

SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione)

10 settembre 2009 (*)

«Appalti pubblici – Procedure di aggiudicazione – Appalto relativo al servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti urbani – Assegnazione senza gara d'appalto – Assegnazione ad una società per azioni il cui capitale sociale è interamente detenuto da enti pubblici, ma il cui statuto prevede la possibilità di una partecipazione di capitale privato»

Nel procedimento C-573/07,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, con decisione 11 ottobre 2007, pervenuta in cancelleria il 28 dicembre 2007, nella causa

Sea Srl

contro

Comune di Ponte Nossa,

con l'intervento di:

Servizi Tecnologici Comuni – Se.T.Co. SpA,

LA CORTE (Terza Sezione),

composta dal sig. A. Rosas, presidente di sezione, dai sigg. A. Ó Caoimh, J.N. Cunha Rodrigues (relatore), J. Klučka e A. Arabadjiev, giudici,

avvocato generale: sig. J. Mazák

cancelliere: sig.ra L. Hewlett, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 1° aprile 2009,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Sea Srl, dall'avv. L. Nola;
- per il Comune di Ponte Nossà, dagli avv.ti A. Di Lascio e S. Monzani;
- per la Servizi Tecnologici Comuni – Se.T.Co. SpA, dagli avv.ti M. Mazzarelli e S. Sonzogni;
- per il governo italiano, dal sig. R. Adam, successivamente dalla sig.ra I. Bruni, in qualità di agenti, assistiti dal sig. G. Fiengo, avvocato dello Stato;
- per il governo ceco, dal sig. M. Smolek, in qualità di agente;

- per il governo dei Paesi Bassi, dalle sig.re C. Wissels e C. ten Dam, in qualità di agenti;
- per il governo austriaco, dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente;
- per il governo polacco, dal sig. A. Ratajczak, in qualità di agente;
- per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. M. Konstantinidis e C. Zadra, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 12 CE, 43 CE, 45 CE, 46 CE, 49 CE e 86 CE.
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Sea Srl (in prosieguo: la «Sea») e il Comune di Ponte Nossa, in merito all'assegnazione da parte di quest'ultimo di un appalto relativo al servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti urbani alla Servizi Tecnologici Comuni – Se.T.Co. SpA (in prosieguo: la «Setco»).

Contesto normativo

La normativa comunitaria

- 3 L'art. 1 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), prevede quanto segue:

«(...)

2. a) Gli "appalti pubblici" sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva.

(...)

- d) Gli "appalti pubblici di servizi" sono appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II.

(...)

4. La "concessione di servizi" è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della

fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

4 Ai sensi dell'art. 20 di tale direttiva:

«Gli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II A sono aggiudicati secondo gli articoli da 23 a 55».

5 L'art. 28 di detta direttiva dispone che gli appalti sono aggiudicati, salvo eccezioni, mediante procedura aperta o mediante procedura ristretta.

6 Secondo l'art. 80 della direttiva 2004/18, gli Stati membri dovevano mettere in vigore entro il 31 gennaio 2006 le disposizioni necessarie per conformarsi a quest'ultima.

7 L'allegato II A di tale direttiva comprende una categoria 16 che contempla l'«Eliminazione di scarichi di fogna e di rifiuti; disinfestazione e servizi analoghi».

La normativa nazionale e l'ambito statutario

8 L'art. 2341 bis del codice civile italiano così dispone:

«I patti, in qualunque forma stipulati, che al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società:

a) hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano;

b) pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o delle partecipazioni in società che le controllano;

c) hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società, non possono avere durata superiore a cinque anni e si intendono stipulati per questa durata anche se le parti hanno previsto un termine maggiore; i patti sono rinnovabili alla scadenza.

Qualora il patto non preveda un termine di durata, ciascun contraente ha diritto di recedere con un preavviso di centottanta giorni.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai patti strumentali ad accordi di collaborazione nella produzione o nello scambio di beni o servizi e relativi a società interamente possedute dai partecipanti all'accordo».

9 L'art. 2355 bis del codice civile prevede quanto segue:

«Nel caso di azioni nominative ed in quello di mancata emissione dei titoli azionari, lo statuto può sottoporre a particolari condizioni il loro trasferimento e può, per un periodo non superiore a cinque anni dalla costituzione della società o dal momento in cui il divieto viene introdotto, vietarne il trasferimento.

Le clausole dello statuto che subordinano il trasferimento delle azioni al mero gradimento di organi sociali o di altri soci sono inefficaci se non prevedono, a carico della società o degli altri soci, un obbligo di acquisto oppure il diritto di recesso dell'alienante; resta ferma l'applicazione dell'articolo 2357. Il corrispettivo

dell'acquisto o rispettivamente la quota di liquidazione sono determinati secondo le modalità e nella misura previste dall'articolo 2437 ter.

La disposizione del precedente comma si applica in ogni ipotesi di clausole che sottopongono a particolari condizioni il trasferimento a causa di morte delle azioni, salvo che sia previsto il gradimento e questo sia concesso.

Le limitazioni al trasferimento delle azioni devono risultare dal titolo».

- 10 Il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, recante testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (Supplemento ordinario alla GURI n. 227 del 28 settembre 2000), come modificato dal decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici (Supplemento ordinario alla GURI n. 229 del 2 ottobre 2003), convertito in legge, a seguito di modifica, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326 (Supplemento ordinario alla GURI n. 274 del 25 novembre 2003; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 267/2000»), stabilisce all'art. 113, quinto comma:

«L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

- a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;
- b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;
- c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

- 11 L'art. 1, terzo comma, dello statuto della Setco, è così formulato:

«Stante la natura della società, possono essere soci enti pubblici locali così come individuati dall'articolo 2, comma 1, d.lgs. n. 267/2000, nonché altre pubbliche amministrazioni e imprese pubbliche dotate di personalità giuridica la cui attività e la cui esperienza possano offrire opportunità favorevoli al pieno raggiungimento degli scopi sociali».

