

VITA E PROBLEMI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

ANTONIO NICODEMO

IL «CONTROLLO ANALOGO CONGIUNTO» NELL'IN HOUSE PROVIDING

SOMMARIO: 1. *L'ammissibilità del controllo analogo congiunto nell'in house providing.* – 2. *L'in house providing frazionato per un nuovo modello di gestione dei servizi pubblici locali.* – 3. *I requisiti necessari per la determinazione dell'in house providing frazionato fissati dalla giurisprudenza. Il caso V.C.S. S.r.L.* – 4. *Conclusioni.*

1. *L'ammissibilità del controllo analogo congiunto nell'in house providing.*

Con il presente lavoro, dedicato al *controllo analogo congiunto nell'in house providing frazionato*, si analizzano i recenti orientamenti giurisprudenziali maturati sull'argomento con il fine di individuarne gli aspetti principali, rilevanti anche sul piano pratico.

Il fenomeno dell'affidamento *in house* (1), di origine comunitaria, riguarda (prevalentemente) la gestione dei servizi pubblici (2). Esso si verifica quando il servizio viene affidato senza gara (in via diretta) a società a capitale interamente pubblico (3), a condizione che l'Ente o gli Enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla stessa un *controllo* (4) *analogo* a quello esercitato sui propri servizi (criterio del *controllo analogo*) e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'Ente o gli Enti pubblici che la controllano (criterio della *prevalenza*).

(1) Sull'istituto dell'*in house providing* la bibliografia è molto vasta. Si v. CHIARA LACAVA e GABRIELE MAZZANTINI, *Affidamenti in house e regole di concorrenza*, in *Lo Stato compratore*, a cura di LUIGI FIORENTINO, Bologna, 2007, 161; GUIDO ALPA, *Diritto privato e diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, Milano, 1998; ROSANNA DE NICTOLIS, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela della trattativa privata, negli affidamenti in house e a società mista*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 3, 2005, 308; CARMEN VITALE, *La gestione congiunta dei servizi pubblici locali. Novità legislativa e tendenze del sistema*, in *Le istituzioni del federalismo*, 3-4, 2009; FRANCESCO VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete – l'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, 2005.

(2) Sul tema della gestione dei servizi pubblici locali si segnala il lavoro interessante e originale di LAURA LAMBERTI, *La disciplina dei servizi pubblici locali nella Costituzione riformata e la tutela della concorrenza*, in *Amministrazione in cammino*, www.amministrazioneincammino.it

Il *controllo analogo* è, quindi, uno dei requisiti indefettibili dell'affidamento *in house*. In altri termini, non vi può essere affidamento *in house* senza *controllo analogo*. Tanto è stabilito dalla legge (art. 113, co. 4, T.U.E.L.) e costantemente affermato dalla giurisprudenza (i primordi dell'orientamento citato si rinvengono nella famosa sentenza sul caso *Teckal* della Corte di Giustizia Europea) (5).

Per *controllo analogo* s'intende il controllo che l'Ente pubblico esercita sulla società *in house*. Esso deve corrispondere al controllo che l'Ente esercita (o gli Enti esercitano) sui propri servizi. Il *controllo analogo* postula una dipendenza integrale della società preposta alla gestione dei servizi rispetto all'Ente pubblico o agli Enti pubblici titolari del servizio.

Con il fine di delimitare il campo di indagine va preliminarmente detto che il presente lavoro si concentrerà sull'ammissibilità del *controllo analogo* congiunto e sulle relative caratteristiche. Tuttavia, occorre, per ragioni esclusivamente introduttive, dare conto dei caratteri salienti dell'istituto *de quo*.

La giurisprudenza europea sostiene che il *controllo analogo* deve preesistere all'affidamento, non potendo sorgere nel momento stesso dell'affidamento (6). Non sussiste il *controllo analogo* richiesto dall'art. 113, D.Lgs. n. 267/2000 (T.U.E.L.), qualora l'Ente pubblico non eserciti nessun potere sugli organi societari; qualora il consiglio d'amministrazione abbia poteri limitati soltanto da quelli dell'assemblea dei soci; qualora la partecipazione azionaria dell'ente locale sia esigua; qualora l'oggetto sociale sia ampio e possa essere esercitato in ambito nazionale ed internazionale, un ambito estraneo, quindi, a quello dell'Ente locale affidatario del servizio (7).

Il *controllo analogo* si realizza attraverso il controllo dell'Ente pubblico affidante (o degli Enti pubblici) sugli organi e sull'attività della società. In altri termini, per aversi *controllo analogo* non è sufficiente che l'Ente pubblico rivesta la qualità di socio unico se poi lo statuto (8) riserva all'organo amministrativo ampi margini di autonomia nelle scelte

(3) Tale scelta è conforme al principio dell'autorganizzazione amministrativa.

