

MASSIMO CALCAGNILE e CHIARA BONORA

**Le caratteristiche delle società *in house providing* per la gestione dei servizi pubblici locali.** (\*)

Sommario: 1. La disciplina della gestione dei servizi pubblici locali: necessità di evitare la commistione tra distinte modalità e figure previste nell'ordinamento. – 2. La competenza degli organi dell'ente locale nell'organizzazione dei servizi pubblici, con particolare riferimento alle forme di gestione diretta. – 3. Le caratteristiche delle società *in house providing* per la gestione dei servizi pubblici locali: presupposti e condizioni per il “controllo analogo a quello esercitato sui servizi (uffici)” dell'ente locale (in particolare nel caso di società partecipata da più enti locali). – 4. (segue): differenze tra la figura della società *in house providing* e quelle della “società a prevalente capitale pubblico locale” o della “società ad influenza dominante pubblica locale”.

**1. *La disciplina della gestione dei servizi pubblici locali: necessità di evitare la commistione tra distinte modalità e figure previste nell'ordinamento.***

Chi si trova ad interpretare ed applicare le norme sui servizi pubblici locali ha sempre più spesso l'esigenza di disporre di un quadro di riferimento certo, ove le varie fattispecie normative possano essere intese con chiarezza e senza equivoche commistioni<sup>(1)</sup>.

---

(\*) Il lavoro è il risultato della collaborazione dei due autori. In particolare, C. Bonora ha scritto i paragrafi 1. e 4.; M. Calcagnile ha scritto i paragrafi 2. e 3.

(<sup>1</sup>) L'esigenza di linearità nell'interpretazione ed applicazione delle varie figure o forme di gestione dei servizi pubblici è efficacemente evidenziata da A. CLARIZIA, *Appalti in house: il Consiglio di Stato tenta di forzare la Corte di Giustizia*, in <http://www.giustamm.it>, nonché A. CLARIZIA, *Il privato inquinava: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, *ivi*.

Per questa ragione, una sentenza come TAR Friuli–Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634 va salutata con estremo favore. Si tratta, infatti, di una pronuncia incisiva che inquadra sistematicamente (pur senza una didascalica, e perciò non necessaria, illustrazione) i vari problemi che si prospettano nell'identificare i caratteri di una società costituita dagli enti locali per provvedere *in house* alla gestione dei servizi pubblici.

Come è noto, si tratta di una figura nuova ed attualmente contemplata dall'art. 113, comma 5°, lett. c) del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, a mente del quale la gestione dei servizi pubblici locali può essere affidata – in alternativa agli altri modelli, sempre indicati dal legislatore [lett. a) e b)] – ad apposite «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».

I problemi, che si pongono agli interpreti, sono verosimilmente sorti per il susseguirsi delle discipline sui servizi pubblici locali, a riforma di precedenti e consolidati assetti. In pochi anni si sono avute le nuove disposizioni introdotte con l'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, con l'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (conv. in l. 24 novembre 2003, n. 326), con l'art. 4, comma 234° della legge 24 dicembre 2003, n. 350, con l'art. 1, comma 48° della legge 15 dicembre 2004, n. 308. Ad esse si aggiungono le discipline di settore di cui al d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 e successive modificazioni (sul trasporto pubblico locale) e di cui al d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 e successive modificazioni (sul mercato interno del gas naturale). Il tutto per tacere delle varie leggi regionali che disciplinano l'organizzazione sul territorio del servizio idrico integrato (acquedotto, fo-

gnatura e depurazione) in relazione alla legge 5 gennaio 1994, n. 36, così come del servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani in relazione al d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22.

Le varie norme contenute nelle fonti ora elencate hanno, talora profondamente, mutato il quadro che si era consolidato ed affinato negli anni, attraverso la legge (Giolitti) 29 marzo 1903, n. 103, il t.u. sulla municipalizzazione 15 ottobre 1925, n. 2578, gli artt. 22 e 23 della legge sulle autonomie locali 8 giugno 1990, n. 142, per giungere agli artt. 112–118 del t.u. sull'ordinamento degli enti locali 18 agosto 2000, n. 267. Si trattava di un percorso che sembrava approdato ad un punto di arrivo (almeno temporaneo) ma che è stato subito rimesso in discussione con la pocanzi ricordata legge finanziaria per l'anno 2002 (l. n. 448 del 2001).

La successione delle norme e il conseguente stratificarsi delle discipline ha, dunque, prodotto – assai spesso – incertezze che hanno anche provocato ulteriori precisazioni normative e, paradossalmente, conseguenti dubbi interpretativi.

Del resto, anche se alcune delle scelte compiute con le recenti e sopraelencate norme nazionali trovano la loro *ratio* nell'esigenza di adeguare l'ordinamento interno alle regole europee, neppure a livello comunitario si può registrare una stabilizzazione della disciplina, pure se taluni principi di base sono comunemente non contestati <sup>(2)</sup>. Non c'è (neppure allo stadio di progetto formalizzato) una direttiva sui servizi di interesse generale, ed esistono solo i principi che devono essere seguiti nelle concessioni a terzi di

---

<sup>(2)</sup> Una sintesi dell'attuale situazione della disciplina comunitaria si trova in G. CAIA, *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale (note preliminari)*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, pag. 137 e segg. I documenti rilevanti a livello comunitario sono la *Risoluzione del Parlamento europeo 14 gennaio 2004 sul libro verde sui servizi di interesse generale*, il *Libro bianco sui servizi di interesse generale* – COM (2004) 374 del 12 maggio 2004, nonché il *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* – COM (2004) 327 del 30 aprile 2004.

servizi pubblici (parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, mutuo riconoscimento)<sup>(3)</sup> e quelli che devono caratterizzare la gestione c.d. *in house providing* altrimenti detta della "delegazione interorganica" (non distinzione e non autonomia del gestore rispetto alla Pubblica amministrazione che intende organizzare *in house* il servizio)<sup>(4)</sup>.

In questo scenario chi deve interpretare ed applicare le norme sui servizi pubblici, in particolare locali, e deve altresì tenere conto in maniera non distorta dei principi comunitari (sinteticamente sopra richiamati), non può che salutare con favore la pronuncia del giudice amministrativo che qui viene presa in esame.

Le considerazioni in diritto contenute nella sentenza annotata possono essere suddivise in due grandi tematiche, che verranno qui partitamente esaminate.

Si premette peraltro che, per comprendere esattamente le questioni relative alla figura della società *in house providing* (la quale costituisce una ben precisa forma di gestione, specificamente considerata dal legislatore), occorre cogliere e non omettere il dato dell' esistenza nell' ordinamento di una pluralità di previste (e possibili) forme di gestione, tra le quali l'ente territoriale - cui è affidato il compito di organizzare il servizio pubblico - sceglie quella ritenuta più appropriata nel contesto di riferimento.

---

<sup>(3)</sup> Cfr. la *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in GUCE C121 del 29 aprile 2000. In dottrina, B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998.

<sup>(4)</sup> Cfr., tra gli altri, S. COLOMBARI, «*Delegazione interorganica*» ovvero «*in house providing*» nei servizi pubblici locali, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2003, pag. 1136 e segg.; G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti <<in house>>: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv.it.dir.pubbl.comunitario*, 2005, pag. 61 e segg.; A. MASSE-RA, *L'«in house providing»: una questione da definire*, in *Giorn.dir.amm.*, 2004, pag. 849 e segg. nonché D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003.

Si tratta dunque di evitare la commistione (applicativa e concettuale) tra le distinte modalità e figure previste dal legislatore.

Il tema è ben chiarito in una poco nota, ma relevantissima sentenza del giudice amministrativo di secondo grado; ci si riferisce a Cons. Stato, sez. V, 23 aprile 1998, n. 477 nella quale si è, tra l'altro sottolineato: «L'organizzazione autonoma delle pubbliche amministrazioni rappresenta un modello distinto ed alternativo rispetto all'accesso al mercato.// ... La tutela comunitaria del mercato non interferisce sino a riconoscere ai singoli apparati istituzionali ogni margine di autonomia organizzativa nell'approntare la produzione e l'offerta dei servizi e delle prestazioni di rispettiva competenza. Pertanto non si spinge sino a giustificare un sindacato sulle scelte legislative o amministrative che consentano ai pubblici poteri, nel produrre ed offrire servizi o beni, di optare per schemi di coordinamento e formule organizzatorie, teoricamente alternative rispetto all'acquisizione delle prestazioni destinate alla collettività per il tramite del mercato.// In sostanza si tratta dell'estensione alla pubblica amministrazione della libertà di autoproduzione.// In tale contesto, il perfezionamento di un'intesa tra due Comuni, funzionale alla razionalizzazione del servizio e all'ottimizzazione del bacino d'utenza servito da un organismo dedicato, come l'azienda speciale, rappresenta proprio un modulo organizzativo alternativo al ricorso a contratti di scambio conclusi con imprese in concorrenza tra loro.// La decisione di un Comune di erogare un servizio costituendo una società o avvalendosi dell'azienda di un altro Comune è logicamente estranea ad un sindacato di compatibilità con la tutela della concorrenza. Ciò che all'atto di compiere una simile scelta rileva sono piuttosto le esigenze del servizio. Se la costituzione di un soggetto dedicato è idonea a garantire economie di scala, riduzione dei costi o razionalizzazione del bacino di utenza, l'opzione del-

l'ente locale non potrebbe esporsi ad alcuna censura solo perché escludente il ricorso al confronto competitivo.// Il ricorso alla produzione privata, disciplinato da regole di salvaguardia della concorrenza, e l'esercizio del potere di organizzazione, sottratto ai vincoli concorsuali o concorrenziali validi per il ricorso al mercato, costituiscono due schemi distinti che vanno preservati da ogni equivoca commistione».

Dunque, non esiste un obbligo di esternalizzare la gestione dei servizi pubblici locali, ma quando l'ente locale decide di creare un organismo dedicato e cioè un apposito modulo organizzativo, magari in collaborazione con altri enti locali aventi interessi omogenei, allora vi è necessità di coerenza e di rispetto dello schema prefigurato dal legislatore.

Tutto questo significa che le forme di gestione ammissibili, quali modelli di espressione diretta dell'ente locale, non devono essere enfaticamente intese né in senso restrittivo per renderne impraticabile la concreta utilizzabilità né in senso ampliativo costruendo il legame derivativo con l'ente locale in modo meramente nominale (formalistico). Si tratta invece di registrare una attenta aderenza al dato (del modello) normativo; e per un'operazione interpretativa ed applicativa di questo tipo è senz'altro molto utile la lettura della sentenza che qui si annota.

## *2. La competenza degli organi dell'ente locale nell'organizzazione dei servizi pubblici, con particolare riferimento alle forme di gestione diretta.*

La questione consistente nello stabilire a chi spetti di deliberare, non solo sulla partecipazione alla società di capitali ma anche circa l'affidamento ad essa dei servizi pubblici e circa le regole per l'esercizio del controllo sulla società, non riguarda esclusivamente il profilo formale del riparto di competenze.

La scelta di partecipare ad una società di capitali, per la gestione dei servizi pubblici locali, non è fine a se stessa ma trova il proprio fondamento e si giustifica in relazione al compito che alla società si vuole attribuire.

Inoltre, poiché nei servizi pubblici quello che conta è il risultato atteso <sup>(5)</sup> e non già la semplice presenza di un gestore (indipendentemente dalle modalità con cui esplica il servizio al pubblico), diviene coesenziale alla scelta di una determinata forma di gestione anche lo schema delle relazioni tra l'ente locale ed il gestore, schema da intendere come insieme degli strumenti atti a garantire che il secondo non distolga le proprie attività dai fini e dal risultato che l'ente locale si è prefisso.

Ecco perché, nella dimensione della scelta della forma di gestione di un servizio pubblico, la decisione dell'ente locale di partecipare ad una società di capitali non esaurisce il contenuto o, se si vuole, l'oggetto della deliberazione: l'affidamento del servizio pubblico alla società partecipata e le regole per l'indirizzo e la vigilanza (controllo) nei confronti delle medesime sono componenti essenziali di ogni fondata decisione in tal senso.

Nei casi di cui all'art. 113, comma 5°, lett. c) del d.lgs. n. 267 del 2000, l'ente locale partecipa alla società nel divisato fine di far gestire ad essa servizi pubblici e dunque l'affidamento dei servizi non può che essere una decisione contestuale. Correlativamente, se l'ente locale vuole costruire la partecipazione alla società come modulo di autoproduzione (*in house providing*) non può esimersi dallo stabilire – proprio con lo stesso atto che decide circa la partecipazione alla società – quelle che sono e saranno le regole del controllo (per la garanzia dei risultati) nei confronti della società stessa.

---

<sup>(5)</sup> Così F. ROVERSI MONACO, *L'attività economica pubblica in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, *La Costituzione economica*, vol.I, Padova, 1977, pag. 429 e segg.

Per questa indubitabile interdipendenza degli aspetti decisori ora richiamati, molto correttamente il TAR Friuli–Venezia Giulia ha statuito che rientra nelle competenze del Consiglio comunale non solo la decisione sulla partecipazione a società ma anche l'approvazione di una convenzione tra i vari enti locali partecipanti (avente come oggetto precipuo il controllo congiunto di essi sulla società) ed altresì l'affidamento dei servizi pubblici alla società medesima. Si tratta, come si è cercato di evidenziare sopra, di vari profili tra loro strettamente connessi che si presentano come contenuto dispositivo plurimo della deliberazione ovvero, se si preferisce mantenere autonomia concettuale a tali profili, come contenuto dispositivo di provvedimenti decisori adottati con atto contestuale (la medesima delibera consiliare).

Del resto, la distorsione logica che deriverebbe dal ricostruire i profili della convenzione tra gli enti locali soci così come quelli dell'affidamento dei servizi pubblici quali momenti esecutivi rispetto alla deliberazione di partecipazione alla società (indubitabilmente di spettanza consiliare), si può cogliere anche tenendo presente il rilievo organizzativo e strutturale rivestito dalla scelta di gestire i servizi pubblici *in house*.

La figura prevista dall'art. 113, comma 5°, lett. c) del t.u. enti locali è indubbiamente una forma di gestione diretta del servizio pubblico, contrapposibile al ricorso ad imprese esterne cui attribuire una concessione traslativa da parte dell'ente locale. La circostanza che si tratti di una forma di gestione diretta emerge immediatamente, senza necessità di particolari dimostrazioni, dalla stessa denominazione usata: *in house providing* o delegazione interorganica.

Se si tratta di una forma di gestione diretta, l'indirizzo e la vigilanza così come l'affidamento dei servizi pubblici non sono momenti consequen-

ziali o esecutivi (meramente attuativi) ma coessenziali ed organizzativamente sostanziate nella scelta del modello, alla stregua cioè di elementi senza i quali il modello non potrebbe neppure essere (nei vari casi di specie) riconosciuto come rispondente allo schema tracciato dal legislatore.

Del resto, l'affermazione contenuta nella sentenza annotata e l'opinione qui rappresentata (nel senso della contestualità logico-organizzativa dei tre momenti: partecipazione, affidamento dei servizi pubblici, controllo speciale nei confronti della società di gestione), appaiono in linea con la precedente giurisprudenza dedicata alle società a prevalente capitale pubblico locale, pur non essendo esse coincidenti strutturalmente con le società *in house*. Giurisprudenza che è rilevante perché entrambe le figure societarie sono forme di gestione diretta dei servizi pubblici (l'una prevista dall'ordinamento previgente e l'altra dall'ordinamento attuale).

Ci si riferisce a quel filone giurisprudenziale, ormai consolidato e non seriamente criticato, secondo il quale rispetto ad una società controllata maggioritariamente dagli enti locali, della quale sia stata deliberata la costituzione e/o partecipazione, non si pone la necessità dell'attribuzione di una concessione perché «a determinare l'effetto giuridico per cui la società risult(a) investita della titolarità della gestione, basta il provvedimento amministrativo che consiste nel deliberare di promuoverne la costituzione»<sup>(6)</sup>. Questa conclusione deriva dal fatto che la società appositamente costituita e/o partecipata dall'ente locale «costituisce un "organo indiretto" dell'Amministrazione deputato alla gestione del servizio pubblico» e cioè un «mo-

---

<sup>(6)</sup> Così Cass. civ., sez. un., 29 ottobre 1999, n. 754, in *Foro it.*, 2000, I, col. 802, con nota di F. FRACCHIA, *La Suprema Corte impone il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica nella scelta del socio privato delle società a prevalente partecipazione pubblica degli enti locali: un ulteriore allontanamento dal modello privatistico?*

dulo organizzatorio»<sup>(7)</sup> specificamente e distintamente considerato dalla legge tra le varie possibili forme di gestione.

Le caratteristiche (entità/misura della partecipazione pubblica e necessità o meno di requisiti ulteriori) discendono dalla volontà conformatrice del legislatore nei vari momenti storici ordinamentali. E per questo la pregressa "società a prevalente capitale pubblico locale" di cui all'art. 22, comma 3°, lett. e) della legge n. 142 del 1990 è figura differente dalla "società *in house providing*" di cui all'odierno art. 113, comma 5°, lett. c) del t.u. enti locali; si tratta di un elemento discrezionale che sarà considerato nei paragrafi che seguono. Qui rileva però sottolineare che, se una società, rispondente a precise caratteristiche legislativamente stabilite, è appositamente costituita e/o partecipata dall'ente locale per l'espletamento dei servizi pubblici essa rappresenta un modulo di gestione (diretta), con la conseguenza che l'implementazione e cioè la decisione degli oggetti del controllo da parte dell'ente locale così come l'affidamento del servizio non sono momenti esecutivi, essendo invece da riconoscere la competenza consiliare pure in argomento. Anche perché se la società è partecipata da una pluralità di enti locali viene in questione non la sola lett. e) dell' art. 42, comma 2° del t.u. enti locali, ma anche la precedente lett. c) sotto il profilo del coordinamento intercomunale da costituire a mezzo di una convenzione di diritto pubblico che integra una forma di collaborazione tra i Comuni ed eventualmente la Provincia interessati (art. 30 t.u. cit.)<sup>(8)</sup>.

---

<sup>(7)</sup> Così, Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Giur. it.*, 1998, col. 1257, con nota di G. ACQUARONE, *La scelta del socio privato di minoranza nelle società miste di gestione dei servizi pubblici locali*.

<sup>(8)</sup> La centralità del momento organizzativo che è deciso con la deliberazione dell'ente locale di costituire e/o partecipare alla società per la gestione dei servizi pubblici, è sottolineata anche da Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2003, n. 3864, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2003, pag. 1912 (e precedentemente Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2003, n. 2380, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2003, pag. 1588).

**3. Le caratteristiche delle società in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali: presupposti e condizioni per il “controllo analogo a quello esercitato sui servizi (uffici)” dell’ente locale (in particolare nel caso di società partecipate da più enti locali).**

Si è già detto sopra che le forme di gestione diretta di un servizio pubblico, quelle cioè che non richiedono il ricorso all’esternalizzazione e alla conseguente gara come procedura ineliminabile per individuare il gestore, debbono essere realmente un modello organizzativo costituito (dedicato) per la gestione del servizio pubblico oggetto della deliberazione dell’ente territoriale.

In sostanza, per ravvisare la corretta (o scorretta) applicazione delle norme è necessario stabilire quali sono con esattezza le caratteristiche che il legislatore pretende sussistano affinché si possa parlare realmente di un modello organizzativo speciale di matrice pubblicistica, dovendosi in caso contrario trattare la figura soggettiva, concretamente creata, alla stregua di qualsivoglia operatore economico sottoponendola perciò a gara selettiva in concorso con altri aspiranti gestori. Il legislatore odierno (art. 113 t.u. enti locali) ammette l’affidamento del servizio pubblico locale senza il previo esperimento di gara solamente nel caso delle società *in house providing* [art. cit., comma 5°, lett. c) nonché comma 4°, lett. a)]. Si deve infatti ricordare che la procedura selettiva ad evidenza pubblica è prevista come costante in tutte le altre forme di gestione del servizio pubblico locale perché vi si può provvedere con affidamento a: <<società di capitali individuate attraverso l’espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica>> [art. cit., comma 5°, lett. a)] ovvero 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>> [art. e comma ult. cit., lett. b) cui *adde* il comma 4°, lett. b)].

L'espletamento *in house* rappresenta un modello di derivazione comunitaria, perché elaborato dalla Corte di Giustizia europea e da essa ritenuto applicabile in quanto coerente con i principi del Trattato<sup>(9)</sup>.

Per la rispondenza al modello *in house providing* non è sufficiente la partecipazione pubblica prevalente, perché la società deve essere anzitutto a capitale interamente pubblico. Questo è un requisito, il primo tra i tre necessari, che risulta proclamato dal legislatore italiano nel momento stesso in cui esso ha introdotto il modello tra quelli utilizzabili dagli enti locali per organizzare i loro servizi pubblici (cfr. art. 14 del d.l. n. 269 del 2003 cit.). Si tratta di una scelta che - nel momento in cui veniva dettata - poteva sembrare più restrittiva rispetto all'orientamento comunitario, perché la Corte di giustizia europea non aveva in precedenza operato alcuna precisazione al riguardo, sembrando così sufficiente che gli enti pubblici controllassero maggioritariamente la società. Senonché, anche il giudice comunitario si è ora pronunciato per la necessaria integrale partecipazione pubblica, ciò in quanto esso è pervenuto alla conclusione che la presenza di soci privati nella compagine azionaria impedisce (per la disomogeneità degli interessi sottesi) di ravvisare la ricorrenza di un modello di delegazione interorganica <sup>(10)</sup>. In altre parole, la partecipazione privata a società promosse

---

<sup>(9)</sup> Cfr. Corte di giustizia CE, 18 novembre 1999, in causa C-107/98 (*Teckal*), in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, pag. 1393 e segg.; Corte di giustizia CE, 14 novembre 2002, in causa C-310/01 (*Comune di Udine*) in *Urbanistica e appalti*, 2003, pag. 1143, nonché recentemente Corte di giustizia CE, 11 gennaio 2005, in causa C-26/03 (*Stadt Halle*), in <http://www.giustamm.it>.

<sup>(10)</sup> Cfr. la terza tra le pronunce della Corte di giustizia citate nella nota che precede.

dagli enti pubblici rimane in astratto possibile, ma - in tal caso – non consente di parlare di società *in house* e di procedere all'affidamento senza gara del servizio pubblico, seppure esse siano controllate maggioritariamente dagli enti pubblici.

Gli altri due requisiti enunciati dalla norma di legge qui rilevante (<<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>>) rappresentano l'esatta riproduzione delle statuizioni del giudice comunitario<sup>(11)</sup>.

Le espressioni utilizzate debbono essere adeguatamente intese onde scongiurare gli indesiderati opposti esiti, di un'interpretazione restrittiva e frustrante l'impiego del modello ovvero ampliativa e sostanzialmente elusiva delle caratteristiche che devono essere presenti nell'applicazione del modello stesso per giustificarne l'impiego a fronte della altrimenti sussistente necessità di esperire comunque una gara selettiva per l'individuazione del gestore (qualora esso non possenga le caratteristiche dello *in house providing*).

A chi scrive sembra che l'elemento centrale dal quale muovere per ricostruire i contorni della figura, sia esattamente quello evidenziato dallo stesso TAR Friuli–Venezia Giulia. Si tratta di una preconditione non espressamente dichiarata dall'art. 113, comma 5°, lett. c) del t.u. enti locali, ma comunque rinvenibile nelle stesse decisioni del giudice comunitario: la figura soggettiva *in house providing* non può essere riconosciuta qualora, tra l'amministrazione pubblica e la figura di gestione, vi sia separatezza or-

---

<sup>(11)</sup> Si vedano in particolare le espressioni contenute nel dispositivo della ord. 14 novembre 2002 cit.

ganizzativa ed autonomia decisionale dimostrate, ad esempio, dal fatto che si addivenga alla stipula di un contratto quale incontro di "distinte" volontà.

Il giudice amministrativo spiega infatti che i due requisiti prescritti dalla norma (controllo analogo e realizzazione della parte più importante dell'attività per l'ente territoriale) si pongono alla stregua di elementi sintomatici («ove essi ricorrano») del fatto che «l'amministrazione aggiudicatrice e l'affidataria non sono soggetti realmente distinti e quindi non intercorre tra loro un contratto, presupposto per l'applicazione delle norme comunitarie in materia di appalti».

In buona sostanza, la necessità che siano presenti i due requisiti ora richiamati deriva dalla circostanza che attraverso essi si può manifestare il fenomeno della delegazione interorganica <sup>(12)</sup>.

Delineata questa caratteristica strumentale ed operativa (di matrice) si direbbe "ontologica" di una società, per poter risultare essa ascritta al modello *in house providing* (con la conseguente possibilità di affidamento diretto dei servizi pubblici), giova spendere alcune considerazioni sui modi con i quali si può realizzare il "controllo analogo a quello esercitato sui servizi (uffici) dell'ente locale", che è uno dei punti centrali della sentenza qui esaminata.

Anzitutto appare utile una constatazione preliminare, che potrebbe essere ovvia date le espressioni usate nella formula definitoria, ma che – data la grande incertezza in materia – appare rilevante se è supportata, come in effetti è, da autorevoli conferme. «Con l'espressione "un controllo analogo a ...", la sentenza *Teckal* vuole sottolineare che le possibilità di in-

---

<sup>(12)</sup> Nel linguaggio comunitario "delegazione interorganica" è usata come sinonimo di "*in house providing*" per indicare una forma gestionale «che non esula dalla sfera amministrativa dell'amministrazione aggiudicatrice»; così nella cit. *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario* (al paragrafo 2.4. ed alla nota 26).

fluenza esercitate su imprese pubbliche non debbono necessariamente essere identiche a quelle esercitate sui propri servizi... Determinante è piuttosto il fatto che all'interno di tale società l'amministrazione aggiudicatrice sia in qualunque momento concretamente in grado di realizzare pienamente gli obiettivi fissati nell'interesse pubblico. Solo quando un'impresa concretamente si emancipa (si rende autonoma) al punto di metter l'amministrazione aggiudicatrice nell'impossibilità di far valere appieno i propri interessi all'interno dell'impresa suddetta non si potrà più parlare di controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi»<sup>(13)</sup>.

Dunque il controllo nella società deve essere “analogo” ma non del tutto coincidente a quello consueto del vertice amministrativo rispetto agli apparati e uffici burocratici tradizionali dell'ente pubblico. Ma comunque non deve trattarsi di un controllo labile o meramente formale, perché – come già detto sopra – l'ente locale deve poter essere garantito per i risultati sperati (corrispondenti ai divisati bisogni della collettività) e dunque riguardo alle azioni della società, la quale non può affrancarsi dal rapporto di strumentalità con l'ente locale ed essere così autoreferenziale (in altre parole autonoma).

Sembra dunque a chi scrive che le modalità del controllo si possano atteggiare in maniera differente a seconda delle ipotesi di partecipazione alla società.

Laddove la società *in house providing* abbia per azionista un solo ente locale, che la controlla totalitariamente, «l'affermazione dell'interesse pubblico all'interno della società è garantita anche senza un potere direttivo in senso tecnico già con gli strumenti nel diritto societario»<sup>(14)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> Così le conclusioni dell'Avvocato generale presso la Corte di giustizia CE, J. Kokott presentate il 1 marzo 2005 nella causa C-458/03 *Parking Brixen GmbH*, in <http://curia.eu.int/jurisp>.

<sup>(14)</sup> Così ancora le conclusioni dell'Avvocato generale presso la Corte di giustizia, ult. cit.

Laddove, invece, gli enti locali soci siano più di uno, occorre che si possa inverare il controllo congiunto, perché il frazionamento del capitale - in assenza di strumenti di collegamento e coordinamento tra i vari enti - potrebbe frustrare l'affermazione univoca dell'interesse pubblico nell'azione gestionale della società incaricata del servizio pubblico.

Dunque, quando gli enti locali soci sono più di uno deve necessariamente essere sottoscritta tra loro una convenzione ai sensi dell'art. 30 del t.u. enti locali, norma della quale sono rilevanti due disposizioni: «Le convenzioni devono stabilire i fini, la durata, le forme di consultazione degli enti contraenti, i loro rapporti finanziari ed i reciproci obblighi e garanzie» (comma 2°); « Le convenzioni di cui al presente articolo possono prevedere anche la costituzione di uffici comuni, che operano con personale distaccato dagli enti partecipanti, ai quali affidare l'esercizio delle funzioni pubbliche in luogo degli enti partecipanti all'accordo, ovvero la delega di funzioni da parte degli enti partecipanti all'accordo a favore di uno di essi, che opera in luogo e per conto degli enti deleganti» (comma 4°).

Se poi, a fianco degli enti locali, sono soci nella società *in house* anche altri enti pubblici, allora gli enti locali dovranno comunque detenere la maggioranza assoluta del capitale (per poter essere garantiti nella possibilità di esercizio del controllo congiunto) ed essere i soli partecipanti al sistema della convenzione, perché essi – in quanto titolari dei servizi pubblici da affidare – debbono porsi quali soggetti attivi del “controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (uffici)”.

Essendo gli enti locali legati da una convenzione di diritto pubblico, che è strumento di collaborazione tra soggetti amministrativi con interessi omogenei, non è rilevante che le quote di capitale siano ridotte: la partecipazione alla società non rileva in quanto tale ma nell'insieme delle parteci-

pazioni che attuano un coordinamento stabile (attraverso il patto di diritto pubblico sottoscritto) tra i vari enti locali interessati. Ed anche sotto questo profilo occorre concordare con il TAR Friuli- Venezia Giulia.

Del resto, una conclusione differente oltre che infondata, per le ragioni sino a qui esposte, limiterebbe ingiustificatamente l'impiego delle società *in house providing* ai soli casi di gestioni monocomunali, mentre è oltremodo noto che il legislatore auspica ed in alcuni casi pretende che i servizi pubblici locali siano organizzati per "ambiti territoriali ottimali" e cioè sulla base di circoscrizioni che ricomprendano una pluralità di Comuni (solitamente appartenenti all'intera Provincia)<sup>(15)</sup> per ragioni di efficienza, efficacia ed economicità.

Dunque, la partecipazione alla società di una pluralità di enti locali è un fatto normale ed assai spesso necessitato; ragione per la quale, esistendo lo strumento garantistico di collegamento rappresentato dalle convenzioni di cui all'art. 30 del t.u. enti locali, non si intravedono ragioni per circoscrivere l'utilizzo del modello *in house providing* alla sola dimensione monocomunale (solo perché, in tal caso, il "controllo analogo" risulta più semplicemente esercitabile). Del resto, lo stesso giudice amministrativo evidenzia che la lettera della legge [art. 113, comma 5°, lett. c) e comma 4°, lett. a)], riferendosi ai soci nella società *in house providing*, si esprime anche al plurale: «l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale». E' dunque inequivocabilmente data per presupposta la possibilità che la società *in house* sia interessata da un controllo congiunto di più enti locali soci.

Quanto alla misura (ampiezza) del "controllo analogo", si può rilevare che esso dovrebbe riguardare non solo gli atti di gestione straordinaria

---

<sup>(15)</sup> Ci si riferisce a quanto previsto per il servizio idrico integrato e per il servizio di gestione dei rifiuti urbani. Sugli ambiti territoriale ottimali v. J. BERCELLI, *Organizzazione e funzione amministrativa nel servizio idrico integrato*, Rimini, 2001.

della società ma anche, per gli aspetti rilevanti, la gestione ordinaria. Pure questo è un profilo appositamente evidenziato dal TAR Friuli–Venezia Giulia.

Quanto alle modalità (mezzi) del “controllo analogo” l’illustrazione compiuta nella sentenza qui considerata è di grande chiarezza e ad essa si rinvia interamente quale esempio significativo e convincente della disciplina concreta del controllo di cui trattasi nei confronti di una società *in house providing*<sup>(16)</sup>.

**4. (segue): differenze tra la figura della società *in house providing* e quelle della “società a prevalente capitale pubblico locale” o della “società ad influenza dominante pubblica locale”.**

Rimane, infine, la questione delle caratteristiche differenziali tra le società contemplate dall’art. 113, comma 5°, lett. c) dell’odierno t.u. enti locali e le precedenti figure di partecipazione di Comuni e Province a società, quali indicate dal legislatore come possibili forme di gestione dei servizi pubblici locali<sup>(17)</sup>.

Ci si riferisce anzitutto all’art. 22, comma 3°, lett. e) della legge n. 142 del 1990 che, nel relativo testo storico, recitava di possibile gestione dei servizi pubblici «a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati». La

---

<sup>(16)</sup> Il tema dei “mezzi idonei” al controllo della società partecipata dagli enti locali si poneva anche nel precedente sistema, ancorché con accenti diversi, cfr. ad esempio TAR Lombardia, sez. Brescia, 4 aprile 2001, n. 222, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, pag. 1127.

<sup>(17)</sup> Per l’inquadramento generale dei vari modelli di gestione, v. per tutti M. DUGATO, *I servizi pubblici locali* in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, tomo III, seconda ed., Milano, 2003, pag. 2581 e segg., cui sia consentito aggiungere nella prospettiva evolutiva M. CALCAGNILE, *Verso una nuova disciplina dei servizi pubblici locali?* in <http://www.giustizia-amministrativa.it>

previsione viene poi modificata con l'art. 17, comma 58° della legge 15 maggio 1997, n. 127 che delineò la figura nel modo seguente: «a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati».

Per caratterizzare la società partecipata era dunque bastevole il “prevalente capitale pubblico locale”, circostanza ritenuta qualificante dal legislatore dell'epoca e tale da permettere l'affidamento diretto del servizio pubblico locale. Ma, a proposito di tale requisito più labile di quelli odierni, si deve considerare che, in quei momenti, non era neppure indefettibile la gara selettiva nello stesso caso di concessione a terzi del servizio pubblico; era ancora vigente l'art. 267 del t.u. finanza locale 14 settembre 1931, n. 1175 che recitava: «Le concessioni di cui all'art. 265 devono, di regola, essere precedute da asta pubblica. Tuttavia, quando circostanze speciali in rapporto alla natura dei servizi lo consiglino, il prefetto può consentire che i contratti seguano a licitazione o a trattativa privata» (peraltro, la forma di controllo era venuta del tutto meno con l'attuazione dell'ordinamento autonomistico repubblicano).

Quest'ultima norma venne poi abrogata con l'art. 35, comma 13° della legge n. 448 del 2001 nello stesso momento in cui si introduceva il principio generalizzato della gara per l'attribuzione della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale o privi di tale rilevanza: «L'erogazione del servizio, da svolgere in regime di concorrenza, avviene secondo le discipline di settore, con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica» (art. cit., comma 1° in modifica dell'art. 113,

t.u. enti locali); «Quando sussistano ragioni tecniche, economiche o di utilità sociale, i servizi di cui ai commi 1, 2 e 3 possono essere affidati a terzi, in base a procedure ad evidenza pubblica, secondo le modalità stabilite dalle normative di settore» (comma 4° dell'art. 113-bis, come introdotto dal comma 15° dell'art. e legge ult. cit.).

Oggi, a fronte della normale evenienza rappresentata dalla necessità di attribuire comunque mediante gara la gestione di un servizio pubblico locale [art. 113, comma 5°, lett. a) e lett. b) soprariportate], il legislatore ha innalzato le caratteristiche che debbono essere possedute da una società partecipata dagli enti locali e dalla “società a prevalente capitale pubblico locale” è passato alla “società *in house*”.

Pertanto, si debbono considerare non più attuali i modelli analoghi a quello, a suo tempo, introdotto con il citato art. 22, comma 3°, lett. e) della legge n. 142 del 1990. Ci si riferisce, ad esempio alla “società ad influenza dominante pubblica locale” di cui all'art. 44 della legge reg. Trentino Alto Adige 4 gennaio 1993, n. 1 e successive modifiche ed integrazioni: «L'influenza dominante pubblica sussiste quando i comuni detengano un numero di azioni tale da consentire di disporre della maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria, ovvero quando lo statuto della società preveda il diritto dei comuni di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, sempre che il comune detenga almeno il 20 per cento del capitale sociale. In tali casi lo statuto prevede adeguate forme di trasparenza e di controllo sulla gestione ...» (comma 10°).

Nonostante gli accenni ai controlli sulla gestione delle società incaricate della gestione dei servizi pubblici locali, non si può certo dire che quello da ultimo richiamato rappresenti un modello inquadrabile nella delegazione interorganica, come intesa dalle già richiamate pronunce della

Corte di giustizia europea. Quest'ultimo modello può ricorrere solo quando sono compresenti tutti e tre i requisiti oggi descritti nell'art. 113, comma 5°, lett. c) del t.u. enti locali.

Appare dunque improprio ogni avvicinamento tra la predetta figura della società a prevalente capitale pubblico locale e l'odierna figura della società *in house* per la gestione dei servizi pubblici. I contorni delle due figure non sono coincidenti ed uno sforzo di assimilazione non appare consentito.

Anche sotto questo profilo la sentenza del TAR Friuli–Venezia Giulia merita apprezzamento per il contributo di chiarezza nella ricostruzione delle caratteristiche delle forme di gestione dei servizi pubblici locali; ciò in quanto il rispetto della tipicità (normativa) di tali forme di gestione ha una *ratio* ordinamentale: la tutela effettiva della concorrenza e la adeguata salvaguardia dell'autonomia locale attraverso l'utilizzo appropriato delle differenti figure nelle distinte fattispecie che si presentano, pena il venir meno dell'equilibrio del sistema<sup>(18)</sup>

---

<sup>(18)</sup> Cfr. A. POLICE e W. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio* in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, pag. 831 e segg.