- 12 Secondo l'art. 1, quarto comma, di detto statuto:

«Non è ammessa la partecipazione di privati o di enti diversi ed in ogni caso di soggetti la cui partecipazione, qualitativamente e/o quantitativamente anche minoritaria, possa determinare una alterazione dei meccanismi di "controllo analogo" (come definiti dalle successive disposizioni e dalla disciplina comunitaria e nazionale) ovvero una incompatibilità gestionale rispetto alla vigente normativa».

- 13 L'art. 3 dello statuto della Setco precisa quanto segue:

«1. La Società ha per oggetto la gestione dei servizi pubblici locali e dei servizi pubblici locali sovracomunali riguardanti esclusivamente gli enti pubblici locali affidanti i relativi servizi ai sensi degli articoli 113 e seguenti del d.lgs. n. 267/2000 (...) anche tramite convenzione tra Enti Locali.

(...)

3. I servizi e le attività sopra indicate:

- potranno essere svolti anche a favore di soggetti privati quando ciò non contrasti con gli obiettivi sociali ovvero sia funzionale al miglior conseguimento degli stessi;

(...)».

14 L'art. 6, quarto comma, di tale statuto così stabilisce:

«La società, per eventualmente favorire l'azionariato diffuso a livello locale (dei cittadini e/o degli operatori economici) o [l'azionariato] dei dipendenti, potrà emettere anche azioni privilegiate (...)».

15 L'art. 8 bis di detto statuto enuncia quanto segue:

«1. L'affidamento diretto di servizi pubblici locali alla società potrà essere disposto, nel rispetto della vigente normativa nazionale e comunitaria, da parte di soci rappresentanti enti locali ("soci affidanti") relativamente a tutti o alcuni dei settori specificati nell'art. 3 corrispondenti alle seguenti Divisioni: Divisione n. 1: Rifiuti; Divisione n. 2: Acqua; Divisione n. 3: Gas; Divisione n. 4: Turismo; Divisione n. 5: Energia; Divisione n. 6: Servizi di utilità generale.

2. La società gestisce i servizi in via esclusiva a favore dei soci affidanti ed in ogni caso nell'ambito dei territori di competenza di dette Amministrazioni.

3. I soci esercitano, congiuntamente e/o disgiuntamente, i più ampi poteri di direzione, coordinamento e supervisione sugli organi ed organismi societari ed in particolare: possono convocare gli organi societari per chiarimenti sulle modalità di svolgimento dei servizi pubblici locali; richiedono periodicamente e comunque almeno due volte l'anno relazioni sulla gestione dei servizi e sull'andamento economico finanziario; esercitano forme di controllo di gestione con le modalità stabilite dai regolamenti interni delle Amministrazioni affidanti; esprimono il proprio preventivo consenso, da intendersi quale condizione di legittimità, per ogni modifica statutaria inerente la gestione dei servizi pubblici locali.

4. Le divisioni determinano l'applicazione di meccanismi di controllo analogo, congiunto e differenziato secondo le modalità previste dal presente atto e dai relativi contratti di servizio.

5. I soci affidanti esercitano i poteri relativamente alle divisioni per le quali hanno deliberato l'affidamento diretto dei servizi. Ai fini della efficace gestione dei citati servizi gli organi e dipendenti della società rispondono dell'attività svolta anche agli organismi individuati dal presente atto.

6. Il controllo da parte dei soci affidanti, oltre che mediante le prerogative di azionista della società così come definite dal diritto societario, viene svolto attraverso: un Comitato unitario di indirizzo e controllo politico-amministrativo (di

seguito "Comitato unitario"); un Comitato tecnico di controllo per ogni divisione (di seguito "Comitato tecnico").

7. I soci non affidanti possono partecipare, senza diritto di voto, alle riunioni del Comitato unitario (...) e del Comitato tecnico (...) per ogni divisione. La maggioranza assoluta dei membri dei citati Comitati può disporre l'esclusione dalla partecipazione a singole riunioni ovvero a fasi di una riunione dei soci non affidanti dandone motivata giustificazione in sede di verbale di ogni riunione».

16 L'art. 8 ter dello statuto della Setco è così formulato:

«1. Il Comitato unitario (...) è formato: da un rappresentante per ogni socio affidante individuato fra il legale rappresentante dell'Ente, l'Assessore delegato o un Consigliere delegato pro-tempore in carica; da un funzionario, con compiti di supporto e verbalizzazione e senza diritto di voto, nominato congiuntamente dai soci affidanti nel corso della prima riunione ed individuato fra i segretari, direttori generali ovvero i dirigenti (o responsabili dei servizi negli enti privi di personale con qualifica dirigenziale) in servizio presso almeno uno degli enti affidanti.

2. Il Comitato unitario esercita funzioni consultive, di indirizzo e decisionali ai fini dell'esercizio del controllo analogo ed in particolare: a) esercita nei confronti degli organi e degli organismi della società le competenze e le prerogative riconosciute al Consiglio, alla Giunta ed al Sindaco/Presidente relativamente al controllo sui propri uffici e servizi. Il controllo si esplica su tutti gli aspetti di organizzazione e funzionamento dei servizi oggetto di affidamento; b) detta gli indirizzi ai Comitati di divisione ai fini della gestione coordinata ed unitaria dei servizi nonché nelle materie e per gli aspetti coinvolgenti più divisioni; c) designa i rappresentanti degli Enti locali in seno al Consiglio di Amministrazione della società; d) designa il Presidente del Consiglio di Amministrazione e del collegio sindacale e ne dispone la revoca nei casi indicati dal presente statuto; e) detta gli indirizzi per la nomina degli amministratori delegati e del Direttore generale della società; f) adotta la proposta del piano programma, del bilancio economico di previsione pluriennale, del bilancio economico di previsione annuale nonché del rendiconto consuntivo annuale; g) effettua audizioni degli organi di vertice della società sentendo, almeno una volta l'anno, il Presidente e/o il Direttore Generale; h) riceve periodiche relazioni sullo svolgimento dei servizi pubblici locali da parte degli organi di vertice della società con cadenza almeno semestrale; i) può delegare alcune delle proprie funzioni ad uno o più Comitati tecnici anche in modo differenziato in relazione alla specificità delle relative competenze; l) esprime il preventivo parere sugli atti degli amministratori oggetto di approvazione assembleare nei casi previsti dal presente statuto.

3. Il Comitato unitario si riunisce in via ordinaria almeno una volta l'anno e in via straordinaria su richiesta: a) di uno dei soci affidanti; b) del legale rappresentante della società».

17 Ai sensi dell'art. 8 quater di detto statuto:

«1. È istituito un Comitato tecnico (...) per ciascuna delle seguenti divisioni: Divisione n. 1: Rifiuti; Divisione n. 2: Acqua; Divisione n. 3: Gas; Divisione n. 4: Turismo; Divisione n. 5: Energia; Divisione n. 6: Servizi di utilità generale.

2. Il Comitato tecnico (...) è formato: da un rappresentante di ogni socio affidante individuato fra i segretari, direttori generali ovvero i dirigenti (o responsabili dei servizi negli enti privi di personale con qualifica dirigenziale), in servizio presso almeno uno degli enti affidanti. (...)

3. Uno stesso soggetto può far parte di Comitati tecnici di più divisioni.

4. Il Comitato tecnico, in particolare: a) esercita nei confronti degli organi e degli organismi della società le competenze e le prerogative riconosciute agli organi tecnici dell'Amministrazione sui propri uffici. Il controllo si esplica su tutti gli aspetti di organizzazione e funzionamento dei servizi oggetto di affidamento limitatamente alle materie di competenza della divisione e nel rispetto delle direttive del Comitato unitario; b) supporta il Comitato unitario nelle decisioni inerenti l'organizzazione ed il funzionamento dei servizi di competenza della divisione; c) esercita le funzioni delegate dal Comitato unitario; d) coordina i sistemi di controllo di gestione della società; e) propone al Comitato unitario o agli organi della società l'adozione degli atti necessari al coordinamento dell'azione societaria con gli obiettivi delle Amministrazioni affidanti come risultano dal Piano Esecutivo di Gestione e dal Piano degli Obiettivi; f) fornisce un supporto tecnico-amministrativo all'attività della società con le modalità stabilite dai regolamenti delle Amministrazioni affidanti e/o dalla convenzione di disciplina dei rapporti fra queste; g) segnala eventuali disfunzioni nella gestione dei servizi e propone i correttivi da apportare alla regolamentazione comunale ed agli atti di regolamentazione dei servizi pubblici locali».

18 L'art. 14 dello stesso statuto precisa quanto segue:

«1. L'Assemblea ordinaria, salve le prerogative degli organismi di controllo analogo, congiunto e differenziato di cui ai precedenti articoli 8 bis, 8 ter e 8 quater, delibera sulle materie previste dalla legge e dal presente statuto tenuto conto delle direttive, degli indirizzi e delle eventuali prescrizioni impartite dai citati organismi relativamente alla organizzazione e gestione dei servizi pubblici locali affidati direttamente alla società.

(...)

3. Sono sottoposti alla preventiva autorizzazione dell'Assemblea ordinaria, su conforme parere favorevole del Comitato unitario di cui al precedente art. 8 ter relativamente alle parti inerenti l'organizzazione ed il funzionamento dei servizi pubblici locali, i seguenti atti degli amministratori:

- a) piano programmatico, bilanci economici di previsione pluriennale ed annuale, nonché il bilancio infrannuale di assestamento del bilancio di previsione;
- b) costituzione di società di capitale aventi scopi strumentali o complementari a quello della società; acquisto di partecipazioni anche minoritarie in dette società, nonché loro dismissione;
- c) attivazione di nuovi servizi previsti dallo Statuto o dismissione di quelli già esercitati;
- d) acquisti ed alienazioni di immobili e di impianti, mutui ed altre operazioni similari, di qualsiasi tipo e natura, che comportino un impegno finanziario di valore superiore al 20% del patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio approvato;
- e) linee guida per la formulazione delle tariffe e dei prezzi dei servizi erogati, qualora non soggetti a vincoli di legge o fissati da organi o autorità ad essi preposti.

(...)

5. L'Assemblea ed il Comitato unitario possono fornire il proprio assenso al compimento degli atti di cui ai precedenti punti anche condizionando lo stesso a determinate prescrizioni, vincoli o adempimenti a carico degli amministratori. In tal caso gli amministratori relazionano in merito al rispetto delle prescrizioni entro il termine stabilito nell'atto di autorizzazione o, in assenza, entro 30 giorni dal compimento dell'atto stesso.

6. Gli enti locali soci, che rappresentino almeno un ventesimo del capitale sociale, e ciascun socio affidante per il tramite del Comitato unitario, ove ritengano che la società non abbia eseguito o non stia eseguendo l'atto in conformità all'autorizzazione concessa, possono richiedere, ai sensi dell'art. 2367, comma 1, [del codice civile], l'immediata convocazione dell'Assemblea affinché adotti i provvedimenti che riterrà più opportuni nell'interesse della società.