Cfr. sul punto ROBERTO GIOVAGNOLI, *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, Relazione al Convegno sul codice dei contratti pubblici del 19 ottobre 2007 tenutosi a Palazzo Spada, nel sito ufficiale della giustizia amministrativa.

(4) Sul significato di controllo cfr. MARIO NOTARI, *La nozione di «controllo» nella disciplina antitrust*, Milano, 1996.

(5) L'argomento è stato affrontato ampiamente dalla Corte di Giustizia CE anche con la sentenza del 13 novembre 2008, in causa C-324/07, sulla vicenda «Coditel Brabant SA».

(6) Corte di Giustizia CE sentenza 12 dicembre 2002, in causa C-470/99.

(7) Consiglio di Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5.

(8) Sui poteri che lo statuto riconosce alle amministrazioni si rinvia a C. PECORARO, *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello Stato e dell'ente pubblico nelle S.p.A.: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Riv. Soc.*, 2009, 947 ss.

amministrative e manageriali. Esemplificando, gli Enti pubblici esercitano il controllo in parola se le decisioni relative alle attività di una società *in house* a capitale esclusivamente pubblico sono adottate da organi statutari composti da rappresentanti dell'Ente (o degli Enti pubblici).

Detto diversamente, perché ci sia *controllo analogo* è necessario che l'Ente pubblico affidante (o gli Enti pubblici) eserciti(no), pur se con moduli societari su base statutaria, poteri di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario. Le decisioni più importanti, quindi, devono essere sempre sottoposte al vaglio preventivo dell'Ente affidante o, in caso di *in house* frazionato, della totalità degli Enti pubblici soci (9). Dette caratteristiche debbono sussistere lungo l'intera gestione del servizio.

Tanto premesso, giungiamo ora alla formulazione della questione teorica da affrontare: nell'affidamento *in house* ad una società partecipata da più Enti Pubblici territoriali (10), ricorre il requisito del *controllo analogo* anche quando è esercitato in forma congiunta?

La giurisprudenza amministrativa ha risposto positivamente all'interrogativo.

In particolare il Consiglio di Stato in più di una circostanza nel corso del 2009, ha affrontato la *vexata quaestio* del *controllo analogo* nel caso di *in house providing frazionato*.

Le questioni affrontate dal g.a. sono le seguenti: ricorre il requisito del *controllo analogo* nell'ambito di una società *in house* il cui capitale è detenuto da più Enti Pubblici territoriali? Un socio pubblico (Comune), titolare di una quota di capitale minoritaria in una società *in house*, può affidare in via diretta alla stessa la gestione di un servizio pubblico locale, pur non esercitando un controllo totale ed assoluto sull'intera società?

Con ben cinque pronunce (11) il supremo consesso amministrativo nel 2009 studia e risolve le questioni citate, proponendo risposte puntuali e coerenti con l'orientamento comunitario.

(9) La questione viene affrontata anche in Consiglio di Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082.

(10) Es. Comuni.

(11) Cfr. Consiglio di Stato sez. V, dec. 9 marzo 2009, n. 1365 (con nota di MIRIAM GIORGIO, *L'in house pluripartecipato: nuovo modello societario o apparato amministrativo?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12, 2009, 1269); 30 aprile 2009, n. 2765; 26 agosto 2009, n. 5082 (cit.); 28 settembre 2009, n. 5808 e in ultimo 29 dicembre 2009, n. 8970. Nel 2007 sul punto si registra la pronuncia del T.A.R. Lazio, sez. II *ter*, n. 9988 del 16 ottobre 2007, che così stabiliva: «ai fini dell'affidamento *in house* di un servizio pubblico, ai sensi dell'art. 113, comma 5, del D.Lgs. n. 267/2000 (come sostituito dal D.L. n. 269/2003), non è necessaria la partecipazione di un solo ente pubblico al capitale della società affidataria ed è irrilevante la misura percentuale nella partecipazione (o compartecipazione plurima) di enti pubblici, nel caso in cui comunque sia soddisfatta la condizione della esistenza di un capitale a partecipazione interamente pubblica e qualora ricorrano le altre condizioni, di imprescindibile rilevanza, previste dallo stesso art. 113 che impone agli stessi enti titolari del capitale sociale di esercitare sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi».

Di sicuro interesse è l'*iter* motivazionale sviluppato dai Giudici di Palazzo Spada con la sentenza n. 8970 del 29 dicembre 2009 (12), che esamina particolarmente l'istituto del *controllo analogo* cd. *congiunto*. Il Consiglio di Stato, ammettendo l'*in house providing frazionato*, stabilisce nell'esigenza della gestione associata ed economica di un servizio da parte di più amministrazioni, il limite di operatività dell'istituto in parola (13).

