

N. 01447/2011REG.PROV.COLL.

N. 10137/2008 REG.RIC.

N. 02584/2010 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10137 del 2008, proposto da:
Consorzio Azienda Intercomunale di Bacino Treviso Tre, Consorzio
Intercomunale Priula, Contarina S.p.A., in persona dei rispettivi legali
rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avv.ti Luigi Manzi e Vincenzo
Pellegrini, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico
Confalonieri, 5;

contro

Conu Scarl, in persona del legale rappresentante *pro tempore* rappresentato e difeso
dagli avv. Angelo Clarizia, Claudio Michelon, con domicilio eletto presso Angelo
Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

nei confronti di

Provincia di Treviso, Ato Marca Ambiente;

sul ricorso numero di registro generale 2584 del 2010, proposto da:
Consorzio Intercomunale di Bacino Treviso Tre e Consorzio Intercomunale
Priula, rappresentati e difesi dagli avv. Giuseppe Caia, Luigi Manzi e Vincenzo
Pellegrini, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico
Confalonieri, 5;

contro

Conu Scarl, come sopra rappresentato, difeso e domiciliato;

nei confronti di

Contarina Spa;

per la riforma

quanto al ricorso n. 10137 del 2008:

della sentenza del T.a.r. Veneto - Venezia: Sezione I n. 00051/2008, resa tra le
parti, concernente APPROVAZIONE PROGETTO DI PARTECIPAZIONE
DEL CONSORZIO TV3 IN CONTARINA SPA

quanto al ricorso n. 2584 del 2010:

della sentenza del T.a.r. Veneto - Venezia: Sezione I n. 00336/2010, resa tra le
parti, concernente GESTIONE SERVIZIO DI SMALTIMENTO RIFIUTI

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Conu Scarl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2010 il Cons. Francesco
Caringella e uditi per le parti gli avvocati Andrea Manzi, per delega dell'Avv. Luigi
Manzi, Pellegrini, Clarizia Lolli, per delega dell'Avv. Caia, e Clarizia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza n.236/09 il Giudice di prime cure ha accolto l'impugnazione proposta da Conu Scarl avverso la sequenza procedimentale che aveva condotto all'affidamento alla controinteressata Contarina s.p.a. del servizio di smaltimento rifiuti. Gli atti impugnati erano i seguenti: a) la deliberazione del Consorzio Azienda Intercomunale di Bacino Treviso Tre n. 13 dd. 29 settembre 2007, avente ad oggetto: "Approvazione del progetto di partecipazione del Consorzio TV3 in Contarina S.p.a."; b) la convenzione Consorzio Azienda Intercomunale di Bacino Treviso Tre – Contarina S.p.a. per l'affidamento del servizio pubblico di gestione dei rifiuti; c) la delibera del C.d.A. di Contarina S.p.a., di approvazione del secondo stralcio del Piano Industriale per il completamento e revisione parco mezzi della società; d) il bando di gara pubblicato da Contarina S.p.a. per la fornitura di automezzi di raccolta RSU per € 2.650.000,00; e) la deliberazione dell'Assemblea Straordinaria di Contarina S.p.a. in data 27 dicembre 2007 Rep. n. 68169 del notaio Talice di Treviso e relativi allegati; f) la convenzione in data 27 dicembre 2007 stipulata tra il Consorzio Intercomunale di bacino Treviso Tre e Contarina S.p.a. avente per oggetto l'affidamento del servizio pubblico di gestione dei rifiuti; g) il verbale del Consiglio di Amministrazione di Contarina S.p.a dd. 17 marzo 2008 e dell'assemblea congiunta Consorzio Treviso Tre e Consorzio Priula dd. 19 dicembre 2007; h) la conseguente deliberazione di assemblea congiunta in data 19 dicembre 2007; i) la deliberazione di Assemblea Consortile in data 19 dicembre 2007; l) l'atto di coordinamento tra A.A.T.O. "Marca Ambiente", Consorzio Priula e Consorzio TV3 in data 28 settembre 2007.

Con il *decisum* di primo grado sono stati annullati tutti gli atti impugnati dalla ricorrente nella parte in cui avevano individuato Contarina S.p.a. quale affidataria *in house* del servizio di cui trattasi, eccettuata la deliberazione di Assemblea Straordinaria di Contarina S.p.a. in data 27 dicembre 2007 Rep. n. 68169 del notaio Talice di Treviso e relativi allegati, trattandosi di atto posto in essere da un

soggetto societario in ordine al quale non sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo.

Il Tribunale di primo grado ha posto a fondamento della statuizione di accoglimento la fondamentale considerazione relativa all'assenza, nel caso di specie, del requisito del "controllo analogo" su Contarina da parte dei soggetti pubblici che pure sono proprietari dell'intero capitale di tale Società, ossia il Consorzio Priula e il Consorzio Treviso Tre.