7. L'esecuzione degli atti soggetti a preventiva autorizzazione senza che sia stato richiesto ed ottenuto il preventivo assenso assembleare ovvero il conforme parere del Comitato unitario nei casi previsti dallo statuto ovvero la mancata esecuzione dell'atto in conformità all'autorizzazione concessa potrà configurare giusta causa per la revoca degli amministratori.

8. Il consiglio di amministrazione che non intenda eseguire l'atto autorizzato dall'Assemblea, adotta, entro il termine di quindici giorni decorrenti dal giorno in cui è stata assunta la deliberazione assembleare, apposita motivata deliberazione, che deve essere immediatamente trasmessa agli Enti locali soci e, per le materie relative alla gestione dei servizi pubblici locali, al Comitato unitario. Il Comitato unitario, relativamente alle decisioni inerenti la organizzazione e/o la gestione dei servizi pubblici locali, entro 30 giorni dalla ricezione della comunicazione del consiglio di amministrazione può adottare una decisione di conferma del proprio parere e/o delle proprie prescrizioni. L'atto adottato sarà vincolante per l'organo di amministrazione.

(...).

19 L'art. 16 di detto statuto enuncia quanto segue:

«1. La società è amministrata da un Consiglio di Amministrazione, con poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione, fatti salvi quelli, che per legge o per statuto:

- a) sono riservati all'Assemblea,
- b) sono soggetti a preventiva autorizzazione assembleare,
- c) sono riservati agli organismi di controllo analogo di cui agli articoli 8 bis e seguenti dello statuto.

2. Il Consiglio di Amministrazione è formato da n. 3 (tre) a 7 (sette) membri, nominati dall'Assemblea su designazione del Comitato unitario di cui all'art. 8 ter. In ogni caso ai soci affidanti spetta la nomina diretta, la revoca e la sostituzione di un numero di amministratori (ivi compreso il Presidente del consiglio di amministrazione) proporzionale all'entità della propria partecipazione e comunque superiore alla metà degli stessi.

(...)

6. Il Consiglio di Amministrazione adotta le decisioni inerenti l'organizzazione e/o la gestione dei servizi pubblici locali oggetto di affidamento diretto nel rispetto degli

indirizzi adottati dagli organismi di controllo di cui agli articoli 8 bis e seguenti del presente atto.

(...)».

Causa principale e questione pregiudiziale

- 20 La Sea, aggiudicataria a seguito di pubblica gara dell'appalto del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani ed assimilati nel territorio del Comune di Ponte Nossola, ha fornito detto servizio per un periodo di tre anni, dal 1° gennaio 2004 al 31 dicembre 2006.
- 21 La Setco è una società per azioni partecipata da alcuni comuni della Val Seriana, il cui azionista di maggioranza è il Comune di Clusone.
- 22 Con decisione 16 dicembre 2006, il Comune di Ponte Nossola ha deciso di diventare socio minoritario della Setco in vista dell'affidamento diretto a quest'ultima del servizio di cui trattasi a decorrere dal 1° gennaio 2007.
- 23 Il 23 dicembre 2006 i comuni azionisti della Setco, tra cui il Comune di Ponte Nossola, hanno conformato lo statuto di tale società per sottoporla ad un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, conformemente all'art. 113, quinto comma, lett. c), del decreto legislativo n. 267/2000.
- 24 Con decisione 30 dicembre 2006, il Comune di Ponte Nossola ha assegnato direttamente alla Setco, dal 1° gennaio 2007, il servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani ed assimilati nel suo territorio, senza previa gara pubblica.
- 25 Il 2 gennaio 2007 la Sea ha proposto ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia avverso le decisioni 16 e 30 dicembre 2006 del Comune di Ponte Nossola.
- 26 La Sea, in particolare, ha fatto valere che il Comune di Ponte Nossola, assegnando direttamente alla Setco il servizio di cui trattasi, ha violato l'art. 113, quinto comma, del decreto legislativo n. 267/2000, nonché gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, in quanto esso non esercita sulla Setco un controllo analogo a quello che effettua sui propri servizi, così come richiesto per l'assegnazione diretta di un servizio ad un'impresa partecipata dall'amministrazione aggiudicatrice.
- 27 Il giudice del rinvio ritiene che taluni elementi potrebbero suscitare dubbi riguardo all'esercizio sulla Setco da parte del Comune di Ponte Nossola di un controllo analogo a quello effettuato sui propri servizi.
- 28 Da un lato, la partecipazione di privati al capitale della Setco, sebbene attualmente inesistente, sarebbe potenzialmente possibile. A tale riguardo, il giudice del rinvio precisa che tale partecipazione, nonostante l'espressa esclusione di soci privati dal capitale della Setco prevista all'art. 1, quarto comma, del suo statuto, sembrerebbe possibile in base all'art. 6, quarto comma, dello stesso statuto nonché in forza dell'art. 2355 bis del codice civile italiano.
- 29 Dall'altro, riguardo ai poteri di controllo effettivamente attribuiti al Comune di Ponte Nossola nei confronti della Setco, il giudice a quo si chiede se possa esistere un

controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi dal momento che possiede solo una partecipazione minoritaria in detta società.

- 30 Ciò considerato, il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se sia compatibile con il diritto comunitario ed in particolare con la libertà di stabilimento ovvero di prestazione di servizi, con il divieto di discriminazione e con gli obblighi di parità di trattamento, di trasparenza e di libera concorrenza di cui agli artt. 12 CE, 43 CE, 45 CE, 46 CE, 49 CE e 86 CE, l'affidamento diretto di un servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti solidi urbani ed assimilati ad una società per azioni a capitale interamente pubblico e statuto conformato – ai fini dell'art. 113 del decreto legislativo n. 267/2000 – così come esposto in motivazione».

Sulla questione pregiudiziale

- 31 In via preliminare si deve rilevare che l'affidamento di un servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti urbani, come quello di cui trattasi nella causa principale, può rientrare, secondo le specificità della contropartita di tale servizio, nella definizione di appalto pubblico di servizi o in quella di concessione di servizi pubblici ai sensi, rispettivamente, dell'art. 1, n. 2, lett. d), o n. 4, della direttiva 2004/18.
- 32 In base agli elementi contenuti nella decisione di rinvio e nel fascicolo trasmesso alla Corte dal giudice del rinvio, il contratto in esame nella causa principale potrebbe costituire un appalto pubblico di servizi, in particolare per il fatto che il contratto intervenuto tra la Setco e il Comune di Ponte Nossa per la prestazione dei servizi in oggetto prevede che quest'ultimo versi alla Setco il corrispettivo per i servizi da essa forniti.
- 33 Un appalto siffatto potrebbe rientrare nella direttiva 2004/18, in quanto appalto di servizi di eliminazione di rifiuti appartenenti alla categoria 16 dell'allegato II A di tale direttiva.
- 34 La decisione di rinvio, tuttavia, non contiene le informazioni necessarie per determinare se si tratti di una concessione di servizi o di un appalto pubblico di servizi e, in quest'ultimo caso, se siano soddisfatte tutte le condizioni di applicazione di detta direttiva. In particolare, essa non precisa se l'importo dell'appalto di cui trattasi nella causa principale superi la soglia di applicazione di quest'ultima.
- 35 In ogni caso, la questione se la causa principale tratti di una concessione di servizi o di un appalto pubblico di servizi nonché la questione se, in quest'ultimo caso, un siffatto appalto di servizi rientri o meno nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18 non influiscono sulla risposta che la Corte deve dare alla questione pregiudiziale sottoposta.
- 36 Infatti, secondo la giurisprudenza della Corte, una gara non è obbligatoria in caso di contratto a titolo oneroso concluso con un ente giuridicamente distinto dall'autorità locale che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice, qualora tale autorità eserciti su detto ente un controllo, analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e, nel contempo, tale ente realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano (v., in tal senso, sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal, Racc. pag. I-8121, punto 50).

- 37 Orbene, detta giurisprudenza rileva sia per l'interpretazione della direttiva 2004/18 sia per quella degli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE nonché dei principi generali di cui essi costituiscono la specifica espressione (v., in tal senso, sentenze 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I-1, punto 49, nonché 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I-8585, punto 62).
- 38 Occorre ricordare che, nonostante il fatto che taluni contratti non rientrino nell'ambito di applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono tenute a rispettare i principi fondamentali del Trattato CE (v., in tal senso, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress, Racc. pag. I-10745, punto 60, nonché ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, Vestergaard, Racc. pag. I-9505, punto 20).
- 39 Per quanto concerne l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi, le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare, in particolare, gli artt. 43 CE e 49 CE nonché i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza così come l'obbligo di trasparenza che ne discende (v., in tal senso, sentenze Parking Brixen, cit., punti 47-49, e 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV, Racc. pag. I-3303, punti 19-21).
- 40 L'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione, è tuttavia esclusa qualora, al contempo, l'ente locale che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'ente aggiudicatario un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e detto ente realizzi la parte più importante della sua attività con l'autorità o le autorità che lo controllano (v., in tal senso, sentenze Teckal, cit., punto 50; Parking Brixen, cit., punto 62, nonché 9 giugno 2009, causa C-480/06, Commissione/Germania, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 34).
- 41 La circostanza che l'ente aggiudicatario si costituisca sotto forma di società di capitali non esclude in alcun modo l'applicazione dell'eccezione ammessa dalla giurisprudenza richiamata al punto precedente. Nella citata sentenza ANAV, la Corte ha riconosciuto l'applicabilità di tale giurisprudenza nel caso di una società per azioni.
- 42 Il giudice del rinvio rileva che, nonostante il fatto che l'art. 1, terzo e quarto comma, dello statuto della Setco riservi ad enti pubblici l'accesso al capitale di quest'ultima, l'art. 6, quarto comma, di tale statuto prevede che la Setco possa emettere azioni privilegiate per favorire eventualmente l'azionariato, a livello locale, dei cittadini e degli operatori economici o l'azionariato dei dipendenti.
- 43 Nel corso dell'udienza, il Comune di Ponte Nossola ha fatto valere che detto art. 6, quarto comma, avrebbe dovuto essere abrogato in sede di modifica dello statuto della Setco avvenuta il 23 dicembre 2006, ma vi è rimasto per errore. Sempre secondo il Comune di Ponte Nossola, tale art. 6, quarto comma, è stato abrogato successivamente. Spetta al giudice nazionale verificare la realtà di questi elementi, i quali potrebbero portare ad escludere la possibilità che il capitale della Setco sia aperto ad investitori privati.
- 44 La decisione di rinvio solleva la questione se un'amministrazione aggiudicatrice possa esercitare su una società di cui è azionista, con la quale intende concludere un contratto, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi nel caso in cui esista la possibilità, sebbene non concretizzata, che investitori privati entrino nel capitale della società di cui trattasi.

- 45 Per risolvere tale questione va ricordato che la circostanza che l'amministrazione aggiudicatrice detenga, da sola o insieme ad altri enti pubblici, l'intero capitale di una società concessionaria potrebbe indicare, pur non essendo decisiva, che tale amministrazione aggiudicatrice esercita su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (v., in tal senso, sentenze 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo e Consorzio Alisei, Racc. pag. I-4137, punto 37, nonché 13 novembre 2008, causa C-324/07, Coditel Brabant, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 31).
- 46 Per contro, 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 su detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi (v., in tal senso, citate sentenze Stadt Halle e RPL Lochau, punto 49, nonché Coditel Brabant, punto 30).
- 47 Di regola, l'esistenza effettiva di una partecipazione privata al capitale della società aggiudicataria deve essere verificata nel momento dell'affidamento dell'appalto pubblico di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punti 15 e 52). Può anche assumere rilevanza tenere conto della circostanza che, nel momento in cui un'amministrazione aggiudicatrice affida un appalto ad una società di cui detiene l'intero capitale, la legislazione nazionale applicabile prevede l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali (v., in tal senso, citata sentenza Parking Brixen, punti 67 e 72).
- 48 In via eccezionale, circostanze particolari possono richiedere che siano presi in considerazione avvenimenti intervenuti successivamente alla data di aggiudicazione dell'appalto in esame. È quanto avviene, in particolare, nel caso in cui le quote della società aggiudicataria, precedentemente detenute interamente dall'amministrazione aggiudicatrice, vengano cedute ad un'impresa privata appena dopo l'aggiudicazione a tale società dell'appalto di cui trattasi nell'ambito di una costruzione artificiale diretta ad eludere le norme comunitarie in materia (v., in tal senso, sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria, Racc. pag. I-9705, punti 38-41).
- 49 Certamente, non può escludersi che le quote di una società vengano vendute a terzi in qualunque momento. Tuttavia, il fatto di ammettere che questa mera possibilità possa sospendere indefinitamente la valutazione sul carattere pubblico o meno del capitale di una società aggiudicataria di un appalto pubblico non sarebbe conforme al principio di certezza del diritto.
- 50 Se il capitale di una società è interamente detenuto dall'amministrazione aggiudicatrice, da sola o con altre autorità pubbliche, al momento in cui l'appalto in oggetto è assegnato a tale società, l'apertura del capitale di quest'ultima ad investitori privati può essere presa in considerazione solo se in quel momento esiste una prospettiva concreta e a breve termine di una siffatta apertura.
- 51 Ne risulta che in una situazione come quella di cui trattasi nella causa principale, in cui il capitale della società aggiudicataria è interamente pubblico e in cui non vi è alcun indizio concreto di una futura apertura del capitale di tale società ad investitori privati, la mera possibilità per i privati di partecipare al capitale di detta società non è sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo dell'autorità pubblica non è soddisfatta.
- 52 Tale conclusione non è inficiata dalle considerazioni contenute nel punto 26 della sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname (Racc. pag. I-7287), in base alle quali il fatto che una società come quella in esame nella causa all'origine della citata

sentenza sia aperta ai capitali privati impedisce di considerarla come una struttura di gestione interna di un servizio pubblico nell'ambito dei comuni che ne fanno parte. Infatti, in questa causa, il servizio pubblico era stato attribuito ad una società a prevalente capitale pubblico, e dunque misto, al momento di tale assegnazione (v. citata sentenza Coname, punti 5 e 28).

- 53 Va tuttavia precisato che, nell'ipotesi in cui un appalto fosse stato attribuito senza indizione di una gara ad una società a capitale pubblico alle condizioni stabilite nel punto 51 della presente sentenza, il fatto che, successivamente, ma sempre durante il periodo di validità di tale appalto, gli azionisti privati siano ammessi a partecipare al capitale di detta società costituirebbe un cambiamento di una condizione fondamentale dell'appalto che necessiterebbe di un'indizione di gara.
- 54 Bisogna capire poi se, nel caso in cui un'autorità pubblica diventi socia di minoranza di una società per azioni a capitale interamente pubblico al fine di attribuire a quest'ultima la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità pubbliche socie di detta società esercitano su quest'ultima, per essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, debba essere esercitato individualmente da ognuna di queste autorità o possa essere esercitato congiuntamente dalle stesse.
- 55 La giurisprudenza non impone che il controllo esercitato in un siffatto caso sulla società aggiudicataria sia individuale (v., in tal senso, citata sentenza Coditel Brabant, punto 46).
- 56 Infatti, allorché varie autorità pubbliche scelgono di svolgere alcune delle loro missioni di servizio pubblico facendo ricorso ad una società che esse detengono in comune, è di norma escluso che una di tali autorità che possiede soltanto una partecipazione minoritaria in tale società eserciti da sola un controllo determinante sulle decisioni di quest'ultima. Richiedere che il controllo esercitato da un'autorità pubblica in un caso del genere sia individuale avrebbe la conseguenza d'imporre una gara di appalto nella maggior parte dei casi in cui un'autorità siffatta intendesse associarsi ad una società detenuta da altre autorità pubbliche al fine di attribuirle la gestione di un servizio pubblico (v., in tal senso, citata sentenza Coditel Brabant, punto 47).
- 57 Un risultato simile non sarebbe conforme al sistema delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici e di concessioni. Si riconosce, infatti, che un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi (citate sentenze Stadt Halle e RPL Lochau, punto 48; Coditel Brabant, punto 48, e Commissione/Germania, punto 45).
- 58 Detta possibilità per le autorità pubbliche di ricorrere ai propri strumenti per adempiere alle loro missioni di servizio pubblico può essere utilizzata in collaborazione con altre autorità pubbliche (v., in tal senso, sentenze 19 aprile 2007, causa C-295/05, Asemfo, Racc. pag. I-2999, punto 57, e Coditel Brabant, cit., punto 49).
- 59 Occorre quindi riconoscere che, nel caso in cui varie autorità pubbliche detengano una società cui affidano l'adempimento di una delle loro missioni di servizio pubblico, il controllo che dette autorità pubbliche esercitano sull'ente in parola può venire da loro esercitato congiuntamente (v., in tal senso, citata sentenza Coditel Brabant, punto 50).