Il Giudice amministrativo ritiene che, nel caso di una società partecipata – ancorché in via totalitaria – da più Enti pubblici e affidataria di un servizio pubblico locale, il requisito del *controllo analogo*, necessario per ritenere legittimo l'affidamento *in house* di appalti pubblici, non postula necessariamente anche il «controllo», da parte del socio pubblico, sulla società e, in via consequenziale, su tutta l'attività, sia straordinaria sia ordinaria. È, invece, sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'Ente affidatario sia effettivo, anche se esercitato congiuntamente dai singoli Enti pubblici associati, secondo il *modus operandi* tipico degli organi collegiali.

Il requisito del *controllo analogo* – secondo questa interpretazione – non sottende, infatti, ad una logica «dominicale», rivelando piuttosto una dimensione «funzionale»: affinché il controllo sussista, anche nel caso di una pluralità di soggetti pubblici partecipanti al capitale della società affidataria, non è indispensabile che ad esso corrisponda simmetricamente un «controllo» della *governance* societaria (14).

La tesi esposta, adottata dal Consiglio di Stato, supera la rigida interpretazione proposta dagli stessi giudici nel 2007 (15), quando ritennero inesistente il *controllo analogo* richiesto dall'art. 113, D. Lgs. n. 267 del 2000 (T.U.E.L.), qualora la partecipazione dell'Ente locale in una società a capitale interamente pubblico fosse esigua.

Di tutta evidenza è dunque il mutamento dell'orientamento giurisprudenziale in materia. Il requisito del *controllo analogo*, infatti, non dovrà più essere concepito come il rapporto organico equivalente ad una relazione gerarchica tra Ente affidante e soggetto gestore, essendo que-

(12) Consiglio di Stato, sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8970 (cit.).

(13) Già nel 2003 il T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 16 ottobre 2003, n. 4807, riteneva «legittimo l'affidamento diretto del servizio di smaltimento dei rifiuti da parte di un Comune ad una società di cui il Comune abbia acquisito una partecipazione minima al capitale sociale quando sussista un nesso funzionale e di controllo tale da giustificare la deroga al più generale principio dell'affidamento dei servizi pubblici mediante pubblica gara. Il nesso funzionale fra il servizio in esame e la società che svolge il medesimo servizio nel comune limitrofo va verificato in relazione alla specificità della situazione territoriale».

(14) Sancendo il riportato principio, i Giudici di Palazzo Spada con la sentenza n. 8970 del 2009 (cit.) si conformano all'orientamento manifestato dalla medesima sezione nel corso del 2009.

(15) Consiglio di Stato, Sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5 (cit.).

sta circostanza suscettibile di riprodursi solamente in determinati casi, ma dovrà essere valutato in ragione del modello societario partecipato e di altri ulteriori specifici elementi. Tra questi, ad esempio, si potrà considerare l'attribuzione di poteri forti ai soci pubblici (16).

2. *Lin house providing frazionato* per un nuovo modello di gestione dei servizi pubblici locali.

Il proliferare delle società pubbliche (17) costituite per la gestione *in house* dei servizi pubblici locali, ha da tempo spinto i giudici, comunitari e nazionali (18), a studiare il modello in parola, con il fine di precisare i canoni del fenomeno compatibili con la normativa vigente in materia di concorrenza (19).

(16) Sul punto si rinvia all'interessante contributo offerto da MICHELE NICO, *Società in House e pluralità di soci: ecco come il controllo analogo cambia volto*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2009, 4, 461-464.

(17) Sulle nuove forme di soggettività giuridica si v. MARIO PILADE CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica e nozioni funzionali*, in *Organismi e imprese pubbliche*, a cura di MARIA ALESSANDRA SANDULLI, Milano, 2004, 69.

(18) Sul punto anche l'elaborazione dottrinale inizia ad essere corposa. FRANCO GAETANO SCOCA, *Il punto sulle società Pubbliche*, (Relazione al Convegno «Le società pubbliche», Venezia 25 novembre 2004), in *Il Diritto dell'economia*, 2005, fasc. 2, 239-261. Secondo l'insigne studioso, sulla scia dell'imposizione dei modelli europei, la nuova economia si basa sull'idea del mercato libero, la quale ha portato alla crescita di imprese di interesse pubblico. Queste imprese sono regolate secondo schemi e modelli diversi da quelli normalmente previsti per le imprese dal codice civile. L'Autore esamina tale speciale disciplina relativamente alla natura giuridica e all'esatta identificazione di queste imprese.

Cfr. la ricostruzione storica fatta sugli Enti Pubblici Economici e sulle Imprese Pubbliche da LOREDANA GIANI, in *Diritto Amministrativo* a cura di FRANCO GAETANO SCOCA, 2008, Torino, 106. Si v. inoltre GERARDO SORICELLI, *Contributo allo studio del modello organizzativo dell'in house providing*, 2008. Diffusamente sull'argomento AA.VV., *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008; GUIDO ALPA, ANTONIO CARULLO, ANGELO CLARIZIA, *Le S.p.A. comunali per la gestione dei servizi pubblici*, Milano, 1998 (lo scopo del volume è di offrire un primo commento al regolamento sulle società miste comunali di minoranza pubblica (D.P.R. 533/96). In particolare, vengono illustrate le modalità per la costituzione societaria e per l'affidamento del servizio, la composizione del capitale sociale, le modalità di scelta del privato e gli appalti per questo tipo di organizzazioni. Sono inoltre oggetto di studio differenti tipologie di società in relazione alla natura del servizio offerto); GIOVANNI FRANCESCO NICODEMO, *Società miste: il giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 2, 2010, Milano, 157.

(19) La tutela della concorrenza si concretizza, in primo luogo, nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore. Ciò in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi. Sul punto si rinvia a Corte Cost., 22 novembre 2007, n. 401, in *Giur. Cost.*, 2007, n. 6.

La soluzione della gestione *in house* dei servizi pubblici locali si pone all'estremo opposto del principio della concorrenza (20), riconosciuto anche a livello costituzionale (21).

La gestione dei servizi pubblici locali soggiace alla regola generale della concorrenza (22). Da ciò consegue che l'affidamento *in house* deve considerarsi una fattispecie speciale cui ricorrere soltanto in ipotesi eccezionali, pena la violazione dell'articolo 86 del Trattato CE (23).

Oltre al modello *in house* per la gestione dei servizi pubblici si è affermato il modello della società mista appositamente costituita, ove la gara per la scelta del socio privato abbia avuto ad oggetto, al contempo, anche l'attribuzione del servizio (24). In ordine a quest'ultima ipotesi bisogna segnalare da una parte, l'orientamento di totale chiusura nei confronti della possibilità di affidare direttamente a società miste la gestione dei servizi, che postulerebbe, invece, l'esperimento di una specifica gara, diversa e successiva rispetto a quella necessaria all'individuazione del socio privato di minoranza (25), dall'altra parte, la tesi sostenuta da una parte

(20) Così CARMINE VOLPE in *La Corte CE continua la rifinitura dell'in house. Ma il diritto interno va in controtendenza*. Nota a Corte di Giustizia CE, sez. III, 10 settembre 2009, causa C-573/07 in *Urbanistica e Appalti*, n. 1, 2010, Milano, 38.

(21) Sul punto si v. anche MIRIAM GIORGIO, *L'affidamento in house è sempre un'eccezione? Il caso di Catania Multiservizi*, Nota a Cons. Giust. Amm. SI sez. giur. 4 settembre 2007, n. 719, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2008, Milano, 544.

(22) ANDREA ALTIERI, *L'affidamento in house dei servizi pubblici: profili di danno e responsabilità dei funzionari - Aspetti etici*, in *www.contabilità-pubblica.it*, 20 ottobre 2009 e in *Corso di Diritto Amministrativo*, a cura di MAURIZIO MIREBELLA, Milano, I ed. 2009, 158.

Tale convincimento affonda le radici nel procedimento Teckal s.r.l. c. Comune di Viano Causa n. 107/1998, quando la Corte di Giustizia CE affermò che la possibilità di non ricorrere da parte delle amministrazioni alle procedure ad evidenza pubblica può giustificarsi solo ove non si tratti di entità separate rispetto alle stesse amministrazioni, pena l'elusione dei principi posti a tutela e garanzia della libera concorrenza.

(23) Cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., sent. n. 1 del 2008, secondo cui l'istituto, così come costruito dalla giurisprudenza comunitaria, sembra rappresentare più che un modello organizzativo dell'Amministrazione, «un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono la previa gara». Sul punto si rinvia inoltre a FRANCESCO CARINGELLA in *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, III ed. 2008, 547. Si v. inoltre T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, ord., 22 luglio 2004, n. 885 e Consiglio di Stato, sez. V, ord. 22 aprile 2004, n. 2316.

(24) Cfr. sul punto FRANCO GAETANO COCA, *Sugli affidamenti in house: una possibilità sempre più limitata*, in *Ragiusan*, 2008, fasc. 293-294, 74-77. L'insigne studioso propone un panorama degli orientamenti giurisprudenziali sulla sempre più drastica limitazione della possibilità per gli Enti Pubblici titolari di quote di capitale sociale di società miste di affidare in modo diretto, senza gara, servizi, lavori e forniture.

