



AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Bollettino

Settimanale

Anno XXXIII - n. 2

**Publicato sul sito www.agcm.it
9 gennaio 2023**

AS1876 - COMUNE DI BUSTO ARSIZIO (VA) - AFFIDAMENTO IN HOUSE DEL SERVIZIO DI GESTIONE INTEGRATA DEI RIFIUTI

Roma, 23 dicembre 2022

Comune di Busto Arsizio

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 20 dicembre 2022, a seguito della comunicazione da parte del Comune di Busto Arsizio (di seguito anche il "Comune") della deliberazione del Consiglio Comunale n. 62/2022¹ in applicazione dell'articolo 5 del D.Lgs. n. 175/2016 (il *testo unico in materia di società a partecipazione pubblica* o "TUSPP"), ha ritenuto di svolgere le seguenti osservazioni, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/1990, in relazione alle modalità applicative dell'articolo 16, TUSPP, e dell'articolo 5, D.Lgs. n. 50/2016 (di seguito, anche il "codice dei contratti pubblici" o "CCP").

In particolare, si apprende da tale comunicazione che la società Agesp S.p.A. ("Agesp" o la "Società"), partecipata in modo pressoché totalitario dal Comune di Busto Arsizio², è attualmente affidataria del servizio di gestione integrata dei rifiuti nel territorio comunale, secondo il modello *in house providing*, dal 2021 fino al 2035 e, allo stesso tempo, è a capo di un gruppo societario comprendente anche società che operano nel libero mercato, in particolare Agesp Energia S.r.l. (collettivamente il "Gruppo Agesp").

Si ricorda che l'affidamento diretto di un servizio pubblico ad un ente soggettivamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice, in alternativa al sistema della gara pubblica, viene consentito a condizione che tale soggetto esterno "...*presenti caratteristiche tali da poterlo qualificare come una derivazione, o una longa manus, dell'ente stesso*"³. Più precisamente, tra i requisiti richiesti affinché una concessione o un appalto pubblico possano essere aggiudicati in modo diretto da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto privato da questa controllata (c.d. *in house*), è richiesto che oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice

¹ Avente ad oggetto l'"Autorizzazione alla sottoscrizione di aumento di capitale sociale di Agesp S.p.A. e contestuale modifica dello statuto societario".

² Quest'ultimo risulta titolare di azioni pari al 99,99% del capitale sociale della stessa; la restante parte è detenuta da altri sei Comuni del territorio, titolari di partecipazioni pulviscolari.

³ Cfr. Cons. St., Ad. plen., n. 1/2008: "*da qui, l'espressione in house che richiama, appunto, una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso ente affidante o a sue articolazioni. ...Si è in presenza di un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica. Mentre, la disciplina comunitaria dei pubblici appalti va applicata se l'ente affidatario sia distinto dall'amministrazione aggiudicatrice sul piano formale e sia autonomo sul piano sostanziale*". A conferma della natura sostanzialmente pubblica delle società *in house* il TUSPP prevede espressamente che queste siano "...*tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016*" al pari delle pubbliche amministrazioni (art. 16, comma 7, TUSPP).

controllante (cfr. articolo 5, comma 1, lett. b), CCP e articolo 16, comma 3, TUSPP- c.d. “*requisito dell’attività prevalente*”)⁴. Tale limite, posto a tutela della concorrenza, è strumentale ad impedire che “...un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d’impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione”⁵.

Dalle informazioni fornite dal Comune di Busto Arsizio si è appreso che la verifica del rispetto del requisito dell’attività prevalente con riferimento alla capo-gruppo Agesp è stata condotta con riferimento esclusivo all’attività e al fatturato della *holding*, senza prendere in considerazione il fatturato del Gruppo Agesp nel suo complesso. Invero, ai fini della verifica del rispetto del requisito dell’attività prevalente, non sarebbe stato considerato il fatturato relativo all’attività di Agesp Energia S.r.l., il cui capitale è detenuto interamente da Agesp, sul presupposto che tale società non sia affidataria diretta di alcun servizio di interesse economico generale.