- 60 Nel caso di un organo collegiale, la procedura utilizzata per adottare la decisione, segnatamente il ricorso alla maggioranza, non incide (v. citata sentenza Coditel Brabant, punto 51).
- 61 Neanche tale conclusione è inficiata dalla citata sentenza Coname. Di sicuro la Corte, al punto 24 di quest'ultima, ha considerato che una partecipazione dello 0,97% è talmente esigua da non consentire ad un comune di esercitare un controllo sul concessionario che gestisce un servizio pubblico. Tuttavia, in questo stralcio di detta sentenza, la Corte non affrontava la questione se un siffatto controllo potesse essere esercitato in maniera congiunta (v. citata sentenza Coditel Brabant, punto 52).
- 62 Del resto, la Corte ha dichiarato successivamente, nella citata sentenza Asemfo (punti 56-61), che, in talune circostanze, la condizione relativa al controllo esercitato dall'autorità pubblica aggiudicatrice poteva essere soddisfatta nel caso in cui quest'ultima detenesse solamente lo 0,25% del capitale di un'impresa pubblica (v. citata sentenza Coditel Brabant, punto 53).
- 63 Ne discende che se un'autorità pubblica diventa socia di minoranza di una società per azioni a capitale interamente pubblico al fine di attribuirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità pubbliche associate a detta società esercitano su quest'ultima può essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, qualora esso sia esercitato congiuntamente dalle stesse.
- 64 La questione pregiudiziale sottoposta dal giudice del rinvio è volta inoltre a determinare se strutture decisionali come quelle previste dallo statuto della Setco siano atte a consentire ai comuni azionisti di esercitare effettivamente sulla società che detengono un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.
- 65 Per valutare se l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla società aggiudicataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da questo esame deve risultare che la società aggiudicataria è soggetta a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società (v., in tal senso, citate sentenze Carbotermo e Consorzio Alisei, punto 36, nonché Coditel Brabant, punto 28).
- 66 Fra le circostanze pertinenti delineate dalla decisione di rinvio va considerata anzitutto la legislazione applicabile, in secondo luogo la questione se la società di cui trattasi abbia una vocazione commerciale e, infine, i meccanismi di controllo previsti dallo statuto della Setco.
- 67 Per quanto riguarda la legislazione applicabile, l'art. 113, quinto comma, lett. c), del decreto legislativo n. 267/2000 prevede che l'erogazione del servizio possa essere attribuito, nel rispetto della normativa dell'Unione europea, a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale «esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».
- 68 Adottando tali disposizioni, il legislatore italiano ha ripreso testualmente la formulazione delle condizioni enunciate al punto 50 della citata sentenza Teckal, e confermate in varie sentenze successive della Corte. Una siffatta legislazione nazionale è in linea di principio conforme al diritto comunitario, fermo restando che

l'interpretazione di tale disciplina deve a sua volta essere conforme alle esigenze del diritto comunitario (v., in tal senso, citata sentenza ANAV, punto 25).

- 69 Peraltro, dalla decisione di rinvio emerge che i comuni azionisti della Setco hanno modificato lo statuto di tale società il 23 dicembre 2006, al fine di sottoporre quest'ultima ad un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, conformemente all'art. 113, quinto comma, lett. c), del decreto legislativo n. 267/2000.
- 70 Il fatto che detta modifica dello statuto della Setco miri a garantire il rispetto della normativa comunitaria in materia risulta altresì dall'art. 8 bis, primo comma, di tale statuto.
- 71 Del resto, nessun elemento del fascicolo indica che detto statuto sia stato modificato allo scopo di eludere le norme comunitarie in materia di appalti pubblici.
- 72 Infine, come risulta dalla decisione di rinvio, sia il contesto legislativo sia quello statutario pertinenti consentono agli enti locali minori di affidare direttamente la gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica a società a capitale interamente pubblico solo se tali enti esercitano sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del diritto comunitario. Secondo il giudice nazionale, l'espressione «controllo analogo», tuttavia, non è ivi definita.
- 73 Per quanto concerne la questione se la società di cui trattasi abbia una vocazione commerciale che rende precario il controllo di enti che ne sono gli azionisti, occorre esaminare la portata geografica e materiale delle attività di tale società nonché la possibilità per quest'ultima d'instaurare relazioni con imprese private.
- 74 L'art. 3 dello statuto della Setco, intitolato «Oggetto sociale», prevede che quest'ultima gestisca i servizi pubblici locali riguardanti esclusivamente gli enti pubblici locali che affidano detti servizi.
- 75 Inoltre l'art. 8 bis, secondo comma, di tale statuto enuncia che la Setco gestisce i servizi in via esclusiva a favore dei soci affidanti e nell'ambito dei territori di competenza di questi ultimi.
- 76 Disposizioni siffatte, da un lato, indicano che l'ambito geografico delle attività della società aggiudicataria di cui trattasi nella causa principale non si estende oltre il territorio dei comuni che ne sono gli azionisti e, dall'altro, che questa società mira a gestire i servizi pubblici soltanto riguardo a tali comuni.
- 77 Tuttavia, l'art. 3, terzo comma, di detto statuto prevede che la Setco possa svolgere servizi anche a favore di soggetti privati quando ciò non contrasti con gli obiettivi sociali ovvero sia funzionale al miglior conseguimento degli stessi.
- 78 Nel corso dell'udienza la Setco ha affermato che il potere di cui essa dispone di trattare con imprese private costituisce un accessorio indispensabile all'esecuzione delle proprie missioni di servizio pubblico. A titolo esemplificativo essa ha menzionato la raccolta differenziata dei rifiuti, la quale potrebbe rendere necessaria la rivendita ad enti specializzati di talune categorie di materiale recuperato a scopo di riciclaggio. Secondo la Setco, si tratterebbe di attività accessorie alla raccolta di rifiuti e non di attività che esulano dall'attività principale.