(25) Sul punto si rinvia a MARIO PILADE CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste?*, in *Foro Amministrativo TAR*, 2006, 1161.

della dottrina (26) e della giurisprudenza (27), secondo cui la società mista a prevalente partecipazione pubblica può essere sempre affidataria diretta dei servizi, alla sola condizione che la scelta del contraente privato sia avvenuta mediante trasparenti procedure selettive.

Mosso dalle esigenze indicate in apertura, anche il legislatore, nel predisporre un modello tipo di società *in house*, ha fissato tre criteri al ricorrere dei quali può essere conferito alle stesse la titolarità del servizio (28). Tali criteri sono rappresentati dalla totale partecipazione pubblica (29), dal *controllo analogo* che l'Ente o gli Enti pubblici in possesso del capitale devono esercitare sulla società, e dallo svolgimento della parte più importante dell'attività con l'Ente o con gli Enti pubblici che la controllano (30).

In aggiunta a quanto detto nel primo paragrafo in tema di *controllo analogo*, qui è il caso di specificare che il *controllo analogo* (31) è stato

(26) GIUSEPPE CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004, par. 5.2. In tema cfr. altresì MARCO DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in SABINO CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, III, Milano 2003, 2606, nonché FIORENZO LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007, 87-88.

(27) Per tutte cfr. Consiglio di Stato, n. 410, 23 luglio 2001 in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, 21, con commento di MARCO DUGATO.

(28) Per un quadro sul percorso interpretativo sviluppato a livello giurisprudenziale si rinvia a ANGELO CLARIZIA, *La Corte suona il de profundis per l'in house*, (nota a CGCE 13 ottobre 2005 (causa C-458/03)), in *Giustizia Amministrativa*, 2005, 10, 1061-1064, il quale evidenzia come la Corte, anche in questa pronuncia, tenti di ricondurre nell'alveo dei principi comunitari un modulo organizzatorio che essa stessa ha ideato ma che è poi «sfuggito di mano» con effetti pregiudizievoli per il mercato. A questo fine, nell'individuare il concetto di controllo analogo, la Corte lo identifica «nell'influenza determinante non solo degli obiettivi, ma anche delle decisioni importanti società in house: evenienza che non può riscontrarsi, se gli organi sociali, e in particolare il consiglio di amministrazione, possono assumere tutte le decisioni di gestione della società in piena autonomia nei confronti degli azionisti-amministrazioni aggiudicatrici». L'Autore sottolinea, tuttavia, che nel formulare le argomentazioni a sostegno di questa ricostruzione volta ad arginare l'uso improprio dell'istituto operato dai legislatori, «la Corte scopre il fianco ad evidenti contraddizioni e suscita perplessità proprio in relazione alla ricostruzione logico-giuridica dell'istituto, che nel contempo potrebbero aprire la strada ad ulteriori elusioni».

(29) Per la Corte di Giustizia CE (tesi poi sposata dai giudici nazionali) il possesso del pacchetto di maggioranza da parte dell'Ente pubblico non è condizione sufficiente per ritenere sussistente il requisito del controllo analogo, in ragione della presenza di interessi privati che distolgono dal perseguimento dell'interesse pubblico. Così CHIARA ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, 2001, 500 ss.

(30) I criteri indicati sono fissati dall'art. 113 del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Solo in presenza dei requisiti indicati può parlarsi di delega interorganica. Così Corte di Giustizia CE, 18 novembre 1999, C-107/1998 (Teckal) cit.

(31) Il «controllo analogo» consiste nella possibilità che l'amm.ne di pertinenza ha di poter controllare e sorvegliare, le attività svolte dalla società come fa

tradizionalmente individuato nel «rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica», che si verifica «quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario» (32).

Il *controllo analogo* (cd. strutturale) si traduce solitamente nella riserva di approvazione degli atti di nomina degli organi della società, nella società stessa e sui servizi ad essa affidati. Si ha, quindi, quando l'Ente di pertinenza verifica il piano annuale delle attività di gestione dei servizi, lo stato di attuazione degli obiettivi e la formulazione degli indirizzi strategici relativi alla gestione dei servizi. Si ha, inoltre, quando l'organo amministrativo (consiglio di amministrazione o amministratore unico) è tenuto a rispettare in modo rigoroso gli indirizzi ricevuti dal socio unico, o dai diversi soci che sostengono la struttura. Si ha ancora *controllo analogo* nel momento in cui il socio è chiamato ad approvare il bilancio e il piano di distribuzione degli utili. Non è raro confrontarsi con situazioni in cui la società al suo interno presenta un vero e proprio *comitato d'indirizzo* (33) (solitamente presieduto dal rappresentante legale *pro tempore* dell'Ente di pertinenza), con funzioni consultive e propositive nei confronti del Consiglio di Amministrazione relativamente alla formazione degli indirizzi strategici della società (34). Anche questo dato è indice dell'esistenza del *controllo analogo*.

In altre parole, perché si possa configurare l'ipotesi del *controllo analogo*, è necessario che da parte degli Enti soci ci sia un potere di ingerenza nell'organizzazione della produzione del prestatore *in house* (35).

con i propri servizi. Su tale requisito la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha accolto sempre interpretazioni restrittive, negandone la sussistenza in tutti i casi in cui il Consiglio di Amministrazione della Società Pubblica affidataria del servizio risultasse essere titolare di ampi poteri di gestione. È appena il caso di precisare che ad avviso della giurisprudenza comunitaria la partecipazione pubblica totalitaria è elemento necessario, ma non sufficiente al fine di determinare la condizione di «controllo analogo».

(32) Circolare del Presidente del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche comunitarie 19 ottobre 2001, n. 12727, in *G.U.R.I.*, 13 novembre 2001, n. 264. Circolare del Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio, Affidamento *in house* del servizio idrico integrato del 6 dicembre 2004, in *G.U.R.I.*, 13 dicembre 2004, n. 291.

(33) Presenta un comitato di indirizzo al suo interno la società Finlombarda S.p.A., socio unico Regione Lombardia. Il comitato è presieduto dal Presidente della Regione per espressa previsione statutaria.

(34) I dati che testimoniano l'esistenza del «controllo analogo» devono essere precisati nello statuto sociale e nell'atto costitutivo.

(35) Sulla necessità del controllo strutturale e sulla differenza tra controllo strutturale e controllo sull'attività, si rinvia a ROBERTO CAVALLO PERIN, *L'affidamento in house*, relazione prodotta agli atti del convegno sui servizi pubblici locali organizzato da Paradigma S.r.l. e FRANCESCO CARINGELLA in *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit., 536. Cfr. sul punto ANTONIO LAMORGESE, *Impresa pubblica: profili giurisdizionali*, Relazione tenuta al convegno «Il regime giuridico dell'impresa pubblica» svoltosi il 24 gennaio 2008 presso l'Università di Roma TRE.

Escludono l'esistenza di un controllo dell'Ente, analogo a quello esercitato sui propri servizi, il fatto che la società controllata abbia acquisito una vocazione commerciale (36), che rende precario il controllo dell'Ente medesimo (37).

Partendo da questa struttura, la giurisprudenza (comunitaria prima e nazionale dopo) ha modificato i termini del requisito in esame adattandoli così a situazioni varie ed articolate.

Per *controllo analogo congiunto*, la giurisprudenza intende il controllo che viene espletato dai soci nella loro totalità. In questo caso il *controllo analogo* postula un rapporto che lega gli organi societari della società affidataria con l'Ente pubblico affidante, in modo che quest'ultimo sia in grado, ricorrendo ad istituti pubblicistici e privatistici, di indirizzare «tutta» l'attività sociale. Risulta quindi indispensabile che le decisioni più importanti siano sempre sottoposte al vaglio preventivo dell'Ente affidante o, in caso di *in house frazionato*, della totalità degli Enti pubblici soci (38). Il modello dell'*in house providing frazionato* prevede dunque una società a capitale interamente pubblico che costituisce *longa manus* ed organo di gestione del servizio per tante e diverse amministrazioni ed è strumentale (cosa più importante) ad una gestione associata ed economica dell'attività dalle medesime prestate, con perfetta osservanza del principio del buon andamento dell'amministrazione.

(36) Infatti, la società che è stata costituita ai sensi dell'art. 113 del D. Lgs. n. 267 del 2000 (T.U.E.L.) che però presenta come oggetto sociale lo svolgimento di attività commerciali, non può essere definita Società in House.

(37) Così Corte di Giustizia C.E., sez. I, 13 ottobre 2005 in causa C-458/2003 Parking Brixen.

(38) Così Consiglio Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082 e 9 marzo 2009, n. 1365 cit. Il Consiglio di Stato nel 2009, con le sentenze richiamate, ha sposato la linea fissata dalla Corte di Giustizia CE, che con l'ormai famosa sentenza «Coditel» del 13 novembre 2008, causa C-324/07 (cit.), ha preso esplicitamente posizione sull'ipotesi di controllo analogo congiunto, chiarendo che gli Enti partecipanti di una società in house possono esercitare il controllo collettivamente, deliberando a maggioranza all'interno degli organi sociali nei quali siedono i loro rappresentanti. Più in particolare, con la sentenza 9 marzo 2009, n. 1365 cit., i Giudici di Palazzo Spada hanno stabilito che: «il requisito del controllo analogo non sottende una logica «dominica» quanto piuttosto una dimensione di tipo «funzionale». Pertanto, affinché tale controllo sussista anche in presenza di una pluralità di soggetti pubblici partecipanti al capitale della società affidataria, non è indispensabile che ad esso corrisponda simmetricamente un «controllo» della governance societaria. È vero infatti che l'attività della società-organo, come quelle affidatarie in house di servizi pubblici, rimane un'attività funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico: rispetto ad essa la «forma» degli strumenti giuridici utilizzati non rileva in sé, risultando invero finalizzata agli scopi legali dell'amministrazione (che, nella fattispecie, consistono nell'esercizio associato di un servizio pubblico)».

3. *I requisiti necessari per la determinazione dell'in house providing frazionato fissati dalla giurisprudenza. Il caso della società V.C.S. S.r.L.*

Con la sentenza n. 8970 del 29 dicembre 2009 (*cit.*), la sezione V del Consiglio di Stato ha esaminato la struttura della società V.C.S. S.r.L. con il fine di comprendere se i Comuni soci possono affidare o meno in via diretta la gestione del servizio di raccolta e demolizione dei rifiuti solidi urbani alla stessa.

La società pubblica V.C.S. S.r.L. è stata costituita per la gestione di servizi pubblici locali e sovracomunali in genere degli Enti pubblici territoriali, ai sensi dell'art. 113 del D. Lgs. 18 agosto 2000 n. 267 (T.U.E.L.) e s.m., con l'Ente titolare del servizio pubblico, o tramite convenzione tra Enti locali (territoriali), ai sensi dell'art. 30 del medesimo testo di legge. In tale quadro, la società ha per oggetto la gestione dei servizi pubblici degli Enti locali, ivi comprese l'esecuzione di lavori e forniture finalizzate a questo scopo. E quindi, più dettagliatamente, si occupa della gestione dei rifiuti e dei servizi degli Enti locali ai sensi dell'art. 22, co. 3, lettera e) della l. n. 142 del 1990.

I soci sono tutti Enti pubblici e lo statuto sociale specifica che il capitale può essere detenuto solo ed esclusivamente da soggetti pubblici (39). Non possono essere dunque soci soggetti privati o comunque quei soggetti che non sono interessati al servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti e degli altri servizi di pertinenza della società, ovvero le loro associazioni, consorzi e società di riferimento nel settore dei servizi pubblici locali.

Si ritiene, all'uopo, in conformità all'originario (40) orientamento giurisprudenziale (41), che 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 caratteristica se

(39) Perché si possa parlare di Società in house più in generale lo statuto della Società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati.

Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072. Diforme Corte di Giustizia CE, sez. III, 10 settembre 2009, causa C-573/07 *cit.* e Consiglio di Stato, sez. V, 9 marzo 2009, n. 1365 *cit.* Sul punto si rinvia inoltre al Consiglio di Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1 *cit.* Secondo questa giurisprudenza: «l'affidamento diretto e senza gara di un servizio pubblico ad una società mista è illegittimo, essendo necessaria, tra l'altro, la partecipazione pubblica totalitaria del soggetto affidatario. A nulla vale che il socio privato sia stato scelto tramite procedura a evidenza pubblica, posto che, trattandosi di una società con oggetto plurimo e variegato dal punto di vista qualitativo, la scelta con gara del socio, effettuata al momento della costituzione della società, non fa venir meno la necessità di svolgere una pubblica gara per il singolo servizio». *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 5, 2008, Milano, 562.

(40) Così Corte di Giustizia CE, 6 aprile 2006, causa C-410/04; Corte di Giustizia CE, 21 luglio 2005, causa C-213/03; Consiglio di Stato, sez. V, n. 591, 3 febbraio 2009.

lo statuto della società consente che una quota di esso, anche minoritaria, possa essere alienata a terzi.

L'assemblea sociale, in seno alla quale siedono tutti i soci, nomina gli amministratori e coordina, in forza dei poteri dalla legge e dallo statuto sociale alla stessa attribuiti, le attività sociali. Gli Enti soci detengono uguali quote, salvo rarissime eccezioni.

L'assemblea dei soci nomina inoltre i membri di un *comitato unitario di controllo* che esercita sugli organi della società il *controllo analogo* a quello che i Comuni e la Comunità Montana esercitano sui propri uffici e servizi. Il controllo viene esercitato su tutti gli aspetti di organizzazione e funzionamento dei servizi oggetto di affidamento. In questo modo, l'attività di indirizzo, programmazione, vigilanza e controllo (gestionale ed economico-finanziario) da parte degli Enti pubblici territoriali soci viene garantita dallo statuto sociale, dal contratto di servizio quadro e/o specifico per singolo servizio pubblico locale (art. 113 co. 11 T.U.E.L. e Leggi di settore), dalla carta dei servizi (*ex art.* 112 co. 3 T.U.E.L.) e dal piano industriale (42).

