevista in atti attraverso il presente statuto, il contratto di servizio (art.113, comma 11, T.U.E.L.) e la carta dei servizi (art.112, comma 3, T.U.E.L.)*

2.3 *La società realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano ed ai fini della concreta attuazione dei presupposti dell'affidamento "in house" sussistono: a) gli indirizzi in atti, come da statuto e che dovranno essere contenuti nel contratto di servizio e nella carta dei servizi; b) la vigilanza attraverso la nomina diretta, da parte del Sindaco, degli amministratori, dell'organo di controllo ed eventualmente di quello di revisione.*

2.4 *In relazione al coinvolgimento degli Enti Locali, sarà cura del legale rappresentante della società sottoporre ai soci, in sede di assemblea ordinaria, gli strumenti di programmazione, reporting e controllo, onde consentire la concreta attuazione degli indirizzi espressi dagli Enti e con la riserva di ogni ulteriore adeguamento.*

2.5 *La società dovrà attuare al suo interno gli strumenti di programmazione, reporting e controllo di gestione con accesso on-line da parte dell'Amministrazione comunale (Direzione Generale, Responsabili delle Aree Tecnica ed Amministrativa-Contabile) onde consentire la concreta verifica ed attuazione degli indirizzi espressi dall'Ente e con la riserva di ogni ulteriore adeguamento.*

Entro il 30 Novembre di ciascun anno il Consiglio di Amministrazione trasmetterà all'Amministrazione Comunale il Budget Operativo composto dal Conto Economico aggregato aziendale.



Il Conto Economico dovrà, altresì, esplicitare le seguenti nature:

- *Ricavi e proventi dei servizi e delle prestazioni;*
- *Oneri di gestione (materie prime, servizi, manutenzioni, godimento beni di terzi, personale, sponsorizzazioni);*
- *Ammortamenti;*
- *Interessi ed oneri finanziari.*

Tali documenti verranno allegati al bilancio dell'Ente contestualmente all'approvazione del Bilancio di previsione Annuale dello stesso.

2.6 *Entro il 30 Giugno di ogni anno contestualmente all'approvazione del conto consuntivo dell'ente, il Presidente del Consiglio di Amministrazione relazionerà il Consiglio Comunale circa i risultati del bilancio di esercizio.*

2.7 *Entro il 31 luglio di ogni anno il Consiglio di Amministrazione invierà all'Amministrazione Comunale il Consuntivo Semestrale evidenziante gli scostamenti dal Budget Operativo correlato di una relazione sull'andamento della Società e sullo stato d'avanzamento degli investimenti programmati. Inoltre trimestralmente verrà inviata all'amministrazione Comunale reportistica economico-finanziaria sull'andamento della Società.*

2.8 *Con cadenza bimestrale il Presidente del Consiglio di Amministrazione relazionerà la Giunta Comunale circa l'andamento della società.*

2.9 *Tutte le decisioni in materia di tariffe sui servizi effettuati, ad eccezione di quelle stabilite dalle autorità preposte, potranno essere prese dal Consiglio di Amministrazione, solo dopo approvazione da parte dell'Ente.*

2.10 *L'Amministrazione Comunale può verificare in qualsiasi momento la regolarità della gestione corrente dell'Azienda esercitando controlli analoghi a quelli esercitati sui propri servizi.*

2.11 *Tutti i documenti inviati da CERNUSCO VERDE S.R.L. all'Amministrazione Comunale saranno disponibili e visionabili presso la Segreteria da parte di tutti i Consiglieri Comunali.*

In applicazione dell'art. 13 del D.L. 4 Luglio 2006, n. 223 convertito in legge con modificazioni nella Legge 4 agosto 2006, n. 248 l'organo amministrativo si impegna a presentare all'Amministrazione Comunale i provvedimenti di attuazione al fine del rispetto delle scadenze ivi previste."

Sulla base di tutto quanto sopra indicato, si ritiene che l'affidamento diretto di servizi in house da parte del Comune di Cernusco sul Naviglio alla stessa società risulta coerente con il quadro normativo comunitario di riferimento.

Il presente atto di ricognizione degli affidamenti di servizi alle società partecipate viene pubblicato nel sito web dell'ente, sezione "Amministrazione Trasparente" (sotto sezione di primo livello "enti controllati"; sotto sezione di secondo livello "società partecipate").

Cernusco sul Naviglio, 30.12.2013