- 79 Si deve considerare che, anche se il potere riconosciuto alla società aggiudicataria di cui trattasi nella causa principale di fornire servizi ad operatori economici privati è meramente accessorio alla sua attività principale, il che deve essere verificato dal giudice del rinvio, l'esistenza di tale potere 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.
- 80 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.
- 81 Per quanto concerne i meccanismi di controllo stabiliti dallo statuto della Setco, dal fascicolo risulta che i soci, con le modifiche apportate allo statuto il 23 dicembre 2006, hanno inteso sovrapporre all'assemblea generale e al consiglio di amministrazione, quali previsti dal diritto societario italiano, strutture decisionali non esplicitamente prescritte da tale diritto, dirette a garantire sulla Setco un controllo analogo a quello che essi esercitano sui propri servizi. Si tratta, in particolare, di assicurare un controllo rafforzato, da un lato, tramite il Comitato unitario e, dall'altro, tramite un Comitato tecnico per ogni divisione responsabile delle diverse attività della Setco.
- 82 Come emerge dagli artt. 8 ter e 8 quater di detto statuto, il Comitato unitario e i Comitati tecnici sono formati da rappresentanti degli enti azionisti. Ognuno di questi enti possiede un voto in seno a detti Comitati, indipendentemente dalle dimensioni dell'ente di cui trattasi o dal numero di azioni che esso detiene.
- 83 Peraltro, gli artt. 8 bis-8 quater dello statuto della Setco attribuiscono al Comitato unitario e ai Comitati tecnici ampi poteri di controllo e di decisione.
- 84 Parallelamente, l'art. 14 di tale statuto limita i poteri dell'assemblea generale imponendo a quest'ultima di tener conto degli indirizzi e delle prescrizioni impartite dai Comitati summenzionati e richiedendo un parere favorevole del Comitato unitario prima che l'assemblea generale possa autorizzare l'adempimento di taluni atti da parte degli amministratori della società.
- 85 Parimenti, l'art. 16 di detto statuto restringe l'autonomia decisionale del consiglio di amministrazione imponendogli di rispettare i poteri riservati a detti Comitati e subordinando le sue decisioni all'osservanza delle prescrizioni emanate da questi ultimi.
- 86 Tenuto conto della portata dei poteri di controllo e di decisione che esse attribuiscono ai Comitati istituiti nonché della circostanza che questi ultimi sono composti da rappresentanti degli enti azionisti, le disposizioni statutarie come quelle della società aggiudicataria di cui trattasi nella causa principale devono essere intese nel senso di mettere gli enti azionisti in grado di esercitare, tramite detti Comitati, un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di tale società.

- 87 Tuttavia, il giudice del rinvio ritiene che gli artt. 8 bis-8 quater dello statuto della Setco, laddove riguardano il Comitato unitario e i Comitati tecnici, siano assimilabili ai patti parasociali di cui all'art. 2341 bis del codice civile italiano. Esso ne deduce che il controllo analogo a quello che gli enti azionisti esercitano sui propri servizi, su cui verte il meccanismo di detti Comitati, potrebbe essere influente.
- 88 Si tratta di una questione interpretativa delle norme nazionali la cui soluzione incombe al giudice del rinvio.
- 89 Fatta salva la verifica da parte di quest'ultimo dell'operatività delle disposizioni statutarie in oggetto, ne risulta che in circostanze come quelle di cui alla causa principale il controllo esercitato attraverso organi statuari dagli enti azionisti sulla società aggiudicataria può essere considerato tale da consentire a tali enti di esercitare su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.
- 90 Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre risolvere la questione pregiudiziale sottoposta nel seguente modo:

Gli artt. 43 CE 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 ad 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 tale società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano.

Fatta salva la verifica da parte del giudice del rinvio dell'operatività delle disposizioni statutarie di cui trattasi, il controllo esercitato dagli enti azionisti sulla detta società può essere considerato analogo a quello esercitato sui propri servizi in circostanze come quelle di cui alla causa principale, in cui:

- l'attività di tale società è limitata al territorio di detti enti ed è esercitata fondamentalmente a beneficio di questi ultimi, e
- tramite organi statuari composti da rappresentanti di detti enti, questi ultimi esercitano un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società.

Sulle spese

- 91 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice del rinvio, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

Gli artt. 43 CE 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 ad 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.

Fatta salva la verifica da parte del giudice del rinvio dell'operatività delle disposizioni statutarie di cui trattasi, il controllo esercitato dagli enti azionisti sulla detta società può essere considerato analogo a quello esercitato sui propri servizi in circostanze come quelle di cui alla causa principale, in cui:

- l'attività di tale società è limitata al territorio di detti enti ed è esercitata fundamentalmente a beneficio di questi ultimi, e**
- tramite organi statutari composti da rappresentanti di detti enti, questi ultimi esercitano un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società.**

Firme