Nel caso esaminato, il Consiglio di Stato ha ritenuto dunque legittimo l'affidamento *in house*, in quanto, considerata anche la sussistenza delle ulteriori condizioni della totale partecipazione pubblica al capitale (43) e dello svolgimento della parte più importante dell'attività con gli Enti pubblici che la controllano, la società «è sorretta da un regime tale da escluderne autonomia decisionale e terzietà rispetto ai comuni che ne partecipano».

4. Conclusioni

L'orientamento giurisprudenziale descritto porta dunque a ritenere

(41) E contrariamente a quanto stabilito da ultimo dalla Corte di Giustizia Europea e dal Consiglio di Stato (Corte di Giustizia CE, sez. III, 10 settembre 2009, causa C-573/07 cit.).

(42) Per uno studio approfondito sulla fonte del controllo, si rinvia a Corte di Giustizia CE sentenza 12 dicembre 2002, in causa C-470/99 (cit.), che precisa come la fonte del controllo può essere data dalla legge, dallo statuto, o anche dalla convenzione che preveda specifici strumenti di sindacato in dipendenza dall'affidamento di un servizio.

(43) All'uopo è il caso di precisare che, oltre a dover sussistere nel momento genetico del rapporto, la proprietà pubblica della totalità del capitale sociale, per giurisprudenza ormai consolidata, non solo deve permanere per tutta la durata del rapporto ma deve anche essere garantita da appositi e stabili strumenti giuridici, quali il divieto di cedibilità delle azioni posto ad opera dello statuto. Si v. sul punto V. VAIRA, *La gestione dei servizi pubblici tra «in house providing» e affidamenti diretti a società miste: ancora incertezze sulle rispettive condizioni di legittimità* (commento a Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1), in www.giustamm.it, 8 aprile 2008; GIUSEPPE PIPERATA, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza (Le società pubbliche al vaglio dell'Adunanza plenaria)*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 11, 2008, 1126-1135.

che, in un caso come quello esaminato nel paragrafo precedente, anche un Ente socio, titolare di una quota di minoranza del capitale, può affidare direttamente la gestione di un servizio pubblico alla società *in house*, in quanto istituti di natura privatistica e pubblicistica garantiscono l'esistenza del requisito del *controllo analogo*. Il modello ideato potrà però essere attivato se a livello statutario verranno indicati gli istituti giuridici (di diritto privato) idonei a garantire che ciascun Ente, insieme a tutti gli altri soci della società *in house*, sia effettivamente in grado di controllare ed orientare l'attività della società controllata (e non solamente di partecipare alla vita sociale). Abbia cioè la possibilità di influenzare in maniera determinante sia gli obiettivi strategici che le decisioni importanti (44). Di determinare, quindi, la dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali (45).

In altre parole lo statuto di una società *in house* partecipata da più Enti pubblici territoriali non deve essere quello di una normale società di capitale, nella quale i poteri appartengono agli organi sociali, e non è previsto nessun raccordo tra gli Enti pubblici territoriali e la costituzione degli anzidetti organi, dove inoltre il Presidente del Consiglio d'Amministrazione e il Direttore sono eletti dal Consiglio d'Amministrazione, il quale a sua volta è nominato dall'assemblea senza vincoli di provenienza o di proposta.

In questo caso (e solo in questo caso) non rilevarebbe in negativo l'assenza di un controllo totale ed assoluto di ciascun Ente pubblico sulla società *in house*.

Col fine di evitare l'abuso del modello dell'*in house frazionato*, i giudici di Palazzo Spada, con la sentenza del 29 dicembre 2009 n. 8970, hanno precisato che tale soluzione è da considerarsi legittima laddove sussiste l'esigenza di gestire in forma associata ed economica, da parte di più amministrazioni, un servizio pubblico locale. In altre parole, deve ricorrere il requisito del *nesso funzionale* fra il servizio pubblico e la società che svolge il medesimo servizio nel Comune limitrofo. L'esistenza del requisito in parola è da verificare in relazione alla specificità della situazione territoriale (46).

(44) Cfr. Corte di Giust. C.E., sez. I, 13 ottobre 2005 in causa C-458/2003 Parking Brixen cit. e Corte di Giust. C.E., sez. I, 11 maggio 2006 in causa C-340/2004 Carbotermo.

(45) Di sicuro interesse sul punto sono le considerazioni sviluppate da MARIO LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *Federalismi.it*, rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato, n. 8/2010. L'autore con l'opera citata sviluppa un rapporto fra la normativa societaria (e quindi i modelli societari che propone il nostro ordinamento) e la normativa pubblicistica comunitaria e nazionale con riguardo al fenomeno dell'*in house providing* e alle varie ipotesi di controllo analogo. L'analisi critica compiuta dall'autore merita di essere considerata perché completa e originale.

(46) Requisito già definito dal T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 16 ottobre 2003, n. 4807, cit.