

Causa C-383/21**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

24 giugno 2021

Giudice del rinvio:

Conseil d'État (Consiglio di Stato, Belgio)

Data della decisione di rinvio:

15 giugno 2021

Ricorrente:

Société de Logement de Service public Sambre et Biesme SCRL

Resistente:

Société wallonne du logement

1. Oggetto e dati della controversia

- 1 La Société de Logement de Service public Sambre et Biesme (società di edilizia residenziale pubblica Sambre et Biesme) (in prosieguo: la «SLSP Sambre et Biesme») è una società cooperativa a responsabilità limitata i cui soci principali sono i comuni di Farciennes e Aiseau-Presles.
- 2 Essa fa parte della rete delle società di edilizia residenziale pubblica soggette alla vigilanza della Société Wallonne du Logement (società vallona per l'edilizia residenziale) che agisce per conto del governo vallone.
- 3 Nel 2015, la SLSP Sambre et Biesme e il comune di Farciennes decidevano di edificare un ecoquartiere a Farciennes di circa 150 unità abitative. A tal fine, le parti intendevano farsi assistere dall'Intercommunale pour la Gestion et la Réalisation d'Études Techniques et Économiques (agenzia intercomunale per la gestione e la realizzazione di studi tecnici ed economici) (in prosieguo: l'«IGRETEC»).

- 4 L'IGRETEC svolge funzioni di servizio pubblico in vari settori. Il suo ufficio studi e la sua centrale acquisti gli permettono in particolare di assistere partner pubblici o privati nella progettazione e realizzazione di edifici industriali o civili, di infrastrutture o più in generale in qualsiasi progetto urbanistico e ambientale.
- 5 L'IGRETEC è stato costituito da vari comuni nella forma di società cooperativa a responsabilità limitata e i suoi soci includono ad oggi oltre 70 comuni, compreso il comune di Farciennes, e più di 50 altre autorità pubbliche.
- 6 Il suo funzionamento è disciplinato dalle leggi sulle società commerciali. Il suo statuto riserva ai comuni la maggioranza dei voti nonché la presidenza dei vari organi di amministrazione. Le decisioni degli organi dell'agenzia intercomunale sono prese a maggioranza dei voti dei comuni associati.
- 7 Il capitale sociale dell'IGRETEC è diviso in cinque categorie di quote, fra cui in particolare le quote A, assegnate ai comuni (5 054 351 quote), e le quote C, assegnate agli «altri soci di diritto pubblico» (17 126 quote). All'epoca, nessun membro del consiglio di amministrazione rappresentava soci della categoria C. Inoltre, del consiglio di amministrazione dell'IGRETEC faceva parte un consigliere comunale del comune di Farciennes che era anche amministratore della SLSP Sambre et Biesme.
- 8 Il 29 ottobre 2015 la SLSP Sambre et Biesme decideva di acquistare una quota in IGRETEC al fine di poter usufruire dei suoi servizi quale socio, sebbene molto minoritario.
- 9 Veniva redatto un progetto di convenzione quadro per determinare i rispettivi diritti e obblighi del comune di Farciennes e della SLSP Sambre et Biesme nella progettazione e realizzazione dell'ecoquartiere a Farciennes.
- 10 L'articolo 1 di detto progetto prevede in particolare l'aggiudicazione di appalti pubblici congiunti di servizi, di lavori e di finanziamento ed esecuzione di lavori, nonché la designazione del comune di Farciennes quale amministrazione aggiudicatrice che agisce nel nome delle parti collettivamente e quale unico soggetto abilitato a prendere tutte le decisioni relative alle gare di appalto e alla loro aggiudicazione.
- 11 Il suo articolo 5, intitolato «scelta del fornitore dei servizi di consulenza al committente per l'esecuzione di appalti di servizi, di lavori e di finanziamento ed esecuzione di lavori e per la redazione del dossier di riqualificazione urbana», dispone che «le parti convengono che il comune di Farciennes stipula con IGRETEC (...) una convenzione di assistenza al committente, di prestazione di servizi legali e ambientali, nell'ambito del rapporto “in house” che unisce ciascuna delle parti a detta agenzia intercomunale».
- 12 Il 9 febbraio 2017 il consiglio di amministrazione della SLSP Sambre et Biesme decideva, da un lato, di «approvare la conclusione di una convenzione quadro per gli appalti congiunti con il comune di Farciennes» e, dall'altro, di «non indire la

gara d'appalto per i servizi di inventario amianto», di cui aveva in precedenza approvato il capitolato speciale d'oneri, «in considerazione del rapporto in house tra la [SLSP Sambre et Biesme] e l'IGRETEC». Tale capitolato d'oneri è descritto come la prima fase dell'esecuzione del progetto di ecoquartiere a Farciennes.

- 13 Il 10 febbraio 2017 queste due decisioni del 9 febbraio 2017 venivano contestate dalla Société wallonne du logement, che esercita la vigilanza sulle società di edilizia residenziale pubblica, in quanto le condizioni dell'eccezione «in house» non erano all'epoca soddisfatte nei rapporti tra le SLSP e l'IGRETEC e gli incarichi assegnati a quest'ultimo dalle SLSP sono soggetti al regime degli appalti pubblici.
- 14 Il 25 febbraio 2017 la Société wallonne du logement annullava le decisioni della SLSP Sambre et Biesme per aver assegnato all'IGRETEC senza una procedura di gara il contratto di assistenza tecnica (articolo 5 della convenzione quadro) e il contratto di servizi di inventario amianto.
- 15 A suo avviso, si può ragionevolmente dubitare che la SLSP Sambre et Biesme eserciti sull'IGRETEC un'influenza determinante e ciò, più in particolare, in quanto essa possiede una sola quota nel capitale sociale dell'IGRETEC e che, a contrario, lo statuto dell'IGRETEC conferisce una prevalenza ai comuni.
- 16 La designazione del comune di Farciennes come amministrazione aggiudicatrice capofila di cui all'articolo 1 della convenzione quadro non è sufficiente a giustificare l'affidamento diretto dei contratti all'IGRETEC, a nome delle diverse parti della convenzione quadro, anche se il comune di Farciennes beneficia individualmente dell'eccezione «in house» nei suoi rapporti con l'IGRETEC. Nel contesto di un appalto congiunto, i vari partner si uniscono al livello dell'elaborazione dell'incarico da affidare, ma ciascun partner deve rispettare le ordinarie procedure d'appalto.
- 17 Tale decisione di annullamento costituisce l'oggetto del presente ricorso.

2. Disposizioni in questione

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

- 18 L'articolo 12 così dispone:

«Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico

1. 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 da essa 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

(...)

Si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. (...)

2. (...)

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

(...)

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 della persona giuridica controllata;

iii) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti».

3. Posizione delle parti

A. *SLSP Sambre et Biesme*

- 19 La SLSP Sambre et Biesme ritiene che l'atto impugnato neghi erroneamente l'esistenza del rapporto «in house» tra essa e l'IGRETEC. Essa afferma che tale eccezione è sancita dall'articolo 12 della direttiva 2014/24, il quale codifica la giurisprudenza della Corte di giustizia. Fa valere che, contrariamente a quanto afferma l'atto impugnato, le condizioni per l'eccezione «in house» sono soddisfatte nel caso di specie. Sostiene in particolare che l'amministrazione aggiudicatrice esercita, congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici, un controllo sull'IGRETEC analogo a quello esercitato sui propri servizi, il che presuppone che: 1° gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, dato che una stessa persona può rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti; e 2° tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica.
- 20 Essa sostiene che tutte le condizioni richieste sono soddisfatte nel caso di specie, in quanto essa esercita, congiuntamente ad altre amministrazioni aggiudicatrici, in particolare SLSP e comuni, un controllo sull'IGRETEC «analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi» e partecipa «sia al capitale sia agli organi direttivi dell'[IGRETEC]» (sentenza del 29 novembre 2012, Econord, C-182/11 e C-183/11, EU:C:2012:758, punto 33).
- 21 Inoltre, essa sostiene che l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 aveva un effetto diretto al momento dell'adozione dell'atto impugnato e che occorre pertanto applicare tale disposizione per determinare le condizioni di un controllo analogo congiunto.
- 22 Essa afferma, in primo luogo, che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, poco importa che essa detenga una sola quota nel capitale dell'IGRETEC e che tale quota rappresenti, come dichiara, solo lo 0,0000000197% delle quote con diritto di voto in assemblea.
- 23 Essa aggiunge, in secondo luogo, che, conformemente all'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24, non è necessario che ciascun ente organizzatore disponga di un amministratore in seno al consiglio di amministrazione, ma è sufficiente che gli enti organizzatori siano rappresentati negli organi decisionali dell'agenzia intercomunale, dato che una stessa persona può rappresentare più amministrazioni aggiudicatrici partecipanti o anche tutte. Spiega che il legislatore europeo ha così mitigato le condizioni derivanti dalla sentenza Econord, la quale richiedeva che ciascuna delle autorità pubbliche «partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta». Spiega che lo statuto dell'IGRETEC, nella versione applicabile al caso di specie, prevede all'articolo 13, paragrafo 4, terzo comma, che «ciascuna categoria di soci si riunisce separatamente per designare un numero

di candidati amministratori corrispondente al numero di incarichi da conferire su sua proposta»; che i soci della categoria C, cui appartiene la SLSP Sambre et Biesme, sono pertanto ben rappresentati nel consiglio di amministrazione dell'IGRETEC e che il consiglio è pertanto composto da persone che rappresentano, tra l'altro, la SLSP Sambre et Biesme, conformemente alla condizione di cui all'articolo 12, paragrafo 3, secondo comma, punto i), della direttiva 2014/24.

- 24 In terzo luogo, sostiene che, ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24, essa esercita, insieme alle altre amministrazioni aggiudicatrici (comuni e altre SLSP) presenti in seno all'IGRETEC, un controllo su tale agenzia intercomunale analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, vale a dire un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'agenzia intercomunale. Precisa che nessuna amministrazione aggiudicatrice presente in seno all'IGRETEC detiene una partecipazione di maggioranza, cosicché l'ipotesi evocata al punto 30 della sentenza Econord non si verifica nel caso di specie. Aggiunge che l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 fa riferimento ad altre amministrazioni aggiudicatrici presenti nell'entità controllata e che la creazione di diverse categorie di soci non impedisce che tutte le amministrazioni aggiudicatrici esercitino un controllo congiunto su tale entità. A riprova di ciò, adduce che sta realizzando il presente progetto in collaborazione con il comune di Farcennes, che fa parte di una diversa categoria soci. La SLSP Sambre et Biesme aggiunge che i suoi due principali soci sono il comune di Farcennes e il comune di Aiseau-Presles, che sono anche soci in seno all'IGRETEC, e ne deduce che il comune di Farcennes, socio di categoria A, esercita il controllo sulla SLSP «Sambre et Biesme», socio di categoria C nell'IGRETEC; che queste due entità esercitano congiuntamente il controllo sull'IGRETEC; che insieme sono in grado di esercitare un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'agenzia intercomunale e che è peraltro a tale titolo che intendono realizzare congiuntamente un ecoquartiere ricorrendo alle competenze dell'IGRETEC.
- 25 Ne conclude di partecipare sia al capitale sia agli organi direttivi dell'IGRETEC, di modo che essa esercita effettivamente un controllo analogo ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 e della giurisprudenza elaborata dalla Corte di giustizia e che esiste effettivamente un rapporto «in house» con l'IGRETEC.
- 26 La SLSP Sambre et Biesme ricorda che un consigliere comunale del comune di Farcennes era, al contempo, amministratore nel consiglio di amministrazione dell'IGRETEC e nel consiglio di amministrazione della SLSP Sambre et Biesme. Essa sottolinea che occorre tener conto delle circostanze concrete della causa e ribadisce che una partecipazione simbolica è giustificata, poiché l'obiettivo perseguito dalla SLSP non è quello di effettuare un investimento finanziario, bensì di avvalersi dei servizi comuni e della struttura dell'agenzia intercomunale. Insiste sul fatto che il Code de la démocratie locale et de la décentralisation (codice della democrazia locale e del decentramento) limita il numero di amministratori in

un'agenzia intercomunale e ritiene che gli insegnamenti della sentenza Econord si limitino ad affermare che non ci può essere un socio di maggioranza che impone le sue opinioni a tutti, il che non avviene nella fattispecie. Afferma che, nel caso di specie, il controllo analogo viene esercitato attraverso il comune di Farciennes che è, al contempo, socio dell'IGRETEC e della SLSP Sambre et Biesme e dispone di un amministratore nei consigli di amministrazione di queste due entità.

B Société wallonne du logement

- 27 La Société wallonne du logement rileva innanzitutto che l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24, invocato dalla SLSP Sambre et Biesme, non ha effetto diretto. Essa ricorda che solo le disposizioni che dettano una regola di condotta e che, pertanto, conferiscono diritti soggettivi ai singoli possono produrre effetti diretti, mentre la citata disposizione della direttiva 2014/24 non soddisfa tale requisito in quanto non prevede alcun obbligo di fare o non fare a carico dello Stato e in favore di un operatore economico. Al contrario, ritiene che questa disposizione offra allo Stato la semplice facoltà di non indire una gara d'appalto quando sono soddisfatte determinate condizioni. Ne deduce che la SLSP Sambre et Biesme non può invocare tale disposizione per giustificare il mancato rispetto del principio di concorrenza nel caso di specie. Qualora il Conseil d'État (Consiglio di Stato) non condividesse la sua posizione, suggerisce di rivolgersi alla Corte di giustizia per chiarimenti sull'effetto diretto di questa disposizione.
- 28 Essa rileva poi che, nel caso di specie, a suo avviso, le condizioni per un rapporto «in house congiunto» non sono soddisfatte tra la SLSP Sambre et Biesme, da un lato, e l'IGRETEC, dall'altro.
- 29 Ricorda che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, il rapporto contrattuale che si instaura tra due soggetti giuridicamente distinti può essere definito «in house» quando il soggetto che commissiona un prodotto o un servizio esercita sul soggetto che lo fornisce un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e quando questo soggetto svolge la parte essenziale delle sue attività con la o le autorità pubbliche da cui è costituito.
- 30 Afferma che l'entità committente deve essere un'amministrazione aggiudicatrice e disporre di un potere di controllo tale da «influenzar[e] le decisioni [di detto ente e che d]eve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti» (sentenza del 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, punto 28), cosicché il controllo analogo implica più che una semplice influenza dominante, poiché presuppone un controllo sull'ente che riguarda sia le scelte strategiche che le singole decisioni gestionali. Aggiunge che l'intensità del controllo esercitato deve essere valutata globalmente, con riguardo al complesso della gestione e delle strutture dell'ente interessato, e non rispetto al suo comportamento particolare in una procedura di appalto pubblico (v. sentenza del 17 luglio 2008, Commissione/Italia, C-371/05, non pubblicata, EU:C:2008:410).

- 31 Essa rileva che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, sebbene non sia più richiesto che ogni ente posseda singolarmente la stessa influenza determinante sull'entità controllata come se avesse organizzato l'attività in modo autonomo e interno, né che l'ente pubblico disponga di una partecipazione di maggioranza, di modo che il controllo può essere esercitato congiuntamente, ciò vale alla condizione, in particolare, che non vi sia divergenza di interessi nella gestione quotidiana delle funzioni pubbliche affidate all'entità controllata, che detto ente non possa perseguire obiettivi indipendentemente dai suoi soci e che non abbia, quindi, vocazione commerciale. Sottolinea che, più recentemente, nella sentenza del 29 novembre 2012, Econord (C-182/11 e C-183/11, EU:C:2012:758, punto 31), la Corte ha perfezionato le condizioni del controllo analogo in caso di «in house congiunto», precisando che ciascuna amministrazione aggiudicatrice deve partecipare sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità aggiudicataria; che il controllo su quest'ultima non può fondarsi soltanto sul potere di controllo dell'autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale dell'entità in questione, poiché «l'eventualità che un'amministrazione aggiudicatrice abbia, nell'ambito di un'entità affidataria posseduta in comune, una posizione inidonea a garantirle la benché minima possibilità di partecipare al controllo di tale entità aprirebbe la strada ad un'elusione dell'applicazione delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o di concessioni di servizi, dal momento che una presenza puramente formale nella compagine di tale entità o in un organo comune incaricato della direzione della stessa dispenserebbe detta amministrazione aggiudicatrice dall'obbligo di avviare una procedura di gara d'appalto secondo le norme dell'Unione, nonostante essa non prenda parte in alcun modo all'esercizio del "controllo analogo" sull'entità in questione». Rileva che, nella fattispecie, la Corte ha chiesto al Consiglio di Stato italiano di determinare se il patto parasociale concluso dalle amministrazioni aggiudicatrici fosse idoneo a consentire loro di contribuire effettivamente al controllo dell'ente aggiudicatario (punto 32), nella misura in cui esse detenevano ciascuna una sola azione della società aggiudicataria. La Société wallonne du logement sostiene che, decidendo in tal modo, la Corte vuole evitare il rischio di elusione delle norme sugli appalti pubblici mediante una presenza puramente formale in un'entità congiunta e conferma la sua precedente giurisprudenza che richiede un effettivo controllo strutturale e funzionale sulla società aggiudicataria, nonostante una partecipazione molto minoritaria nel capitale da parte delle amministrazioni aggiudicatrici.
- 32 Conclude che la decisione del 29 ottobre 2015 del consiglio di amministrazione della SLSP Sambre et Biesme di acquisire una quota dell'IGRETEC aveva il solo scopo di sottrarsi all'applicazione delle norme sugli appalti pubblici e che, se il ricorso a un'entità detenuta in comune da più amministrazioni aggiudicatrici non impedisce, in linea di principio, il ricorso all'eccezione «in house», ciò vale a condizione che l'amministrazione aggiudicatrice che si avvale di tale entità eserciti su di essa un effettivo controllo strutturale e funzionale, il che presuppone la partecipazione sia al capitale che agli organi direttivi dell'entità aggiudicataria, e che tale controllo sia idoneo a influenzare in modo determinante gli obiettivi strategici e le decisioni significative dell'entità aggiudicataria.

- 33 Precisa poi sotto quale profilo, tenuto conto del numero di quote dell'IGRETEC sottoscritte, la partecipazione della SLSP Sambre et Biesme, che detiene una sola quota del capitale sociale dell'IGRETEC, sia del tutto simbolica, poiché rappresenta, secondo i suoi calcoli, solo lo 0,000000197% delle quote con diritto di voto in assemblea (soci di categoria A, C e P). Rileva altresì che la SLSP Sambre et Biesme non ha alcun amministratore nel consiglio di amministrazione dell'IGRETEC, mentre ai comuni è conferita una preminenza (soci di categoria A) nel controllo degli organi dell'IGRETEC. A suo avviso, poiché lo statuto dell'IGRETEC prevede che i soci di categoria A (comuni) siano maggioritari nel consiglio di amministrazione, il loro potere impedisce ai soci delle altre categorie, tra cui la SLSP Sambre et la Biesme, di partecipare effettivamente al controllo strutturale e funzionale dell'IGRETEC e di influenzare in modo determinante i suoi obiettivi strategici e le sue decisioni significative.
- 34 La Société wallonne du logement ricorda che l'eccezione «in house» deve essere interpretata in senso restrittivo e che l'onere della prova grava sulla parte che la deduce. Rileva che, per dimostrare un controllo analogo congiunto, gli organi decisionali dell'ente aggiudicatario devono essere composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici, mentre la SLSP Sambre et Biesme non ha alcun rappresentante nel consiglio di amministrazione dell'IGRETEC. Aggiunge che il consigliere comunale di Farciennes, presente in seno a tale consiglio di amministrazione, interviene solo come rappresentante del comune di Farciennes e non della SLSP Sambre et Biesme. Ne deduce che la condizione per il controllo «in house congiunto» non è soddisfatta.

4. Valutazione del Conseil d'État (Consiglio di Stato)

- 35 Il fatto che due parti di un accordo siano esse stesse autorità pubbliche non esclude l'applicazione delle norme sugli appalti pubblici (sentenza del 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, punti 50 e 51; considerando 31 della direttiva 2014/24). Il rapporto «in house» costituisce un'eccezione all'applicazione di tali norme. Le condizioni fissate per avvalersene devono pertanto essere interpretate restrittivamente e spetta a colui che la rivendica fornire la prova che tali condizioni sono soddisfatte (sentenze del 13 ottobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, punto 63; e dell'8 maggio 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, punto 23).
- 36 In un rapporto di «in house congiunto», più amministrazioni aggiudicatrici detengono un'entità ed esercitano su di essa «congiuntamente» un «controllo analogo» a quello che esercitano sui propri servizi.
- 37 Dalla giurisprudenza della Corte risulta che l'esercizio del «controllo analogo» (semplice o congiunto) presuppone, in ogni caso, che l'amministrazione aggiudicatrice o le amministrazioni aggiudicatrici esercitino, da sole o congiuntamente, un controllo strutturale e funzionale effettivo sulla società

aggiudicataria, che deve consentire all'amministrazione aggiudicatrice o alle amministrazioni aggiudicatrici di influenzare in modo determinante sia gli obiettivi strategici che le decisioni significative di tale società. L'intensità del controllo esercitato deve essere valutata in modo complessivo, alla luce dell'insieme costituito dalla gestione e dalle strutture dell'entità in questione. Tale valutazione deve tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti del caso di specie (sentenze del 13 ottobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, punto 65; dell'11 maggio 2006, Carbotermo e Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, punto 36; del 17 luglio 2008, Commissione/Italia, C-371/05, non pubblicata, punto 24; del 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, punto 28; del 10 settembre 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, punto 65; e dell'8 maggio 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, punto 24).

- 38 Sempre secondo la giurisprudenza della Corte, la circostanza che gli organi decisionali dell'entità aggiudicataria siano composti di delegati dell'amministrazione aggiudicatrice o delle amministrazioni aggiudicatrici indica che questa o queste dominano tali organi decisionali e sono dunque in grado di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di tale ente (sentenza del 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07 EU:C:2008:621, punto 34).
- 39 Per quanto riguarda, in particolare, il caso di un controllo analogo esercitato «congiuntamente» da più amministrazioni aggiudicatrici, dalla giurisprudenza della Corte risulta che la detenzione da parte di una delle amministrazioni aggiudicatrici di una quota puramente simbolica della società aggiudicataria non consente, di per sé, di considerare soddisfatto il requisito del «controllo analogo» nei confronti di tale società (sentenza del 19 aprile 2007, Asemfo, C-295/05, EU:C:2007:227, punti da 58 a 61).
- 40 Tuttavia, per poter invocare il «controllo analogo congiunto», la stessa SLSP Sambre et Biesme riconosce che l'amministrazione aggiudicatrice deve dimostrare di essere in grado di partecipare in qualche modo al controllo dell'entità aggiudicataria. Orbene, la SLSP Sambre et Biesme non ha dimostrato di avere alcuna capacità di controllo sull'IGRETEC. L'atto impugnato afferma, a questo proposito, che «lo statuto dell'IGRETEC conferisce maggiore importanza ai propri soci che rivestono la qualità di comuni (categoria A) a scapito degli altri enti pubblici (categoria C)»; che «[i] soci della categoria C – di cui fa parte la SLSP Sambre et Biesme – non hanno la garanzia di essere rappresentati da propri membri nel consiglio di amministrazione e dispongono di un numero di voti pari alle loro quote sociali»; che «una partecipazione minima al capitale sociale dell'IGRETEC c[omporta] (...) un'influenza debole»; che «solo i comuni associati hanno la possibilità di bloccare le decisioni in assemblea»; che «lo statuto dell'IGRETEC attribuisce chiaramente ai comuni (categoria A) poteri di controllo sostanziali» e che «lo statuto dell'IGRETEC conferisce attualmente una preminenza ai comuni, cosicché la SLSP Sambre et Biesme non è in grado di

dimostrare che anche gli altri soci pubblici abbiano un'influenza reale e determinante».

- 41 Dalla sentenza del 29 novembre 2012, Econord (C-182/11 e C-183/11, EU:C:2012:758, punti 31 e 33) risulta che, per avvalersi di un «controllo analogo congiunto», l'amministrazione aggiudicatrice deve «participa[re] sia al capitale sia agli organi direttivi di detta entità», in modo da poter «contribuire effettivamente al controllo» di tale entità. La Corte sottolinea che la nozione di «controllo congiunto» non può essere svuotata di significato e precisa che «l'eventualità che un'amministrazione aggiudicatrice abbia, nell'ambito di un'entità affidataria posseduta in comune, una posizione inidonea a garantirle la benché minima possibilità di partecipare al controllo di tale entità aprirebbe la strada ad un'elusione dell'applicazione delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o di concessioni di servizi, dal momento che una presenza puramente formale nella compagine di tale entità o in un organo comune incaricato della direzione della stessa dispenserebbe detta amministrazione aggiudicatrice dall'obbligo di avviare una procedura di gara d'appalto secondo le norme dell'Unione, nonostante essa non prenda parte in alcun modo all'esercizio del "controllo analogo" sull'entità in questione».
- 42 Tuttavia, si pone la questione della misura e del modo in cui l'amministrazione aggiudicatrice deve «partecipare» agli organi di gestione dell'ente controllato e «contribuire effettivamente al controllo». Nella sentenza dell'8 maggio 2014, Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303, punto 28), la Corte ha dichiarato che non esiste alcuna relazione di controllo tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'entità affidataria quando la prima non detiene alcuna partecipazione nel capitale di tale entità e «non ha alcun rappresentante legale negli organi direttivi di quest'ultima».
- 43 L'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 sembra chiarire il concetto di «partecipazione» agli organi decisionali dell'entità controllata, prevedendo che:
- «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».
- 44 Nella fattispecie, la SLSP Sambre et Biesme ha acquistato una quota sociale dell'IGRETEC il 29 ottobre 2015 per un importo di EUR 6,20, al fine di beneficiare direttamente dei servizi di quest'ultima. Tale unica quota sociale rappresentava, al 31 dicembre 2015, lo 0,0000049% delle 20 366 778 quote sociali dell'agenzia intercomunale e lo 0,000019 % delle 5 071 477 quote con diritto di voto in assemblea. Risulta inoltre da tali documenti che, nello stesso momento, i soci della «categoria C» rappresentavano insieme lo 0,084% delle quote sociali dell'agenzia intercomunale e lo 0,34% delle quote con diritto di voto in assemblea. I soci della «categoria C», in particolare la SLSP Sambre et Biesme,

si trovavano, pertanto, nella situazione di soci molto minoritari in seno all'IGRETEC.

- 45 Tale posizione molto minoritaria non consentiva ai soci della categoria C di contribuire effettivamente al controllo dell'IGRETEC. Inoltre, lo statuto attribuiva, sotto ogni punto di vista e in tutti gli organi decisionali, la preminenza ai comuni (soci di categoria A). Non si può pertanto convenire con la SLSP Sambre et Biesme quando afferma che i soci della categoria C erano rappresentati nel consiglio dell'IGRETEC. Tenuto conto del numero limitato di amministratori, la posizione molto minoritaria dei soci della categoria C di fatto non consente loro di disporre di un amministratore che li rappresenti in seno a tale organo, mentre lo statuto dell'IGRETEC non garantiva in alcun modo la presenza di un amministratore designato dai soci di categoria C che li rappresentasse. L'atto impugnato dichiara pertanto correttamente che «[i] soci della categoria C – di cui fa parte la SLSP Sambre et Biesme – non hanno la garanzia di essere rappresentati dai propri membri nel consiglio di amministrazione». Da quanto precede risulta che i soci della categoria C, di cui fa parte la SLSP Sambre et Biesme, non partecipano in alcun modo all'esercizio del controllo congiunto sull'IGRETEC.
- 46 Tuttavia, la SLSP Sambre et Biesme, nel corso del dibattimento, ha sostenuto che all'epoca dei fatti faceva parte del consiglio di amministrazione dell'IGRETEC un consigliere comunale del comune di Farcennes, il quale era, allo stesso tempo, amministratore della SLSP Sambre et Biesme. La SLSP Sambre et Biesme non ha però potuto dimostrare che questa configurazione sia prevista e garantita dalla legge. Inoltre, costui sedeva nel consiglio di amministrazione dell'IGRETEC nella sua qualità di «consigliere comunale a Farcennes». Nulla consente di ritenere che egli fosse, a tale titolo, considerato anche come rappresentante degli interessi della SLSP Sambre et Biesme, nonostante la circostanza che, nei fatti, egli fosse anche amministratore di tale società.
- 47 La SLSP Sambre et Biesme sostiene tuttavia che tale stato di fatto è sufficiente a dimostrare la «partecipazione» della SLSP Sambre et Biesme agli organi decisionali dell'IGRETEC e a ritenere che essa eserciti su tale agenzia intercomunale un «controllo analogo congiunto» attraverso il comune di Farcennes, che è socio sia dell'IGRETEC sia della SLSP e dispone di un amministratore in ciascuna di tali entità. Essa ricorda, a tal riguardo, che la verifica di un siffatto controllo deve essere valutata in concreto tenendo conto delle circostanze del caso di specie e che è sufficiente che tale controllo abbia luogo, indipendentemente dal modo in cui viene esercitato nei fatti.
- 48 Occorre interrogare la Corte di giustizia al riguardo. Va tuttavia precisato che, sebbene la SLSP Sambre et Biesme sostenga che il comune di Farcennes è socio sia della SLSP Sambre et Biesme che dell'IGRETEC ed eserciti il controllo su entrambe le entità, essa non sostiene che esista una relazione di tipo «in house collaterale», che permette a due entità controllate dalla stessa amministrazione aggiudicatrice di concludere contratti tra loro senza la previa indizione di una gara d'appalto. In ogni caso, sembra che tale controllo possa ricorrere solo quando le

due entità contraenti sono controllate esclusivamente dalla stessa autorità (conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi in *Datenlotsen Informationssysteme*, C-15/13, EU:C:2014:23, paragrafi 44 e 45), il che non avviene nel caso di specie, poiché il comune di Farciennes detiene l'IGRETEC e la SLSP Sambre et Biesme solo congiuntamente ad altri soci pubblici e, per quanto riguarda quest'ultima entità, anche privati.

- 49 Le parti della controversia sembrano, peraltro, ritenere che la risposta alla questione sollevata possa differire a seconda che sia o meno riconosciuto un effetto diretto all'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24, in vigore al momento dei fatti. È quindi opportuno anche chiedere alla Corte se alla suddetta disposizione debba essere riconosciuto tale effetto, fermo restando che, nella sentenza del 3 ottobre 2019, *Irgita* (C-285/18, EU:C:2019:829, punti 46 e 49), la Corte, senza pronunciarsi sull'effetto diretto dell'articolo 12 della citata direttiva, ha già dichiarato, in relazione al paragrafo 1 di tale disposizione, che quest'ultima non può obbligare gli Stati membri a ricorrere a un'operazione «in house» quando sono soddisfatte le condizioni previste da tale disposizione e che uno Stato membro può imporre a un'amministrazione aggiudicatrice condizioni non previste dall'articolo 12, paragrafo 1, per poter concludere un'operazione interna.

5. Questioni pregiudiziali

- 50 Il Conseil d'État (Consiglio di Stato, Belgio) solleva le seguenti questioni:
- 1) Se l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2015/2170 della Commissione, del 24 novembre 2015, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE debba essere interpretato nel senso che esso ha effetto diretto.
 - 2) In caso di risposta affermativa alla prima questione, se l'articolo 12, paragrafo 3, della citata direttiva 2014/24/UE 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.
 - 3) In caso di risposta negativa alla prima questione, se si debba ritenere che un'amministrazione aggiudicatrice, nel caso di specie una società di edilizia residenziale pubblica, «partecipi» agli organi decisionali della persona giuridica

controllata, nella fattispecie una società cooperativa intercomunale, 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 partecipante, 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.

DOCUMENTO DI LAVORO