L’Autorità non ritiene condivisibile l’impostazione del Comune di Busto Arsizio in quanto idonea a privare di effettività il requisito dell’attività prevalente delle società affidatarie in modalità *in house providing* di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo, posto a tutela della concorrenza sia dal TUSPP che dal CCP. Infatti, si ritiene che, nel caso di *holding* pubbliche che siano anche operative come organismi *in house* - quale nello specifico Agesp - tale requisito debba essere verificato anche con riguardo al fatturato delle società da queste controllate ai sensi dell’art. 2359 c.c.⁶, ferma restando, invece, l’irrilevanza in tale computo di proventi da partecipazioni non di controllo o meramente finanziarie.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha avuto recentemente modo di affermare che le società *in house*, pur presentando una personalità giuridica formalmente distinta dall’ente pubblico socio, in virtù dell’approccio funzionale che caratterizza l’istituto possono essere considerate un’articolazione organizzativa dell’ente pubblico in tutti i settori in cui operano, anche attraverso le proprie partecipate in posizione di controllo *ex art. 2359 c.c.*⁷. Ciò del resto giustifica l’affidamento diretto in modalità *in house providing* e la mancanza di confronto competitivo per la selezione del fornitore del servizio. Ne discende che, per la giurisprudenza, con specifico riguardo al requisito

⁴ Il restante fatturato può essere rivolto anche a finalità diverse a condizione che permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell’attività principale della società (cfr. art. 16, comma 3-*bis*, TUSPP).

⁵ Cfr. Corte cost. n. 326/2008, secondo cui le società *in house* svolgono per conto di una pubblica amministrazione “*attività amministrativa in forma privatistica... di natura finale o strumentale*” e vanno tenute distinte dalle società, pure a partecipazione pubblica, che erogano servizi al pubblico in regime di concorrenza. Imponendo dei vincoli agli affidamenti diretti a società *in house* “*non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza*” (enfasi aggiunta).

⁶ Ai sensi del quale: “*Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un’altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria; 2) le società in cui un’altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un’altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa*”.

⁷ Cfr. Cons. St. n. 6459/2018 (*ibidem* Cons. St. n. 7752/2019; da ultimo nello stesso senso anche TAR Lombardia, Milano, n. 2437/2022), secondo cui il ragionamento fondato sulla diversa voce contabile prevista nello schema di conto economico civilistico non può essere seguito “*nella misura in cui attribuisce rilievo determinante ad un elemento formale quale quello ricavabile dallo schema di conto economico ...Con esso si svaluta l’approccio funzionale dell’istituto dell’in house providing, cui è informata l’elaborazione dell’istituto sin dalla sentenza Teckal della Corte di giustizia dell’Unione europea del 18 novembre 1999 (C-107/98), ed in forza del quale occorre verificare la reale sostanza dei fenomeni, al di là delle forme utilizzate ... In tale prospettiva vanno pertanto considerati tutti i settori in cui la società partecipata opera, anche attraverso le proprie partecipate, in posizione di controllo ai sensi del più volte citato art. 2359 cod. civ., per cui con specifico riguardo al requisito dell’attività prevalente va considerato il fatturato a livello consolidato e non già quello prodotto dalla sola capogruppo” (enfasi aggiunta).”.*

dell'attività prevalente, vada considerato il fatturato a livello consolidato e non già quello prodotto dalla sola capogruppo affidataria *in house*.

L'interpretazione della normativa proposta dal Comune, del resto, non sembra corrispondere alla *ratio* dell'istituto dell'*in house providing*: si consentirebbe, diversamente, alle pubbliche amministrazioni di aggirare la norma che impone il requisito dell'attività prevalente, posta a presidio della concorrenza, attraverso la creazione di società controllate, solo formalmente distinte dall'organismo *in house* e, in ultima analisi, dalla pubblica amministrazione stessa, al fine di svolgere attività a mercato il cui fatturato è comunque riconducibile al "gruppo" della società affidataria *in house*. In questo modo, la società *in house*, intesa come "gruppo", perderebbe la connotazione di *longa manus* dell'amministrazione. Ne deriverebbe, quindi, il rispetto solo formale della norma, in una materia in cui occorre, invece, assicurare massimo rilievo alla sostanza dei fenomeni.

L'Autorità, in conclusione, auspica che il Comune applichi la normativa in esame in senso sostanziale – il che appare connaturato alla sua stessa *ratio* e che giustifica l'affidamento diretto in assenza di un confronto competitivo - considerando nel calcolo del fatturato, ai fini della verifica del rispetto dell'attività prevalente da parte della società *in house* Agesp S.p.A., anche l'attività delle società da essa partecipate in posizione di controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c..

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli
