

Affidamento *in house*: lo stato dell'arte della dottrina e giurisprudenza in materia di controllo analogo

Avv. Antonio Lirosi
(partner dello studio legale Gianni, Origoni, Grippo & Partners)

PREMESSA

Il presente scritto intende illustrare l'attuale "stato dell'arte" della dottrina e giurisprudenza in materia di controllo analogo.

Quest'ultimo, come ben noto, costituisce uno dei tre requisiti fondamentali per gli affidamenti *in house*.

Procederemo, prima, all'analisi degli orientamenti giurisprudenziali sia a livello comunitario che nazionale; poi esamineremo gli strumenti di natura societaria ed extra societaria che sono stati ritenuti potenzialmente idonei a dimostrare la sussistenza del "controllo analogo"¹.

I. PRINCIPI ELABORATI DALLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA IN MATERIA DI CONTROLLO ANALOGO

1. La nozione di controllo analogo, prestando il fianco a molteplici letture e non offrendo sicuri canoni interpretativi, rende necessaria una disamina puntuale della giurisprudenza comunitaria.

1.1 Casi *Arnhem* e *RI.SAN*.

¹ Versione aggiornata della relazione tenuta al Forum Public Utilities "Regolamentazione, disciplina e adeguamento statuti. Trasformazione, governance e modelli organizzativi (d.lgs. 231/01)" organizzato da Synergia Formazione (Milano, 15-16 giugno 2006). Si ringraziano le dottoresse Giovanna e Raffaella Zagaria per il prezioso contributo fornito.

Già a partire dalle cause *Arnhem*² e *RI.SAN*³ sono stati individuati gli indici della dipendenza tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'affidatario, oltre che i caratteri idonei a configurare un rapporto di delega interorganica in presenza dei quali è possibile procedere all'affidamento diretto di un appalto. In particolare, sono stati individuati due aspetti sintomatici del vincolo interorganico tra amministrazione aggiudicatrice e affidatario: (i) la dipendenza finanziaria e (ii) la dipendenza amministrativa, espressa tanto in termini gestionali che organizzativi.

La coesistenza di tali indici ha indotto a ritenere legittimo l'affidamento diretto in entrambe le fattispecie: il solo intreccio finanziario costituiva elemento necessario ma non sufficiente per ritenere di essere in presenza di un servizio *in house*, mentre era apparsa determinante l'effettiva influenza gestionale esercitata dall'amministrazione locale sull'affidatario del servizio, in forza del quale veniva meno la "terzietà" e cioè la sostanziale distinzione tra quest'ultimo ed il Comune. La dipendenza finanziaria, insieme a quella organizzativa e gestionale, tra le amministrazioni aggiudicatrici e l'affidatario, confermavano, quindi, l'esistenza di un nesso interorganico idoneo ad escludere entrambe le fattispecie, poste al vaglio della Corte, dall'ambito di applicazione delle regole di evidenza pubblica.

La Corte ha affermato la non obbligatorietà del ricorso alle procedure di gara, potendo l'amministrazione decidere di svolgere il servizio direttamente o per il tramite di un soggetto in rapporto di delega interorganica, da qualificarsi a tutti gli effetti come articolazione organizzativa dell'amministrazione, nonostante la sua veste societaria.

² CGCE, 10 novembre 1998, C-360/96 in www.dirittodeiservizipubblici.it.

³ CGCE, 9 settembre 1999, C-108/98 in www.dirittodeiservizipubblici.it.

In particolare, nel caso RI.SAN la Corte aveva ritenuto sufficiente, ai fini della configurazione del controllo necessario per accedere all'affidamento diretto, la titolarità della maggioranza del capitale del soggetto affidatario da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

In questo senso i giudici comunitari, nell'individuazione dei requisiti sufficienti alla configurazione degli approvvigionamenti *in house*, avevano ritenuto irrilevante la natura mista del capitale, concentrandosi sul solo profilo quantitativo della titolarità della maggioranza dello stesso da parte dell'ente aggiudicatore, in quanto idoneo e sufficiente ad assicurare il rapporto di immedesimazione funzionale tra amministrazione aggiudicatrice e società affidataria.

1.2 Caso Teckal

La nota sentenza *Teckal*⁴, ha fornito un contributo decisivo alla definizione dell'*in house providing* delineandone condizioni e limiti.

⁴ CGCE, 18 novembre 1999, C-107/98 (*Teckal*) in www.dirittodeiservizipubblici.it. La dottrina sull'*in house providing* è vasta: tra i tanti, cfr. C. Alberti, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 495; D. Casalini, *Appalti pubblici e organizzazioni in house*, in *Foro amm.*, CdS, 2003, 3544; F. Gaverini, *Servizi pubblici e affidamenti in house, dall'eccezione alla regola in recenti interventi legislativi*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 729; A. Maiorani, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante le società miste: la natura giuridica del soggetto e il problema dell'affidamento in house*, in *Diritto e formazione*, 2004, 266; F. Midiri, *Il Consiglio di Stato, tra l'estensione dei parametri di ammissibilità dell'*in house providing* previsto dal legislatore italiano e i dubbi sulla sua compatibilità con l'ordinamento comunitario*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 538; R. Ursi, *Brevi osservazioni sui presupposti dell'approvvigionamento in house dei servizi pubblici locali alla luce del nuovo testo dell'art. 113, comma 5, lett. c) del Testo Unico sugli enti locali*, in *Foro it.*, 2004, 196; S. Colombari, *Delegazione interorganica ovvero in house providing nei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. CdS*, 2004, 1136; F. Gaverini, *Alle radici dell'*in house providing*: la giustizia amministrativa italiana si rimette alla Corte di Giustizia CE*, in *Foro amm.*, *Tar*, 2004, 3111; A. Massari, *Gli appalti in house nella giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Comuni Italia* 2004, 21; S. Varrone, *Note in tema di affidamenti in house e diritto comunitario*, in *Foro amm CdS*, 2004, 2416; G. Guccione, *Affidamenti in house e nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Riv. trim. appalti*, 2004, 1073; M. Lucca, *Criticità della gestione in house dei servizi pubblici*, in *Riv. Corte Conti*, 2004, 290; M. Capantini, *Contratto di servizio e affidamenti in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 801; G. Marchegiani, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni ed i cd. affidamenti in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 945; F. Caringella, *L'affidamento in house*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, 2005; R. Ursi, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.* 2005, 179; G. Greco, *Imprese Pubbliche, Organismi di diritto*

La Corte ha precisato che, perché possa legittimamente parlarsi di affidamento *in house*, occorre che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'affidatario un "controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi e che l'affidatario realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione aggiudicatrice che lo controlla".

Al fine di poter escludere le regole comunitarie di aggiudicazione degli appalti pubblici occorre verificare l'effettiva contemporanea presenza di tali condizioni. L'affermazione dei criteri sopra menzionati, tuttavia, avviene nella sentenza *Teckal* solo per inciso ed essi non sembrano definiti in modo tale da consentire di individuare con facilità i casi concreti in cui si realizza un affidamento siffatto. Per ottenere una più approfondita specificazione dei presupposti richiesti perché il controllo sia tale da rendere configurabile un rapporto *in house* o di delegazione interorganica si deve far riferimento alla giurisprudenza comunitaria successiva alla pronuncia *Teckal*.

1.3 Procedura di infrazione nei confronti dello Stato Italiano

Già dopo qualche anno dalla sentenza *Teckal*, la Commissione Europea con la comunicazione del 26 giugno 2002, diretta al Governo italiano per sollecitare le modificazioni all'art. 113 del TUEL, nell'ambito della procedura di infrazione comunitaria aperta per contrasto della disposizione con la normativa e i principi comunitari in materia di appalti e di concorrenza, ha apportato un

pubblico, affidamenti in house, ampliamenti o limitazioni della concorrenza, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 61; A. Colavecchio, *Affidamento in house: nuovi criteri della Corte di Giustizia?*, in www.giustamm.it; A. Colavecchio, *Gli affidamenti in house a società miste*, in www.giustamm.it; G. Guzzo, *Servizi pubblici locali e affidamenti in house nella più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in www.lexitalia.it; G.F. Ferrari, *In house providing: le sentenze della Corte di Giustizia 6 aprile 2006 e 11 maggio 2006*, in www.giustamm.it, 2006.

primo significativo contributo per definire la nozione di controllo analogo chiarendo che la sola partecipazione totalitaria dell'amministrazione aggiudicatrice nella società affidataria del servizio non potesse garantire la situazione di dipendenza organica che normalmente si realizza nell'organizzazione burocratica di una pubblica amministrazione e, quindi, un "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi".

Nella stessa nota si precisava, altresì, che *"affinché tale tipo di controllo sussista non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario"* ma occorre verificare che l'amministrazione controllante eserciti "un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo".

1.4 Caso Stadt Halle

Con la sentenza in esame⁵ si è ulteriormente "raffinata" la nozione di controllo analogo.

La questione riguardava l'affidamento di un appalto di servizi avente ad oggetto attività di smaltimento rifiuti operato da un comune della repubblica tedesca in favore di una società

⁵ CGCE, 11 gennaio 2005, C-26/03 in www.dirittodeiservizipubblici.it. In dottrina: G. Guccione, *Affidamento diretto a società mista*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, 271; A. Clarizia, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in www.giustamm.it; M. Alessio, *Società miste, no all'affidamento diretto: mai appalti in house se ci sono privati*, in *DEG.*, 2005, 84; R. De Nictolis, *La Corte si pronuncia in tema di tutela della trattazione privata, negli affidamenti in house a società miste*, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, 295; E. Scotti, *Le società miste tra in house providing e partnership pubblico e privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Foro Amm.*, CdS, 2005, 666; V. Ferraro, *La nuova ricostruzione dell'in-house providing proposto dalla Corte di Giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1004.

partecipata in via maggioritaria - sebbene in via indiretta per il tramite di un'altra società pubblica - dal comune medesimo.

La Corte, dopo aver ribadito che *“qualora un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere con un'entità giuridicamente distinta un contratto a titolo oneroso... l'appello alla concorrenza non è obbligatorio [...] nel caso in cui l'autorità pubblica eserciti sull'entità distinta in questione un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante di attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano”* ha affrontato la specifica e rilevante questione della natura mista del capitale delle società affidatarie, escludendo radicalmente la sussistenza del controllo analogo in presenza di forme di partenariato pubblico-privato.

In primo luogo, la Corte ha precisato che *“il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni ed esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa, obbedisce a considerazioni proprie di interessi privati e persegue obiettivi di natura differente”*. In secondo luogo la Corte ha affermato che l'affidamento diretto di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata pregiudica *“l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata e il principio di parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttiva 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti”*.

La posizione, particolarmente “rigida” viene ribadita dalla Corte qualche mese dopo con una ulteriore decisione⁶, nella quale si esclude la possibilità di affidamento *in house* tutte le volte in cui l'affidatario del servizio è partecipato da privati. In particolare secondo la Corte la presenza del privato sarebbe di per sé inidonea a soddisfare il requisito del “controllo analogo”.

1.5 Caso *Parking Brixen*

La sentenza in esame⁷ è particolarmente interessante in quanto la Corte si spinge ancora oltre: prima esamina l'applicabilità dei principi *in house* all'ipotesi della concessione di servizi pubblici e, poi risolto positivamente il primo profilo, verifica la sussistenza del requisito del controllo analogo.

La Corte ha affermato che per l'affidamento delle concessioni di servizi pubblici, pure se ad esse non è applicabile la disciplina degli appalti di servizi, è necessario comunque osservare il principio generale di parità di trattamento (art. 12 CE), nella sua specifica manifestazione del divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità, secondo gli artt. 43 CE e 49 CE.

Di conseguenza, per evitare l'indizione di una procedura competitiva per l'affidamento della concessione, occorre, anche qui, che il controllo esercitato sull'ente concessionario dall'autorità pubblica concedente sia analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, e che, inoltre, il detto ente realizzi la maggior parte della sua attività con l'autorità detentrici in analogia, dunque, con la figura giuridica dell'appalto *in house*.

⁶ CGCE, 21 luglio 2005, C231-03 *Co.Na.Me*, in www.dirittodeiservizipubblici.it. In dottrina: S.Mento, *Servizi Pubblici e affidamenti trasparenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, 405.

⁷ CGCE, 13 ottobre 2005, C-458/03 in www.dirittodeiservizipubblici.it. In dottrina: A. Clarizia, *La Corte suona il de profundis per l'in-house*, in www.giustamm.it; P.Lotti, *Concessioni di servizi pubblici, principi dell'in-house providing e situazioni interne*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 31; D. Alessandro, *Affidamenti in house in senso ampio: la Corte mette in crisi l'idea della neutralità dello strumento societario*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2006, 103.

Tale principio trova applicazione in tutti i casi in cui un'autorità pubblica affidi la prestazione di attività economiche ad un terzo, anche se le disposizioni di diritto interno sulla base delle quali è avvenuto l'affidamento sarebbero di per sé sottratte dall'ambito di applicazione del diritto comunitario, in virtù delle finalità e degli scopi propri delle norme del Trattato in materia di concorrenza e in materia di intervento pubblico nell'economia.

Con riferimento al secondo profilo, la Corte ha affermato che per dichiarare sussistente il requisito del controllo analogo, non è sufficiente che il capitale sociale sia interamente posseduto da soggetti pubblici, ma occorre un concreto esercizio di fatto di tale controllo.

La Corte ha precisato che *“ad integrare il controllo analogo non è sufficiente neppure una partecipazione totalitaria in capo all'ente affidante, allorché lo statuto dell'affidataria conferisca al consiglio di amministrazione poteri teoricamente illimitati, senza che l'ente affidante possa influirvi, e configuri un oggetto sociale ampio, esteso in teoria a molteplici attività, da esercitare in ambito nazionale, e in teoria anche internazionale, del tutto estraneo a quello dell'ente affidante stesso”*.

In altri termini, la Corte ha ritenuto, sulla base dell'indagine svolta sullo statuto della società, che l'autorità concedente non fosse in grado di influenzarne le decisioni, nel senso di *“una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti”*.

Ciò in quanto la S.p.A. aveva acquisito una vocazione commerciale che rendeva precario il controllo del Comune.

Tale convincimento si fonda su diversi elementi sintomatici quali:

- la trasformazione stessa di un'azienda speciale comunale in una società per azioni e la natura di questo tipo di attività,
- l'ampliamento dell'oggetto sociale, giacché la società aveva cominciato ad operare in nuovi settori;
- l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali;
- l'espansione territoriale delle attività della società su tutto il territorio nazionale ed estero;
- i considerevoli poteri conferiti al Consiglio di amministrazione, senza che in pratica venisse esercitato alcun controllo gestionale da parte del Comune.

Per quanto riguarda in particolare i poteri conferiti al consiglio di amministrazione, risultava che lo statuto della società affidava a tale organo ampi poteri di gestione della società poiché disponeva della facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale. Anche il potere di rilasciare garanzie fino a 5.000.000 euro o di realizzare altre operazioni senza il previo accordo dell'assemblea dei soci indicava che tale società disponeva di un'ampia autonomia nei confronti dei suoi azionisti.

La Corte, quindi, compiendo un'inusuale ma penetrante sindacato sull'effettivo atteggiarsi dei poteri gestionali del consiglio di amministrazione della società scrutinata, ha ritenuto del tutto inadeguato il controllo esercitato dal Comune, limitato, in pratica, ai provvedimenti consentiti dal diritto societario alla maggioranza dei soci⁸.

⁸ Si segnala che la sentenza disattende le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott dell'1/03/05 che invece affermava che il requisito del controllo analogo non è escluso a priori dalla previsione statutaria di un obbligo di apertura del capitale sociale ai privati, di un'ampia

1.6 Caso *Modling*

Considerazioni analoghe a quelle esposte nel caso *Stadt Halle* vengono svolte dalla Corte nella successiva sentenza del 2005⁹ in cui viene preso in esame l'affidamento diretto del servizio di smaltimento rifiuti da parte di un comune austriaco - *Modling* - ad una società a capitale interamente pubblico le cui quote azionarie di minoranza erano state successivamente cedute ad una società privata.

In detta pronuncia, la Corte nel confermare i principi già affermati nella sentenza *Stadt Halle* in merito all'impossibilità di ricondurre allo schema dell'*in house providing* l'affidamento di un servizio a società a capitale misto pubblico-privato, ha effettuato un più approfondito esame della vicenda. In particolare ha considerato qualificanti talune circostanze:

- (i) il fatto che il servizio per lo smaltimento dei rifiuti fosse stato direttamente affidato ad una società a capitale interamente pubblico neocostituita:
- (ii) il fatto che, dopo solo due settimane, il 49% delle azioni della società affidataria fosse stato ceduto ad una società privata.

Circostanze tutte che hanno indotto la Corte a negare la configurabilità di una operazione *in house* e ad intravedere nella condotta dell'amministrazione aggiudicatrice un chiaro intento di elusione della normativa comunitaria posta a presidio dei principi di concorrenza e *par condicio*.

capacità di azione della società sia a livello territoriale, sia a livello di attività o di ampi poteri di ordinaria amministrazione in capo agli organi della società medesima.

⁹ CGCE, 10 novembre 2005, C-29/04 in www.dirittodeiservizipubblici.it. In dottrina: M. Giovannelli *Divieto di affidamento di servizi pubblici senza gara a società miste e l'ulteriore restrizione dell'in-house providing*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 160.

La Corte ha affermato, in particolare, che “*esaminare l’aggiudicazione dell’appalto di cui si tratta considerando esclusivamente la data in cui è avvenuta senza tener conto degli effetti della cessione in termini molto brevi del 49% delle quote della società [...] comprometterebbe l’effetto utile della direttiva 92/50. La realizzazione dell’obiettivo perseguito da quest’ultima e, cioè, la libera circolazione dei servizi e l’apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, sarebbe compromessa se le autorità aggiudicatrici potessero ricorrere a manovre dirette a celare l’aggiudicazione di appalti pubblici di servizi a società ad economia mista*”.

Ancora che “*è pacifico che attraverso una costruzione artificiale comprendente più fasi distinte e, cioè, la creazione della società Abfall, la conclusione con essa del contratto di smaltimento rifiuti e la cessione del 49% delle quote di tale società alla Saubermacher, un appalto pubblico di servizi è stato attribuito ad una impresa di economia mista in cui il 49% delle quote sono detenute da un’impresa privata*”.

1.7 Caso A.M.T.A.B.

Le considerazioni rappresentate nel caso *Modling*, sono state confermate dalla Corte nel caso *Amtab*¹⁰. La Corte ha ribadito che nel settore delle concessioni di servizi pubblici, 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 esclusa se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sul concessionario dall’autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, e se il detto

¹⁰ CGCE, 6 aprile 2006 C-410/04 in www.dirittodeiservizipubblici.it.

concessionario realizza la parte più importante della propria attività con l'autorità che lo detiene.

Una normativa nazionale quindi che riprenda testualmente le condizioni sopra indicate come fa l'art. 113, quinto comma, del D.Lgs n. 267/00, come modificato dall'art. 14 del D.L. n. 269/03, 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.

Trattandosi di un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le condizioni devono essere interpretate restrittivamente, e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene.

Qualora durante la vigenza del contratto il capitale dell'AMTAB Servizio fosse aperto ad azionisti privati, la conseguenza di ciò sarebbe l'affidamento di una concessione di servizi pubblici ad una società mista senza procedura concorrenziale, il che contrasterebbe con gli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario.

Quindi, se la società concessionaria è una società aperta, anche solo in parte, al capitale privato, tale circostanza impedisce di considerarla una struttura di gestione "interna" di un servizio pubblico nell'ambito dell'ente pubblico che la detiene.

La novità della sentenza è rappresentata quindi dalla enunciazione che i criteri (totale partecipazione pubblica, controllo analogo, realizzazione della parte più importante della propria attività a favore dell'Autorità) devono essere integrati con un ulteriore criterio, già prospettato nella sentenza *Modling* individuabile nelle esigenze che detti criteri debbano "permanere" nel tempo onde evitare che in un momento successivo

all'affidamento del servizio, tramite una serie di operazioni che determinano l'apertura della società al capitale privato, il servizio venga svolto da una società mista eludendo in concreto la regola della evidenza pubblica.

1.8 Caso Carbotermo

La sentenza più recente¹¹ si inserisce nel percorso intrapreso dalle precedenti pronunce “*Stadt Halle*” e “*Parking Brixen*”.

La Corte ha ritenuto che per valutare se l'amministrazione aggiudicatrice eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Dall'esame condotto deve risultare che la società aggiudicataria è soggetta ad un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzarne le decisioni e che tale influenza sia determinante sugli obiettivi strategici nonché sulle decisioni importanti della società.

A giudizio della Corte, il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice detenesse, da sola o insieme ad altri enti pubblici, l'intero capitale di una società aggiudicataria, poteva indicare, pur non essendo decisivo, che l'amministrazione aggiudicatrice in questione esercitava su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi secondo quanto affermato dalla sentenza *Teckal*.

Dagli atti di causa risultava, tuttavia, che gli statuti della società *holding* e della società affidataria del servizio attribuivano al consiglio di amministrazione di ciascuna delle società i più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società e non riservavano al Comune nessun potere di controllo o diritto di voto

¹¹ CGCE, 11 maggio 2006, C- 340/04 in www.dirittodeiservizipubblici.it.

particolare per limitare la libertà d'azione riconosciuta ai consigli di amministrazione.

Il controllo esercitato dal Comune sulle due società si risolveva sostanzialmente nei poteri che il diritto societario riconosce alla maggioranza dei soci, la qual cosa limitava considerevolmente il suo potere di influire sulle decisioni delle società¹².

Inoltre, la circostanza che nel caso di specie l'influenza del comune sulle decisioni della società aggiudicataria fosse esercitata mediante una società *holding* indeboliva, secondo la Corte, il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice sulla società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale.

Ne discende che in siffatta ipotesi l'amministrazione aggiudicatrice non è in grado di esercitare sulla società affidataria dell'appalto pubblico un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

II. IL REQUISITO DEL CONTROLLO ANALOGO NELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE

2. La giurisprudenza nazionale, sia pure con qualche oscillazione, si è uniformata ai principi sanciti da quella comunitaria. È possibile individuare, infatti, una sorta di parallelismo, in ordine alla sussistenza del controllo analogo, tra l'evoluzione giurisprudenziale comunitaria a partire dalla sentenza *Teckal* sino alla recente sentenza *Carbotermo*, e le posizioni assunte dalla giurisprudenza nazionale nel corso degli anni.

¹² In senso conforme CGCE 27 febbraio 2003, C-373/00 *Truley* (in www.dirittodeiservizipubblici.it) in base alla quale i poteri spettanti all'ente-socio in merito all'approvazione del bilancio e alla nomina degli amministratori sono condizioni necessarie ma non sufficienti perché si possa veramente attuare una delegazione interorganica.

La tendenza della Corte di giustizia a restringere l'ambito di applicazione dell'*in house providing*, attraverso la previsione di criteri sempre più rigidi ai fini della configurabilità del requisito del controllo analogo, si può ravvisare, infatti, anche nella giurisprudenza nazionale.

2.1 In un primo momento si è ritenuto legittimo l'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società mista nelle ipotesi in cui l'ente locale deteneva la prevalenza del capitale sociale dell'affidataria, conformemente a quanto previsto dall'art. 113 TUEL nella sua originaria formulazione¹³.

Nel caso¹⁴ dei Comuni di Sesto Fiorentino e Campi Bisenzio, gli stessi avevano dapprima costituito la (ed acquisito la partecipazione alla) Qualità Servizi S.p.A., società mista a prevalente capitale pubblico (con la Pedus Service P. Dusman s.r.l. socio di minoranza) e successivamente affidato a quest'ultima il servizio di refezione scolastica delle scuole comunali.

Nella suddetta ipotesi si è ritenuto che il modulo gestorio dell'affidamento del servizio pubblico ad una società per azioni, a capitale misto, appositamente costituita dall'ente locale, dovesse qualificarsi come gestione diretta del servizio da parte dell'ente locale assimilabile all'affidamento in house di matrice comunitaria. A tal fine si riteneva sufficiente - oltre, ben inteso, alla selezione del socio privato mediante gara - la prevalenza del capitale pubblico da valutarsi con riferimento all'insieme dei comuni titolari

¹³ Il suddetto articolo, in materia di gestione dei servizi pubblici locali, consentiva ai Comuni di poter scegliere tra più "forme" di esercizio tra le quali era menzionata anche la "*società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente pubblico locale titolare del servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati*".

¹⁴ Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2003, n. 3864 in www.dirittodeiservizipubblici.it.

di partecipazioni sociali nella società mista e non a ciascuno di essi.

Ancora, nel caso di affidamento diretto del servizio calore da parte del comune di Udine alla società mista AMGA- Azienda Multiservizi S.p.A.¹⁵, si è affermato che il modulo prescelto per la gestione del predetto servizio non fosse pregiudizievole per la parità di trattamento degli altri operatori economici e per il rispetto delle regole di concorrenza. Ciò in quanto dai documenti esibiti si è ravvisato da parte del Comune l'esercizio del controllo analogo a quello che lo stesso esercita sui propri servizi sulla società mista giacché: (i) il Comune possedeva, per statuto, almeno il 51% del capitale sociale della affidataria, (ii) la prevalenza del capitale pubblico doveva permanere per tutta la durata della società, (iii) altre disposizioni dello stesso statuto conferivano al Comune una posizione dominante per l'assenso riservatogli in caso di trasferimento di azioni da parte di altri soci, e perciò per il controllo sull'assemblea, nonché per la maggioranza riservatagli in sede di nomina e reintegrazione degli amministratori con intuibili riflessi anche in ordine alla nomina degli altri amministratori e del collegio sindacale.

Analoghe posizioni si rinvengono nella giurisprudenza di primo grado con qualche ulteriore specificazione. Il Tar Toscana¹⁶, ad esempio, ha sì ritenuto che la prevalenza del capitale pubblico locale nella società mista fosse presupposto necessario perché l'ente locale potesse affidare alla stessa la gestione di un servizio pubblico, tuttavia, affinché si possa derogare alla regola della gara pubblica, è necessaria altresì la sussistenza di ulteriori elementi quali: (i) la dipendenza finanziaria, organizzativa e gestionale del

¹⁵ Cons. Stato, sez. V, 18 settembre 2003, n. 5316 in www.appaltiecontratti.it.

¹⁶ Tar Toscana, sez. II, 28 luglio 2004, n. 2833 in www.dirittodeiservizipubblici.it.

soggetto gestore rispetto all'amministrazione aggiudicatrice e, quindi, la possibilità di un effettivo controllo dell'amministrazione sul gestore del servizio equiparabile a quello esercitabile sui propri organi; (ii) lo svolgimento dell'attività economica oggetto del servizio pubblico ad un livello dimensionale tale da risultare, in via di fatto, di prevalente e circoscritto beneficio dell'autorità controllante¹⁷.

Nel caso di specie, la controversia aveva ad oggetto il mancato esperimento della procedura di gara ad evidenza pubblica con riguardo alla gestione dei servizi cimiteriali del Comune di Vinci affidata alla società Publi.Sec. s.r.l., in quanto società partecipata dalla holding Publiservizi S.p.A. il cui pacchetto azionario era posseduto dal Comune per una quota pari a circa il 5%. L'esiguità della partecipazione azionaria del Comune alla Publiservizi S.p.A. ed il collegamento verticale tra questa e le società di scopo partecipate (Publi.Sec. s.r.l.) non lasciavano dubbi circa la non sussistenza dell'ipotesi di dipendenza finanziaria e gestionale connessa ad una significativa e diretta partecipazione azionaria dell'amministrazione titolare del servizio nella società controllata – affidataria del medesimo in via diretta. Sulla base di tali considerazioni, si è ritenuto illegittimo l'affidamento diretto del servizio da parte del comune alla società mista.

¹⁷ Interessante anche la pronuncia del Tar Campania-Salerno, sez. I, 6 novembre 2003, n. 1494, in www.appaltiecontratti.it, che ha ritenuto legittimo l'affidamento diretto del "servizio di censimento di unità immobiliari ai fini tributari, formazione catasto comunale e gestione servizi cimiteriali" ad una società mista, a prevalente capitale pubblico, una volta selezionato il partner privato di minoranza con procedura ad evidenza pubblica. Si è altresì ritenuto che la società mista appartenesse al novero degli enti strumentali del comune e fosse elemento del sistema amministrativo facente capo allo stesso ente territoriale. Il rapporto che si instaura tra il comune e la società mista, come soggetti di un unico plesso amministrativo può ricondursi, pertanto, allo schema della delegazione interorganica, tenuta presente la relazione esistente tra l'ente titolare del servizio e la struttura alla quale ne è stato demandato il concreto esercizio. Il rapporto intercorrente tra il Comune e la società mista, come soggetti di un unico plesso amministrativo, può infatti portare a configurare l'affidamento del servizio come un'ordinaria ripartizione interna ad uno stesso sistema amministrativo, di funzioni e di servizi, attraverso una delega formale.

Il principio secondo cui la prevalenza del capitale sociale da parte dell'ente locale è sì necessario, ma non sufficiente è confermato anche da una pronuncia del Tar Abruzzo¹⁸.

È stato ritenuto illegittimo l'affidamento *in house* del “servizio di gestione dei Centri per l'impiego” da parte della provincia dell'Aquila ad una società mista con capitale pubblico nella percentuale del 51%, alla luce del fatto che la società costituita con il soggetto privato non era assoggettata ad un penetrante controllo da parte dell'ente locale. La società affidataria del servizio godeva, infatti, di un notevole grado di autonomia, che si manifestava (i) nella partecipazione dell'ente provinciale con un capitale del solo 51%; (ii) nella possibilità che il consiglio di amministrazione fosse composto a maggioranza privata, (iii) nella disposizione che riservava ai soci privati la nomina dell'amministratore delegato.

La giurisprudenza, dunque, ha ritenuto che la partecipazione prevalente al capitale della società affidataria da parte dell'ente locale, con i necessari adeguamenti evidenziati nelle pronunce esaminate, potesse garantire un controllo stringente sulla stessa.

2.2 Tale orientamento muta anche a seguito dell'intervenuta modifica dell'art. 113 del TUEL ad opera dell'art. 14 del D.L. 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella L. 24 novembre 2003, n. 326, il quale consente il conferimento diretto del servizio¹⁹ solo “a

¹⁸ Tar Abruzzo, L'Aquila, 14 maggio 2004, n. 619 in www.appaltiecontratti.it

¹⁹ Con riferimento al tema dell'affidamento diretto, di particolare interesse alcune norme introdotte dal Codice ambientale (D. Lgs. 3 aprile 2006 n. 152). L'art. 150, comma 3, del Codice prevede, infatti, che la gestione del servizio idrico integrato, qualora ne ricorrano obiettive ragioni tecniche od economiche, possa essere affidata anche mediante il modulo organizzatorio dell'*in house providing*, di cui all'art. 113, comma 5, lett. c) del TUEL. Nel settore dei rifiuti, invece, l'art. 202 ammette quali uniche modalità di affidamento, quelle che contemplano l'espletamento di procedure di gara ad evidenza pubblica, con espresso richiamo, in tal senso, del comma 7 dell'art. 113 circa i criteri e gli standard di impostazione del bando di gara. G. Bassi, *Alcune note a margine delle novellate disposizioni in tema di*

società a capitale interamente pubblico e 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 controllano²⁰.

2.3 Tuttavia, la costituzione o la presenza di una società a totale partecipazione pubblica, pur essendo condizione necessaria per l'affidamento diretto di lavori e servizi, non realizza da sé sola tutti i presupposti sufficienti per evitare l'applicazione delle procedure comunitarie e il ricorso al confronto concorrenziale²¹. La giurisprudenza, pertanto, ha spostato l'attenzione sui caratteri che deve assumere il rapporto di controllo tra pubblica amministrazione e società partecipata.

2.3.1 In una prima fase si è ritenuto sufficiente l'esercizio di una attività di controllo che si esplica attraverso il normale esercizio degli strumenti di diritto societario. In tal senso il Tar Campania²² ha ritenuto legittimo l'affidamento del servizio di gestione dei

organizzazione e gestione del servizio idrico e del servizio rifiuti, nell'ottica del Codice ambientale, in www.appaltiecontratti.it.

Deve, inoltre, sottolinearsi che il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.Lgs. n. 163/2006), all'art. 1, comma 2, prevede che *"nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica che rispettano i principi del Trattato a tutela della concorrenza"*. Nella versione definitiva della relazione al Codice del 23 marzo 2006 si legge, infatti, che *"la norma non intende affermare come principio la generale ammissibilità delle società miste, che devono intendersi ammesse nei soli casi già previsti dalle norme vigenti. È diritto vivente il principio secondo cui per la scelta del socio privato nelle società a partecipazione pubblica, anche non prevalente, finalizzate alla realizzazione e/o gestione di opere e servizi pubblici, occorre seguire procedure di evidenza pubblica"*.

²⁰ A. Graziano, *La riforma e controriforma dei servizi pubblici locali*, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, 1369; I. Bisceglie, *L'affidamento diretto dei servizi pubblici locali a società a capitale interamente pubblico dopo l'entrata in vigore dell'art. 14 DL 269/03*, in www.giustamm.it.

²¹ Ord. n. 2316 del Cons. Stato, sez. V, in www.giustizia-amministrativa.it. Il Consiglio di Stato, infatti, ha sollevato dinanzi alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale circa la compatibilità di una norma della Regione Trentino-Alto Adige (art. 44 L.R. 1/93) che consente l'affidamento diretto dei servizi pubblici a favore di società con capitale interamente pubblico, con i principi comunitari ed in particolare se possa garantire quella situazione di dipendenza organica che normalmente si realizza nell'organizzazione burocratica di una P.A. In dottrina M. Galesi, *In House providing: verso una concreta definizione del controllo analogo?*, in *Urbanistica e Appalti*, 2004, 931.

²²Tar Campania, Sez. I, n. 2784/05 in www.giustizia-amministrativa.it.

parcheggi a pagamento ad una società partecipata dal Comune di Napoli e dalla A.N.M. S.p.A. (società a sua volta partecipata dallo stesso Comune), sul presupposto che le disposizioni statutarie per la composizione e nomina del presidente, della maggioranza del Consiglio di Amministrazione e del Collegio Sindacale, erano idonee per configurare “un penetrante controllo economico e gestionale” da parte del Comune di Napoli.

2.3.2 In una seconda fase, invece, si è evidenziato che il possesso della maggioranza e/o totalità del capitale e il potere di nomina degli organi sociali non fossero idonei a garantire, di per sé, una situazione di “dipendenza” dalla volontà dell’Ente pubblico assimilabile a quella che si verifica all’interno della P. A.

2.3.3 Il controllo analogo, quindi, viene configurato dalla successiva giurisprudenza, in termini profondamente diversi dando per presupposto che la partecipazione totalitaria in capo all’Ente affidante non vale ad integrare il “controllo analogo” e ponendo l’accento sulla necessità di individuare un “controllo forte” diverso da quello dei consueti e ordinari strumenti societari. In tale prospettiva è interessante segnalare un decisione del Tar Friuli ²³ relativa al servizio pubblico di raccolta, trasporto e avvio allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, direttamente affidato, secondo il modello dell’*in house providing*, alla Ambiente Servizi S.p.A., partecipata da numerosi comuni. Nel caso di specie, sebbene il comune affidante fosse titolare di un esiguo pacchetto azionario (pari a circa l’8% del capitale sociale, con diritto di voto di pari consistenza), il Tar Friuli ha ritenuto di valorizzare le previsioni statutarie che prevedevano uno specifico organo di controllo dell’attività sociale - l’assemblea di coordinamento

²³ TAR Friuli, 15 luglio 2005, n. 634 in www.dirittodeiservizipubblici.it.

intercomunale – composto dai rappresentanti dei soli enti locali partecipanti, deputato all’approvazione del bilancio di esercizio, del piano industriale e degli altri documenti programmatici, all’approvazione degli schemi tipo dei contratti di servizio, al consenso rispetto all’esercizio di eventuali servizi pubblici pertinenti gli enti locali soci e, infine, al controllo, mediante commissione ristretta, dello stato di attuazione degli obiettivi.

Nello stesso solco merita di essere menzionata una decisione del Tar Sardegna²⁴ che ha ritenuto insufficiente, i poteri ordinari (approvazione bilanci, nomina e revoca amministratori e del collegio sindacale) spettanti al Comune di Arzachena, quale socio unico della GE.SE.CO. per configurare la nozione di “controllo analogo”. In particolare il Tar Sardegna ha precisato che dallo statuto emergeva che gli amministratori fintanto che erano in carica, gestivano autonomamente le attività societarie senza che il Comune aveva alcun potere di intervento sui singoli atti.

Analogamente sempre il Tar Friuli²⁵ ha ritenuto illegittimo l’affidamento da parte del Comune di Faedis del servizio di pubblica illuminazione ad un consorzio (cui partecipavano 71 comuni della Provincia di Udine e la Provincia stessa) per la gestione dei servizi idrici avente forma di società per azioni a prevalente capitale pubblico non potendosi ravvisare un controllo gestionale e finanziario stringente. Riprendendo i principi stabiliti dalla *Parking Brixen*, il Tar Friuli ha sottolineato come nel caso di specie non fosse sufficiente, al fine di individuare il presupposto del controllo analogo, il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole del diritto societario. Dall’analisi dello statuto risultava, infatti, che:

²⁴ Tar Sardegna, sez. I, 2 agosto 2005, n. 1729 in www.appaltiecontratti.it.

²⁵ Tar Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2005, n. 986 in www.appaltiecontratti.it.

- a fronte di un oggetto sociale aperto ad interventi di grande spessore e di ampio respiro era previsto da parte degli enti associati, ma solo attraverso l'assemblea degli azionisti ed il consiglio di amministrazione, un controllo su alcuni aspetti importanti dell'attività svolta dal consorzio;
- erano previsti poteri di gestione del consiglio di amministrazione che potevano essere gestiti autonomamente;
- il Comune, al pari degli altri soggetti associati, a parte il controllo indiretto, aveva una rappresentanza diretta solo in seno all'assemblea degli azionisti attraverso il sindaco e il potere di nominare i membri del consiglio di amministrazione in proporzione all'entità della propria partecipazione.

2.3.4 Riveste particolare rilievo una decisione del Tar Lombardia²⁶, in quanto "rappresentativa" della evoluzione giurisprudenziale.

La controversia afferiva al servizio di distribuzione del gas combustibile alle utenze civili e industriali, compresa la manutenzione degli impianti e l'organizzazione dei pertinenti servizi amministrativi, affidato dal Comune di Cingia Dè Botti alla Padania S.p.A.

Il Comune di Cingia Dè Botti socio della Padania Acque detiene azioni pari alle 0,97% del capitale sociale.

La deliberazione consiliare in data 21 dicembre 1999 di affidamento alla Padania Acque era impugnata dal Co.Na.Me, precedente affidatario del servizio gas, dando avvio ad un iter

²⁶ Tar Lombardia, Brescia, 5 dicembre 2005, n. 1250 in *www.altalex.it*. In termini, Tar Lombardia, Brescia, 2 maggio 2006, n. 430 in *www.appaltiecontratti.it*.

processuale con remissione alla Corte di Giustizia della questione pregiudiziale relativa alla compatibilità con il Trattato dell'affidamento in questione. Pronunciatasi in senso negativo la Corte, con sentenza del 21 luglio 2005 in causa C-231/03, il Tar Lombardia, infine, annullava l'atto di affidamento diretto del servizio gas.

Il Tar Lombardia muove dall'analisi dello statuto della società e rileva come il consiglio di amministrazione, nominato dall'assemblea secondo le normali regole del diritto societario, sia investito di tutti i poteri per la gestione ordinaria e straordinaria, senza eccezioni di sorta o particolari limitazioni di poteri in favore dell'assemblea, e come non sussistano eventuali patti parasociali che dispongano diversamente.

Ne consegue, secondo il Tar Lombardia, l'impossibilità di configurare i requisiti propri del "controllo analogo", poiché a tal fine, *"è necessario uno strumento, di carattere sociale ovvero anche parasociale che in ogni momento possa vincolare l'affidataria agli indirizzi dell'affidante"*. Solamente in presenza di specifiche restrizioni dei poteri degli amministratori della società, previste nello statuto o in appositi patti parasociali, che vincolino effettivamente le loro decisioni agli indirizzi e, ove del caso, alla preventiva approvazione degli enti locali partecipanti, potrà quindi ritenersi legittimo l'affidamento diretto del servizio pubblico locale alla società *in house*.

Mette conto, infine, segnalare una recente pronuncia del Tar Campania²⁷ che conferma l'inidoneità del modello societario a

²⁷ Tar Campania, Salerno, sez. I, 29 giugno 2006, n. 892, che, in materia di affidamento del servizio idrico integrato, ha ravvisato tali ulteriori indici nella circostanza che, ai sensi della convenzione sottoscritta con l'a società in mano pubblica affidataria, l'Ente di Ambito *"deve espressamente approvare tutti i più importanti atti di gestione del servizio idrico integrato (quali il Piano Economico Finanziario; il Programma degli Interventi; il Programma per l'uso*

totale capitale pubblico a configurare *ex se* i presupposti del controllo analogo, essendo necessaria a tal fine la sussistenza di ulteriori elementi ed indici rivelatori.

2.4 Va dato atto peraltro di una decisione del Consiglio di Stato²⁸ che in qualche modo costituisce un “*revirement*”.

In particolare il Consiglio di Stato ha ritenuto che la sussistenza “del controllo analogo” dovesse essere riconosciuta pure nel caso “*in cui il capitale della aggiudicataria è pubblico in percentuale superiore al 99%, mentre la quota del soggetto privato, di entità simbolica, non realizzerebbe un illecito vantaggio ad una società concorrente*”.

Inoltre il Consiglio di Stato ha ritenuto che l’adozione nel diritto comunitario della figura societaria, come strumento alternativo alla prestazione diretta dei servizi pubblici, impone di risolvere il problema del “controllo analogo” secondo un criterio coerente con la peculiarità dell’istituto in questione.

Se si effettua l’affidamento diretto ad una società, il servizio dovrà essere gestito da una persona giuridica separata e distinta dall’Amministrazione aggiudicatrice, un ente, cioè, che determina la propria azione mediante gli organi di cui è dotato. Il Consiglio di Stato esclude, quindi, l’applicazione di un modulo che riproduca, tra Amministrazione e società affidataria, quella forma di dipendenza che è tipica degli uffici interni all’ente.

Il possesso della (quasi) totalità delle azioni della società affidataria da parte dell’ente pubblico o degli enti pubblici permette

razionale della risorsa idrica e la salvaguardia della qualità dell’acqua; il Regolamento del Servizio Idrico Integrato e la Carta del Servizio Idrico Integrato), deve periodicamente aggiornare la tariffa del servizio idrico integrato e deve anche sostituirsi al soggetto gestore ove questi rimanga inadempiente alle sue obbligazioni”.

²⁸ Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345 in www.appalticontratti.it. In dottrina R. Goso, *Modelli di gestione dei servizi pubblici locali: affidamento mediante gara pubblica e in house providing*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 586.

“l’esercizio di una funzione di direzione e controllo della gestione, che, se pure non identico nelle modalità, sia sostanzialmente equivalente a quello svolto sulle unità operative direttamente dipendenti” e consente agli enti pubblici “sia mediante la nomina degli organi, sia mediante l’approvazione di opportune deliberazioni, di imporre, o meglio, di svolgere, ogni tipo di verifica e di rendiconto, in modo che sia operante la sostanziale identificazione riscontrabile tra il soggetto societario agente e la mano pubblica che le affida il servizio”.

Si deve, tuttavia, rilevare come tale pronuncia è stata di recente superata dalla stessa Sezione del Consiglio di Stato²⁹ che, allineandosi ai successivi ‘approfondimenti’ della giurisprudenza comunitaria sul tema, ha ritenuto illegittimo l’affidamento diretto di un servizio pubblico (nella specie per la gestione di parcheggi pubblici) in una fattispecie in cui lo statuto della società in mano pubblica stabiliva che il Comune conservasse soltanto il 51% del capitale sociale, prevedendosi la cessione della rimanente quota a soggetti pubblici e privati, ed anche i poteri del consiglio di amministrazione non risultavano in alcun modo limitati o correlati a qualche forma di controllo da parte dell’ente pubblico, salvi i poteri spettanti alla maggioranza dei soci secondo il diritto comune.

2.5 Sulla scorta dei principi affermati sia dalla giurisprudenza comunitaria che nazionale sembrerebbe acclamato che gli ordinari strumenti che il socio-ente pubblico può esercitare, secondo le regole del diritto societario, non sarebbero sufficienti a

²⁹ Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440, in *www.lexitalia.it*. Al par. 4 della decisione si legge: “il possesso dell’intero capitale sociale da parte dell’ente pubblico, pur astrattamente idoneo a garantire il controllo analogo a quello esercitato sui servizi interni, perde tale qualità se lo statuto della società consente che una quota di esso, anche minoritaria, possa essere alienata a terzi”.

garantire, neppure nel caso di partecipazione totalitaria, la possibilità di incidere sui poteri e le decisioni degli organi gestionali.

Il controllo analogo, quindi, deve essere perciò configurato in termini radicalmente diversi dai consueti controlli societari²⁷, dovendosi tradurre in un assoluto potere di decisione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato.

Sulla base di tali assunti qualche autore²⁸ ha adombrato la possibilità di ritenere addirittura espunta dall'ordinamento comunitario la possibilità di affidamento *in house* a società ancorché totalitariamente partecipate da soggetti pubblici.

Altri²⁹ hanno comunque evidenziato che l'innovato principio del "controllo analogo" pone concettualmente in crisi l'opzione del nostro legislatore della prevalenza del modello societario quale forma di gestione dei servizi pubblici. La stessa natura e funzione dello strumento societario in sé considerato appare poco compatibile con il concetto di controllo analogo - come sopra delineato - che sembrerebbe annullare e/o comprimere

²⁷ C. De Rose, *L'affidamento della gestione e dell'erogazione dei servizi pubblici a società di capitali tra equilibri comunitari ed equilibri costituzionali*, in *Cons. Stato*, 2005, 1408.

²⁸ M. Di Donna, *Il caso chiuso degli affidamenti in house*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 377; M. Chiappetta, *L'in-house providing. Alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria*, in www.lexitalia.it.

²⁹ R. Ursi, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è "casa" per le società a capitale misto*, in *Foro.it*, 2005, 137; G. Bassi, *Le prospettive di riforma delle utilities locali. Prime considerazioni a margine della manovra finanziaria di metà anno (d.l. 223/2006)*, in www.appaltiecontratti.it, il quale pone in evidenza, per un verso, come con la figura giuridica della società *in house*, con tutte le limitazioni in tema di controllo analogo e di modalità, anche associate, del suo esercizio da parte degli enti locali (gli strumenti pubblicistici convenzionali ex art. 30 del Tuel come sovrastruttura di indirizzo e controllo strategico della società *in house*), si sia dato vita ad un nuovo ed innominato sistema di amministrazione e controllo rispetto a quelli ammissibili nelle varie forme societarie, in violazione della norma civilistica inderogabile di chiusura, contenuta nell'art. 2249 c.c.; per altro verso, come gli ibridi meccanismi di elaborazione sia giurisprudenziale che ministeriale si dispiegano sul piano della normazione statutaria, introducendo pesanti clausole limitative dell'autonomia del tipo societario prescelto di dubbia legittimità, soprattutto laddove detti vincoli si spingano fino al punto di determinare la completa sottoposizione di atti gestionali alla preventiva approvazione degli organi degli enti locali soci, snaturando così i fondamenti del tipo societario di base.

fortemente l'autonomia organizzativa e gestionale tipica della società.

2.5.1 Una parte della dottrina³⁰ ha comunque ritenuto, di fatto, impraticabile il ricorso a società miste, alla luce della giurisprudenza comunitaria, in quanto, diversamente opinando, si attribuirebbe al socio, anche di minoranza, che si sia aggiudicato la gara per la sua scelta, una inammissibile posizione di privilegio che si tradurrebbe in un affidamento incondizionato di appalti, in violazione dei principi del diritto comunitario.

Altri³¹, invece, sottolineano, da un lato, che l'interpretazione restrittiva si porrebbe in contrasto con altre posizioni espresse in sede comunitaria volte a potenziare i modelli di partenariato pubblico-privato e dall'altro, che una interpretazione più equilibrata dovrebbe indurre a ritenere legittimo l'affidamento in via diretta ad una società mista - il cui socio sia stato scelto con gara - dell'appalto che è stato oggetto di tale gara ma sarebbe preclusiva dell'affidamento diretto di ulteriori appalti.

In giurisprudenza si registra una posizione di cauta apertura, in ordine all'affidamento diretto ad una società mista, nella pronuncia del Tar Lombardia³² secondo cui la compatibilità di tale affidamento a società miste deve essere valutata in concreto al fine di verificare se la scelta dei soci con procedura ad evidenza

³⁰ M. Dugato, *Le società miste alla luce della recente giurisprudenza italiana*, relazione al convegno *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto Europeo e diritto locale*; G. Guccione, *L'affidamento diretto dei servizi a società mista*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, 276; R. De Nictolis, *La Corte si pronuncia in tema di tutela della trattativa privata, negli affidamenti in house a società miste*, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, 295.

³¹ Cfr. Commissione delle Comunità europee, Libro verde relativo ai partebnariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, 30 aprile 2004, COM (2004), 327. In dottrina G. Marchegiani, *Alcune considerazioni in merito al c.d. "Partenariato pubblico-privato"*, in www.giustamm.it; E. Scotti, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Riv. trim. dir. amm.*, 2005; R. Dipace, *Partenariato pubblico e privato nei contratti atipici*, Milano, 2006.

³² Tar Lombardia, Brescia, 2 maggio 2006, n. 422, in www.appaltiecontratti.it.

pubblica riequilibri la distorsione della concorrenza. A questo proposito si è ritenuto che quando la costituzione di una società o l'apertura a terzi del capitale sia presentata con trasparenza verso tutti i potenziali interessati, come una forma di affidamento di un servizio pubblico, il risultato sia effettivamente assimilabile a quello di una gara.

Decisamente più restrittivo l'orientamento del Tar Lazio³³ in base al quale non solo è stato ritenuto illegittimo l'affidamento diretto del servizio pubblico locale consistente nell'attività di ormeggio e di attracco di imbarcazioni da diporto, disposto in favore della società mista pubblico-privata, con capitale detenuto in maggioranza dalla parte pubblica ancorché il socio di minoranza sia stato scelto a seguito di gara comunitaria, ma anche che l'art. 113, comma 5, lett. b) del TUEL, seppur in linea di principio conforme al diritto comunitario, viola gli artt. 43 e 49 CE laddove interpretato nel senso di consentire l'affidamento diretto del servizio di gestione ormeggio imbarcazioni da diporto ad una società partecipata dal Comune che sia partecipata o comunque aperta al capitale privato (nella specie per il 45%).

In senso analogo, il Tar Campania³⁴ ha ritenuto illegittimo l'affidamento diretto del servizio di farmacia comunale e attività connesse da parte del Consorzio Intercomunale per i Servizi sociosanitari alla INCO.FARMA S.p.A., società mista a capitale prevalentemente privato. Nel caso di specie la partecipazione al capitale del soggetto privato, nonostante quest'ultimo fosse stato scelto tramite procedura di gara, è stato ritenuto di per sé sufficiente ad escludere la sussistenza del controllo analogo.

³³ Tar Lazio, sez. Latina, 5 maggio 2006, n. 310, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

³⁴ Tar Campania, sez. I, 23 marzo 2006, n. 3135, in www.appaltiecontratti.it.

In ogni caso, giustamente, ci si è domandati, anche a voler aderire alla tesi più favorevole, su quale possa essere ancora l'interesse del socio privato a partecipare alla società aggiudicataria diretta di lavori o servizi, sia pure attraverso il risultato favorevole di una procedura di gara, posto che viene meno quella posizione di privilegio che si traduceva *sine die* in un affidamento indeterminato di appalti. A fronte dell'ambito di azione sempre più limitato della società mista e della presenza altrettanto limitatrice dell'autorità titolare del bene o servizio, il socio privato potrebbe trovare più conveniente andare sul mercato e sfruttare i vantaggi del confronto concorrenziale³⁵.

III. I MODELLI DI CONTROLLO ANALOGO

Nonostante i dubbi e le perplessità manifestate in ordine alla compatibilità della natura e funzione dello strumento societario con il concetto di "controllo analogo", la giurisprudenza più recente offre qualche utile spunto nell'individuazione di una serie di elementi in presenza dei quali il controllo analogo può ritenersi soddisfatto.

La giurisprudenza ha distinto gli strumenti potenzialmente idonei a consentire il soddisfacimento di tale requisito tra quelli di natura societaria ed extrasocietaria.

3.1 Il controllo analogo "interno": strumenti di natura societaria

3.1.1 I modelli di governance societaria

I modelli di *governance* societaria previsti dal diritto societario sono:

³⁵ In dottrina M.Giovannelli, *Divieto di affidamento di servizi pubblici senza gara a società miste e ulteriore restrizione dell'in house providing*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 165.

- a) il sistema tradizionale;
- b) il sistema dualistico o tedesco;
- c) il sistema monastico o anglosassone.

Si deve sottolineare che mentre per le S.p.A. è possibile adottare alternativamente i tre modelli, per le società a responsabilità limitata è, invece, possibile avvalersi del solo modello tradizionale.

Il sistema tradizionale

Il sistema di *governance* tradizionale prevede che la funzione di rappresentanza sia assolta dall'assemblea ordinaria dei soci cui è attribuito il novero di competenze definite dall'art. 2364 c.c (tra le quali, ad esempio, approvazione del bilancio e nomina e revoca degli amministratori, dei sindaci, del presidente del collegio sindacale).

Si noti, a tal proposito, la soppressione della cosiddetta "formula aperta" prevista in precedenza al comma 4, oggi non più in vigore, che consentiva allo statuto di attribuire funzioni gestionali all'assemblea dei soci comprimendo, di conseguenza, l'area di competenza degli amministratori.

L'art. 2365 c.c., prevede, oltre ai poteri dell'assemblea straordinaria, abilitata ad assumere particolari decisioni tra le quali le modificazioni dello statuto, che lo statuto possa attribuire alla competenza dell'organo amministrativo o del consiglio di sorveglianza o del consiglio di gestione le deliberazioni concernenti, ad esempio, la fusione o gli adeguamenti dello statuto a disposizioni normative.

La funzione di amministrazione/gestione è assolta dal consiglio di amministrazione cui spetta in modo esclusivo la gestione dell'impresa, compiendo le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale ai sensi dell'art. 2380 *bis* c.c., mentre la

funzione di controllo generale è attribuita al collegio sindacale. Quest'ultimo vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed, in particolare, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento. Infine, la funzione di controllo contabile è assolta dal revisore contabile o da una società di revisione iscritti nell'apposito registro.

Il sistema dualistico

Il sistema dualistico, disciplinato dall'art. 2409-*octies* e seguenti c.c., prevede che all'assemblea dei soci, cui spetta la funzione di rappresentanza, è attribuito il novero di competenze definito dall'art. 2364 *bis* c.c.

La funzione di amministrazione/gestione è assolta dal consiglio di gestione ai cui membri, nominati dal consiglio di sorveglianza, spetta esclusivamente il compimento degli atti gestionali, finalizzati al raggiungimento dell'oggetto sociale.

La funzione di controllo generale è assolta dal consiglio di sorveglianza che si interpone tra l'assemblea dei soci ed il consiglio di gestione.

Si osservi come in tale modello alcune delle competenze attribuite all'assemblea nel modello tradizionale sono, invece, attribuite al consiglio di sorveglianza (in particolare la nomina dei componenti del consiglio di gestione. Anche in tale modello operano le previsioni dell'art. 2365 c.c. concernenti i poteri dell'assemblea straordinaria).

La funzione di controllo contabile, da ultimo, è assolta dal revisore contabile o da una società di revisione iscritti nell'apposito registro.

Il sistema monistico

Il sistema monistico, disciplinato dall'art. 2409-*sexiesdecies* e seguenti c.c. e seguenti, prevede che all'assemblea dei soci, cui spetta la funzione di rappresentanza, è attribuito il novero di competenze definite dagli artt. 2364 e 2365 c.c. proprie del sistema tradizionale.

La funzione di amministrazione e quella di controllo generale sono esercitate rispettivamente dal consiglio di amministrazione e da un comitato per il controllo sulla gestione, costituito al suo interno. La gestione è affidata esclusivamente al consiglio di amministrazione mentre i componenti del comitato per il controllo sulla gestione, comunque nominati tra gli amministratori, non possono svolgere alcuna attività di gestione, "anche di mero fatto", in quanto è loro attribuita la funzione di vigilanza e controllo. Sono di competenza del comitato per il controllo sulla gestione, a norma dell'art. 2409-*octiesdecies* c.c., le seguenti funzioni:

- 1) vigilanza sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno, e del sistema amministrativo e contabile, nonché sulla sua idoneità a rappresentare correttamente i fatti di gestione;
- 2) svolgimento di ulteriori compiti affidati dal consiglio di amministrazione con particolare riguardo ai rapporti con i soggetti incaricati del controllo contabile.

Anche in questo caso la funzione di controllo contabile è assolta dal revisore contabile o da una società di revisione iscritti nell'apposito registro.

La peculiarità di tale modello di *governance* è rappresentata dalla concentrazione, in un medesimo organo, delle funzioni di gestione e di quelle di controllo, ancorché svolte da soggetti diversi.

3.2 Nell'attuale sistema di *governance* quindi si assiste da un lato all'ampliamento delle competenze degli amministratori delle società (Cfr. art. 2380-*bis* c.c., secondo cui *“la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori che compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale”*), dall'altro lato a un depotenziamento delle competenze gestionali all'assemblea.

Infatti, le competenze attribuite a quest'ultima ex art. 2364 c.c. - a numero chiuso, con un limitato margine di sviluppo in base a quanto previsto dal n. 5 del comma 1 - è configurato in modo completamente diverso rispetto alla formulazione precedente, in quanto viene esclusa la “formula aperta” di cui al numero 4 del comma 1 della disposizione³⁶. L' art. 2364, comma 1, n. 5, prevede che l'assemblea ordinaria può deliberare sulle *“autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti”*.

La nuova versione esclude quindi che gli amministratori possano di propria iniziativa “delegare” all'assemblea particolari decisioni; è solo consentito, per i casi espressamente previsti dallo statuto, che l'assemblea autorizzi determinati atti.

³⁶ L'originaria versione dell'art. 2364, comma 1, n. 4 consentiva all'assemblea degli azionisti di deliberare “sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo o sottoposti al suo esame dagli amministratori”. Le linee definite dall'organo assembleare dell'ente locale, dunque, venivano trasposte nelle strategie della società partecipata dagli atti di gestione dell'assemblea societaria e, quindi, tradotte dagli amministratori. Gli statuti di molte società partecipate, avvalendosi di tale norma, riservavano all'assemblea ordinaria anche la fissazione degli indirizzi generali per la gestione della società medesima e lo sviluppo dei servizi, ai quali il consiglio di amministrazione si sarebbe dovuto attenere per il perseguimento delle finalità sociali. Simili previsioni, in realtà, erano delineate al fine di tradurre nell'ambito della vita societaria “gli indirizzi da osservare da parte delle aziende pubbliche e degli enti dipendenti, sovvenzionati o sottoposti a vigilanza”, previsti tra gli atti fondamentali del Consiglio dell'ente locale dall'art. 42, comma 2, lett. g) del d.lgs. n. 267/2000 (Tuel) nel quale era confluita la corrispondente norma dettata dall'art. 32 della legge n. 142/1990.

3.3 Dopo aver delineato brevemente le caratteristiche precipue dei diversi modelli di *governance* consentiti nel nostro ordinamento, è necessario interrogarsi su quale sia il modello che possa soddisfare il requisito del controllo analogo.

Va osservato che fino ad ora la giurisprudenza comunitaria e nazionale si è pronunciata solo su modelli di *governance* societaria di tipo tradizionale. La dottrina³⁷ ritiene che tra i diversi sistemi sopra individuati, quello dualistico sembrerebbe meglio adeguarsi alle logiche di gestione delle società partecipate dagli enti locali, ed in particolare di quelle a capitale totalmente pubblico.

Tale convincimento si fonda su diversi ordini di ragioni.

L'adozione del modello dualistico consente di:

- (i) replicare, nell'ambito societario, il principio di distinzione di competenze tra sfera politica e sfera burocratica, articolando rispettivamente le attribuzioni di ciascuna di tali sfere tra chi nomina e che cura la gestione;
- (ii) garantire l'effettività di criteri di professionalità, allocando negli organi sia di gestione che di sorveglianza soggetti in grado di apportare all'attività della società elementi di conoscenza necessari per l'ottimale erogazione del servizio;
- (iii) consentire la più ampia rappresentanza a tutti i soci, tenuto anche conto dell'articolazione interna degli stessi;
- (iv) assegnare la funzione di indirizzo e controllo a soggetti individuati dagli organi politici (consiglio di sorveglianza),

³⁷ R. Antonelli, "Società pubbliche locali: il sistema dualistico di governance", in www.diritto.it, A. Le Donne, C. Pierotti, "Gestione in house dei servizi pubblici locali: contaminazioni, suggestioni, soluzioni", in *Astrid-rassegna*, 2006.

- sul modello di controllo già presente nella pubblica amministrazione locale (collegio dei revisori dei conti);
- (v) individuare soggetti professionisti o dirigenti della stessa amministrazione pubblica, accertando comunque le loro capacità manageriali, attribuendo loro la funzione di gestione (consiglio di gestione), direttamente controllati dal consiglio di sorveglianza³⁸.

3.4 I modelli di controllo analogo interno accolti dalla giurisprudenza

Con riferimento alla giurisprudenza che si è pronunciata sul sistema di *governance* di tipo tradizionale in funzione dell'esercizio del controllo analogo interno, è utile richiamare una pronuncia del Tar Puglia³⁹ in cui, a seguito dell'esame dell'atto costitutivo e dello statuto della società che descrivevano la struttura organizzativa della compagine societaria, nonché i controlli e le modalità di gestione della medesima, ha ritenuto ravvisabile l'esercizio del controllo analogo.

Nel caso di specie si trattava dell'affidamento diretto del servizio di trasporto disabili da parte dell'Azienda USL BA/4 nei confronti della A.M.T.A.B. Patrimonio S.p.A., società integralmente partecipata dal comune e dall'A.M.T.A.B. S.p.A, quest'ultima, a sua volta, interamente appartenente al predetto ente locale.

Il Tar ha ritenuto che il soggetto gestore potesse essere configurato quale *longa manus* del Comune in quanto la natura dell'attività prestata e l'oggetto sociale erano costituiti dal servizio trasporto disabili e, in base allo statuto societario, la società

³⁸ Facendo leva proprio su quest'ultimo aspetto, la dottrina ha ritenuto preferibile la scelta del modello dualistico nelle società in house pluripartecipate dove più si avverte il problema del controllo analogo congiunto tra più enti proprietari.

A. Le Donne e C. Pierotti, *op. ult. cit.*

³⁹ Tar Puglia, Bari, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318 in www.appaltiecontratti.it.

risultava effettivamente sottoposta ad un penetrante controllo economico e gestionale da parte del Comune. Ciò emergeva dalla composizione e nomina degli organi sociali e, segnatamente, dell'assemblea dei soci e del consiglio di amministrazione, cui erano riservati i principali compiti di conduzione della società, oltre che del collegio sindacale. Infatti, il Comune, unico titolare del capitale sociale, esercitava sui servizi affidati alla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, concretizzantesi (i) nel possesso della partecipazione azionaria, (ii) nello strumento del contratto di servizio e (iii) nella sottoposizione della società ad una serie di obblighi. Tra questi:

- a) la trasmissione mensile dei verbali delle riunioni del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale;
- b) la trasmissione dell'ordine del giorno delle adunanze del medesimo consiglio di amministrazione al sindaco e all'assessore alle aziende e agli amministratori della società;
- c) la trasmissione trimestrale al sindaco e all'Assessore della relazione sull'andamento della società, con particolare riferimento alla qualità e quantità dei servizi resi ai cittadini, nonché ai costi di gestione in relazione agli obiettivi fissati.

Oltre che dalla giurisprudenza, un utile spunto in ordine ai criteri da seguire nella verifica della sussistenza del controllo analogo si rinviene nella circolare adottata dal Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio⁴⁰ in cui sono state definite, in materia di affidamento *in house* del servizio idrico integrato, le condizioni essenziali e non eludibili per ricorrere al suddetto affidamento nel rispetto dei principi del diritto comunitario. Si è precisato, in

⁴⁰ Circolare Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio 6 dicembre 2004 in G.U. Serie Generale, n. 291 del 13 dicembre 2004. In dottrina: J. Bercei, *Le Società Miste e la società in House per i servizi pubblici locali. La legge e le ipotesi interpretative*, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, 640.

particolare, che è obbligatorio che l'atto costitutivo e lo statuto prevedano che la società sia dotata di un'autonomia finanziaria e decisionale limitata e preventivamente circoscritta. In particolare, le deliberazioni concernenti l'amministrazione straordinaria e quelle di determinante rilievo per l'attività sociale, quali il bilancio, la relazione programmatica, l'organigramma, il piano degli investimenti, il piano di sviluppo ed equivalenti, dovranno essere approvati dagli enti locali partecipanti alla società. Gli amministratori e gli amministratori della s.p.a. saranno nominati direttamente dagli enti locali proprietari.

Ci si deve interrogare, allora, su quali siano gli strumenti di cui dispone l'ente locale per attribuirsi un potere di direzione e coordinamento sulle società partecipate e, ulteriormente, per esercitare quel controllo analogo che è essenziale ai fini della legittimità di un eventuale affidamento *in house*. In particolare, se tale strumento possa essere rappresentato dallo statuto sociale, laddove idoneamente conformato. Parte della dottrina⁴¹ ha sostenuto che il fondamento normativo, in virtù del quale esercitare tale potere di direzione e coordinamento può essere rinvenuto, sulla scorta dell'art. 2497 *sexies*, 2 comma, in particolari clausole degli statuti delle società.

3.5 Il controllo analogo “esterno”

Il controllo analogo esterno prevede la costituzione di un organismo di controllo al di fuori della società partecipata in posizione intermedia tra questa e l'ente locale proprietario secondo le forme consentite dall'ordinamento delle autonomie locali: si tratta di strumenti di natura squisitamente amministrativa.

⁴¹ M. Atelli e C. D'Aries, *La public governance nei servizi pubblici locali*, Milano, 2006, 356.

Il TUEL prevede diverse forme associate di gestione di funzioni e servizi nell'ambito locale. In particolare:

- a) la convenzione (art. 30);
- b) i consorzi (art. 31);
- c) le unioni di comuni (art. 32);
- d) l'esercizio associato di funzioni e servizi da parte di comuni (art. 33) e
- e) gli accordi di programma (art. 34).

Procederemo ad una breve disamina delle suddette forme.

- a) La convenzione è finalizzata a svolgere in modo coordinato funzioni e servizi. Nel documento sottoscritto dagli enti devono essere stabiliti i fini, la durata, le forme di consultazione degli enti contraenti, i loro rapporti finanziari, reciproci obblighi e garanzie. Le convenzioni possono prevedere 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.
- b) Il consorzio è finalizzato alla gestione associata di funzioni e servizi. Gli enti locali possono costituirlo secondo le norme previste per le aziende speciali di cui all'art. 114 del TUEL in quanto compatibili. A tal fine gli enti locali approvano una convenzione ai sensi dell'art. 30 unitamente allo statuto del consorzio. La convenzione deve disciplinare le nomine e competenze degli organi consortili e prevedere la

trasmissione agli enti aderenti degli atti fondamentali del consorzio; lo statuto, in conformità alla convenzione, deve disciplinare l'organizzazione, la nomina e le funzioni degli organi consortili.

- c) L'unione dei comuni sono enti locali costituiti da due o più comuni allo scopo di esercitare congiuntamente una pluralità di funzioni di loro competenza. Lo statuto individua gli organi dell'unione e le modalità per la loro costituzione ed individua, altresì, le funzioni svolte dall'unione e le corrispondenti risorse.
- d) L'esercizio associato di funzioni e servizi da parte dei comuni è conseguente al trasferimento delle funzioni ai comuni da parte delle regioni. Al fine di consentire anche ai comuni di minore dimensione demografica l'esercizio delle predette funzioni conferite le regioni individuano i livelli ottimali di esercizio delle stesse secondo la metodologia della concertazione istituzionale.
- e) L'accordo di programma è finalizzato alla definizione ed all'attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento che richiedono, per la loro completa realizzazione, l'azione integrata e coordinata di comuni, province e regioni, di amministrazioni statali e di altri soggetti pubblici. Con l'accordo si disciplinano le modalità per assicurare il coordinamento delle azioni e per determinare i tempi, le modalità, il finanziamento e ogni altro connesso adempimento.

La giurisprudenza, ad oggi, ha avuto modo di pronunciarsi favorevolmente solo con riferimento all'adozione della

convenzione come strumento idoneo a consentire l'esercizio del controllo esterno congiunto; la dottrina, tuttavia, si è interrogata sul se anche le altre forme di esercizio associato di funzioni e servizi, al pari della convenzione, siano strumenti utilizzabili per esercitare in modo efficace il controllo analogo.

Quest'ultima, muovendo dalle specifiche caratteristiche di ciascuna di tali forme, ha manifestato delle perplessità in ordine al loro utilizzo.

Infatti, il consorzio necessitando dell'approvazione sia di uno statuto, per la costituzione di una persona giuridica analoga all'azienda speciale, che di una convenzione disciplinante gli elementi dell'ordinamento interno, risulta più complicato da attuare, mentre gli strumenti di cui agli artt. 32 e 33, appaiono piuttosto riduttivi in quanto esperibili solo dai comuni e non dagli altri enti locali⁴².

3.5.1 La convenzione nelle pronunce giurisprudenziali

Passando ora all'esame delle pronunce giurisprudenziali in merito all'adozione dello strumento convenzionale si rileva che si trattava di casi in cui essendo la società partecipata da più enti locali ed essendo, pertanto, necessario, un controllo congiunto da parte di tutti gli enti partecipanti, il Tar Friuli⁴³ ha individuato nella costituzione, mediante convenzione, di un apposito organo, quale l'Assemblea di coordinamento intercomunale, lo strumento idoneo a realizzare il controllo analogo.

In particolare, l'Assemblea di coordinamento intercomunale provvede:

- d) alla consultazione tra gli enti locali circa la gestione dei servizi pubblici svolti dalla società e circa il suo andamento

⁴² A. Le Donne, C. Pierotti, *op. ult. cit.*

⁴³ Tar Friuli, 15 luglio 2005, n. 634 in www.dirittodeiservizipubblici.it.

generale, con audizione, almeno una volta l'anno, del Presidente e del direttore generale;

- e) all'approvazione, su delega degli enti locali, del bilancio di esercizio, del piano industriale e degli altri documenti programmatici che, per Statuto, la società è tenuta a trasmettere;
- f) alla modifica degli schemi tipo dei contratti di servizio, all'approvazione di nuovi eventuali schemi tipo, alle modifiche dello statuto della società, previo invio ai singoli enti locali per gli adempimenti di competenza;
- g) al consenso all'eventuale esercizio in qualsiasi forma di attività, rientranti nel suo oggetto sociale, che integrino servizi pubblici pertinenti agli enti locali soci o alle forme associative, su delega degli stessi;
- h) al controllo, mediante una Commissione di tre membri da essa nominata, dello stato di attuazione degli obiettivi, anche sotto il profilo dell'efficacia, efficienza ed economicità, con successiva relazione all'Assemblea stessa.

L'organo suddetto, oltre che su iniziativa del suo Presidente, si riunisce su richiesta di un numero di enti locali che rappresentino almeno il 20% del capitale pubblico locale e, comunque, prima delle assemblee straordinarie della società controllata e di quelle che abbiano per oggetto l'approvazione dei bilanci e la nomina di amministratori o sindaci.

Inoltre, né il bilancio, né il piano industriale, né gli altri documenti programmatici possono essere approvati dagli organi della società prima che siano stati esaminati dall'Assemblea di coordinamento intercomunale; ciascun ente locale può chiedere informazioni in merito alla gestione dei servizi pubblici da esso affidati alla società

e detti servizi vanno svolti secondo disciplinari approvati dagli enti locali, in modo da consentire il completo controllo da parte di ciascun ente di ognuno dei servizi da esso conferiti.

Si tratta, pertanto, di una forma penetrante di controllo, che investe non solo gli atti di gestione straordinaria, ma anche in parte rilevante, la gestione ordinaria e gli organi stessi della società che la curano.

Anche in questo caso non si è in presenza di un orientamento consolidato, ma di primi spunti che possono orientare le pubbliche amministrazioni nell'ampio quadro dei possibili strumenti da attuare per la realizzazione del controllo analogo: si dovranno attendere successive pronunce della giurisprudenza sul punto, onde poter enucleare delle linee guida da applicare in concreto.

3.5.2 Il contratto di servizio

Un ulteriore strumento, potenzialmente idoneo ad integrare il requisito del controllo analogo esterno, potrebbe ravvisarsi nel contratto di servizio.

Parte della dottrina⁴⁴, utilizzando il riferimento al già citato art. 2497 *sexies*, comma 2, c.c. ha ravvisato nel contratto di servizio il contratto sulla cui base l'ente locale può esercitare l'attività di direzione e coordinamento della società affidataria.

Infatti, posto che l'affidamento del servizio pubblico deve avvenire nel rispetto di una cornice quadro formata dagli standard

⁴⁴ Si veda M. Atelli e C. D'Aries, *op. ult. cit.*, 30, secondo i quali il contratto di servizio, disciplinando le modalità di esecuzione del servizio pubblico gestito dalle società esterne, rappresenta una significativa forma di controllo: tramite una accurata redazione del contratto e una verifica periodica dei risultati conseguiti e conseguibili, rispetto a quanto contrattualmente convenuto, l'ente pubblico potrà esercitare una tanto più costante quanto efficace opera di controllo volta a mantenere o riportare negli ambiti programmati l'attività svolta dalla società. *Contra* M. Greco, *Strumenti del controllo extrasocietario nella gestione in house*, in www.appaltiecontratti.it, secondo cui i contratti di servizio, definendo esclusivamente obblighi contrattuali di per sé indifferenti alla natura pubblica, privata o mista della controparte, hanno valenza puramente contrattuale e sono pertanto irrilevanti ai fini della dimostrazione del requisito del controllo analogo.

qualitativi e quantitativi definiti dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli stessi enti locali, tali elementi devono essere parte integrante del contratto di servizio la cui funzione, per espressa previsione di legge (art. 113, comma 7 e 11, TUEL) è, infatti, quella di regolare i rapporti degli enti locali con le società di erogazione del servizio e costituire, pertanto, il raccordo tra enti regolatori e soggetto gestore nel recepimento degli obiettivi programmati che saranno sottoposti ad un processo di controllo e di monitoraggio sistematico e periodico.

Qualora si riscontri un'eventuale anomalia negli elementi che, in base all'art. 113, comma 7 e 11, Tuel devono far parte integrante del contratto di servizio, il ricorso ai rimedi attivabili dall'ente locale nei confronti della società che gestisce il servizio configura, per l'appunto, una forma, benché indiretta e mediata, di esercizio di quel potere di direzione e coordinamento delle società affidatarie.

La giurisprudenza⁴⁵, tuttavia, ha ritenuto che le norme della convenzione tipo che attribuiscono al Comune poteri di indirizzo, vigilanza e controllo sulla gestione del singolo servizio non valgono ad integrare il requisito del controllo analogo poichè tali poteri sono riconducibili agli ordinari poteri di verifica dell'esatto adempimento identici a quelli riconosciuti a qualunque controparte contrattuale, senza consentire l'esercizio di alcuna influenza sulla gestione sociale⁴⁶.

IV. Considerazioni conclusive

4.1 Sul controllo interno

⁴⁵ Tar Lombardia, Brescia, 2 maggio 2006, n. 433, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁴⁶ Il Tar non ha riconosciuto valore restrittivo ai poteri degli amministratori neppure nella clausola della convenzione approvata dall'ente locale e dalla società partecipata secondo la quale il comune affidante *"potrà sempre verificare gli adempimenti del contratto"*.

Quanto al profilo del controllo interno, si è dimostrato come, per la verifica della sussistenza del requisito del controllo analogo, punto di partenza imprescindibile è l'indagine sui rapporti organizzativi e funzionali tra ente affidante e società affidataria, in particolare sull'atto costitutivo e sullo statuto della società descrittivi della struttura organizzativa nonché dei controlli e delle modalità di gestione.

L'adozione del sistema dualistico, corroborato dall'introduzione di adeguate clausole statutarie potrebbe consentire di soddisfare il requisito del controllo analogo, sì da dimostrare la sussistenza di un'assoluta mancanza di autonomia imprenditoriale e di potere decisionale distinto da quello dell'amministrazione.

In tale ottica, la dottrina⁴⁷ ha ipotizzato un modello di *governance* dualistico in cui l'esercizio del controllo analogo da parte degli enti soci sarebbe conseguito tramite:

- 1) trasferimento della competenza ad approvare alcuni atti gestori di maggiore rilevanza finanziaria e strategica all'assemblea dei soci per accentuare il legame tra amministrazione ed enti locali;
- 2) clausola di gradimento per l'ingresso di nuovi soci (trasferimenti di partecipazioni) da demandare all'assemblea, funzionalizzando il gradimento all'accertamento del rispetto delle condizioni richieste dall'art. 113, comma 5, TUEL;
- 3) costituzione di un consiglio di sorveglianza i cui membri possano essere eletti direttamente da ciascun socio ex art. 2409 *duodecies* c.c. che richiama l'art. 2449 c.c.;
- 4) i membri del consiglio di gestione possono venir nominati in forza di criteri che tengano in maggior conto le differenze di peso

⁴⁷ N. Pescetto, *Nuovi modelli di governance societaria*, in www.unioneconsulenti.it.

partecipativo; per es. soltanto in parte nominati direttamente dai soci sempre *ex art. 2449 c.c.*, richiamato dal 2409 *novies*, n. 3;

5) per consolidare i legami con i soci in modo tale da sostenere il controllo analogo potrebbero essere designati come membri del consiglio di gestione o del consiglio di sorveglianza anche alcuni soggetti "interni" degli enti pubblici (funzionari), facendo leva sulla apertura che la recentissima versione dell'art. 2409 *duodecies*, comma 10, lett. c) ha consentito;

6) necessità di approvazione da parte del consiglio di sorveglianza dei piani industriali che il consiglio di gestione elaborerà unitamente a report periodici sull'andamento contabile e finanziario (art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. f-*bis* c.c.)

7) sottoscrizione di un complesso di contratti di servizio molto stringenti e vincolanti anche per quanto concerne i poteri di ispezione - informazione dei soci o dei consiglieri di sorveglianza (art. 113, comma 11, TUEL).

4.1.1 Sempre sul piano dell'esercizio del controllo, si pone l'ulteriore delicato problema del se la partecipazione alla società *in house* debba avvenire da parte degli enti locali esclusivamente in forma diretta o, invece, possa realizzarsi anche in forma indiretta, cioè attraverso soggetti a loro volta partecipati.

La prima soluzione è stata fatta propria dalla già citata circolare del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, la quale in materia di affidamento *in house* del servizio idrico integrato, ha sostenuto che alla società dovranno partecipare esclusivamente enti locali e che una partecipazione indiretta non sarebbe

ammissibile in base ai principi comunitari, in quanto non “funzionale allo scopo della gestione in house”⁴⁸.

Del resto tale lettura è confermata dalla recente giurisprudenza comunitaria (caso *Carbotermo*) secondo la quale risulta essere più incisiva la gestione delle partecipazioni sociali da parte dell'ente locale tramite un apposito ufficio, piuttosto che attraverso una società *holding*.

Nel caso in cui, infatti, si opti per la gestione attraverso una società *holding* il rapporto con i consigli di amministrazione delle singole società operative situate a valle della *holding* è istituzionalmente mediato dal consiglio di amministrazione della medesima e il carattere indiretto della partecipazione rende meno stringente il rapporto con l'ente locale.

Viceversa, nel caso in cui sia un ufficio del comune o della provincia a gestire le partecipazioni dell'ente locale la c.d. catena di comando fra ente locale e componenti il consiglio di amministrazione tende ad assumere maggiore rigidità sì da rendere poco probabile l'attribuzione al consiglio di amministrazione di amplissimi poteri di gestione⁴⁹.

4.2 Sul controllo esterno

Con riferimento, invece, agli strumenti di controllo esterno all'organizzazione della società, si è già evidenziato come l'utilizzo

⁴⁸ Circolare Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio 6 dicembre 2004 in G.U. Serie Generale, n. 291 del 13 dicembre 2004.

In dottrina, la problematica è stata evidenziata da S. Colombo, *Delegazione interorganica ovvero in house providing sui servizi pubblici locali*, in *Foro amm., CdS*, 2004, 1134, il quale ritiene che la partecipazione diretta alla società costituisca il modello ipoteticamente più idoneo a garantire all'ente locale l'esercizio del controllo analogo. Lo stesso autore richiama la pronuncia del Tar Toscana n. 25 del 15 gennaio 2001 in base a cui “*la deroga alla regola dell'affidamento del servizio a mezzo gara può valere solo nei confronti della società cui l'ente partecipa direttamente e non nei confronti di società il cui pacchetto azionario di controllo appartenga ad altra società*”.

⁴⁹ M. Atelli e C. D'Aries, *op. ult. cit.*, 349.

della convenzione ex art. 30 del TUEL rappresenti un efficace strumento di controllo congiunto esterno.

Non deve trascurarsi che attraverso tale modello di gestione si consente (i) lo svolgimento coordinato e non isolato di funzioni e servizi pubblici già attribuiti *ex lege* a ciascun ente locale e (ii) si supera l'ostacolo della scarsa consistenza del pacchetto azionario sottoscritto da ciascun ente socio e la relativa consistenza dei diritti di voto ad ognuno spettanti. La costituzione di un organo terzo, infatti, quale strumento di collaborazione tra soggetti amministrativi con interessi omogenei, garantisce l'accentramento del controllo in capo al socio pubblico unitariamente inteso.

La partecipazione alla società non rileva in quanto tale ma nell'insieme delle partecipazioni che attuano un coordinamento stabile (attraverso il patto di diritto pubblico sottoscritto) tra i vari enti locali interessati⁵⁰.

La giurisprudenza, del resto, ha precisato che nell'ipotesi di società partecipata da una pluralità di enti locali, con la conseguenza che il capitale risulta frazionato senza che alcuno di essi possieda la maggioranza assoluta delle azioni, tale circostanza non è di per sé decisiva al fine della realizzazione del requisito del controllo.

La predetta conclusione si fonda sul puntuale esame dell'art. 113, comma 4, lett. a) nonché 5, lett. c) del Tuel laddove stabilisce che l'esercizio del controllo sulla società, analogo a quello esercitato sui propri uffici, deve essere esercitato dall'ente o dagli enti pubblici titolari del capitale sociale. Ne consegue che per il

⁵⁰ Una conclusione differente limiterebbe ingiustificatamente l'impiego delle società in *house providing* ai soli casi di gestioni monocomunali, mentre è noto che il legislatore auspica che i servizi pubblici locali siano organizzati per "ambiti territoriali ottimali" e, cioè, sulla base di circoscrizioni che ricomprendano una pluralità di comuni per ragioni di efficienza, efficacia ed economicità. M. Calcagnile e C. Bonora, "Le caratteristiche delle società in *house providing* per la gestione dei servizi pubblici locali", in www.giustamm.it.

legislatore nazionale la presenza di più enti locali, con quote di capitale necessariamente frazionate, è compatibile con il modello delle società *in house*. Ciò che conta, infatti, è che la società sia davvero espressione della collaborazione intercomunale, vale a dire sia il soggetto strumentale organizzato dagli enti locali soci per lo svolgimento in maniera unitaria e coordinata di determinati servizi pubblici⁵¹.

È stato rilevato dalla dottrina che la convenzione, quale ufficio di diritto pubblico, non può, tuttavia, attribuire all'ente locale poteri che eccedono quelli che ad esso spettano, al pari di qualsivoglia altro soggetto pubblico o privato, nella sua qualità di socio, in base al diritto societario, comune o al limite speciale. L'alternativa è, infatti, secca: o l'ente locale rivendica per sé poteri speciali che trovano la propria fonte in una norma di legge (si pensi agli artt. 2449 e 2450 c.c., che disciplinano le società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici con particolare riferimento ai poteri di nomina degli amministratori o sindaci, oppure all'art. 2 della L. n. 474/1994), e allora *nulla quaestio*, oppure non può attribuirsi mediante uno strumento di diritto pubblico (è il caso della convenzione) poteri che il diritto societario non prevede.

In queste fattispecie, pertanto, la fonte dei penetranti poteri va rinvenuta nello statuto della società che li enuclea e li intesta ai comuni soci, e per essi, all'ufficio comune costituito ex art. 30 e denominato "Assemblea di coordinamento intercomunale".

⁵¹ Tar Abruzzo, sez. Pescara, 10 novembre 2005, n. 608, S. Ilari, *Affidamento in house di pubblici servizi, commento a Tar Abruzzo, sentenza n. 608/2005*, in www.diritto.it.