Tale sentenza è stata gravata con il ricorso n. 10137 del 2008 proposto dal Consorzio Azienda Intercomunale di Bacino Treviso Tre, dal Consorzio Intercomunale Priula e da Contarina S.p.A..

2. Con la successiva sentenza n. 336/2010 il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto ha accolto il ricorso ancora proposto da Conu Scarl avverso con la delibera dell'assemblea n.3 del 16 aprile 2009 e gli atti connessi con cui il Consorzio Treviso Tre, preso atto dell'esecutività della sentenza del Tar Veneto 236 del 2009, vi ha dato seguito riprendendo il procedimento di affidamento a partire dal primo degli atti non annullati e stabilendo la continuazione della gestione del servizio rifiuti a mezzo della società Contarina Spa "nel presupposto della tuttora esistente ed efficace partecipazione del Consorzio a Contarina spa avendo quale altro e unico ulteriore socio il Consorzio intercomunale Priula", sulla base delle considerazioni tecniche ed economiche esplicitate nella relazione allegata alla deliberazione.

La sentenza ha posto a fondamento della decisione di accoglimento il rilievo circa la mancata acquisizione del parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato previsto dal comma 4 dell'art. 23 *bis* del d.l. n. 122/1008.

La sentenza è stata gravata dal Consorzio Azienda Intercomunale di Bacino Treviso Tre e dal Consorzio Intercomunale Priula con il ricorso n. 2584/2010.

3. Conu Scarl si è costituito in entrambi i giudizi.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 16 novembre 2010 le cause sono state trattenute in decisione.

4. Ragioni di connessione oggettiva e soggettiva impongono la riunione dei ricorsi in epigrafe specificati. L'accoglimento del ricorso n. 10137/2008 condurrebbe, infatti, alla reviviscenza, con efficacia retroattiva, dell'originario affidamento disposto in favore di Contarina s.p.a. e, per l'effetto, implicherebbe il venir meno dell'interesse delle parti ricorrenti alla coltivazione dell'appello proposto nei confronti della sentenza che ha accolto il ricorso proposto avverso gli atti che, in esecuzione della prima sentenza, avevano confermato l'affidamento domestico del servizio di che trattasi.

E' d'uopo osservare, peraltro, che l'adozione di tali ultimi atti non comportano acquiescenza alla sentenza n. 51/2008, trattandosi di provvedimenti finalizzati all'esecuzione della vincolante statuizione di primo grado dai quali non è dato evincere la spontanea conformazione al precetto giudiziario e, con essa, la rinuncia alla coltivazione del gravame.

5. Si può ora passare all'esame del ricorso n. 10137/2008, avente carattere pregiudiziale alla stregua delle considerazioni prima svolte.

5.1. Giova rammentare che il Tribunale di prima istanza ha posto a fondamento della decisione di accoglimento un triplice ordine di considerazioni:

a) l'assenza di un controllo analogo da parte di ciascun ente socio della società affidataria, assenza dimostrata dalla mancata previsione di un diritto di veto di ciascun ente partecipante nei confronti delle delibere assunte dagli organi sociali in modo difforme dalle proposte degli enti soci, dalla mancata attribuzione all'assemblea ordinaria della competenza relativa alla trattazione di argomenti inerenti alle pretese della società sugli enti locali e dalla mancata contemplazione

del diritto di recesso dalla società nei caso in cui l'ente socio abbia diritto a far valere la risoluzione o, comunque, lo scioglimento del contratto di servizio;

b) la mancanza del requisito dello svolgimento, da parte della società affidataria, della parte più importante dell'attività per conto degli enti locali soci;

c) l'immediata esternalizzazione, disposta da parte di Contarina s.p.a., del servizio affidato, e comunque di una sua quota rilevante, sintomatica della mancanza dei presupposti, giuridici e tecnico-economici, necessari onde giustificare la scelta del modello domestico.

5.2. La Sezione reputa, in adesione alle doglianze articolate dalle parti appellanti in sede di gravame ed ulteriormente sviluppate con le successive e difese scritte ed orali, che nessuno dei tre ordini di rilievi meriti condivisione.

5.2.1. Quanto al requisito del controllo analogo di cui al superiore punto a), la questione centrale del presente giudizio, attiene alla legittimità o meno dell'affidamento del servizio di smaltimento dei rifiuti in favore di Contarina s.p.a. secondo il modulo del c.d. *inhouse providing* ai sensi dell'art. 113, comma 5 lett. c), d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

Giova premettere, in linea di diritto, che alla fattispecie *sub iudice*, diversamente dall'oggetto del secondo giudizio d'appello, trova applicazione *ratione temporis* il sopra citato disposto legislativo secondo il testo in vigore al momento dell'adozione della delibera impugnata (marzo 2008), sicché essa si sottrae alla disciplina restrittiva successiva, introdotta dall'art. 23-bis d.l. 25 giugno 2008, n. 112, inserito dalla legge di conversione 6 agosto 2008, n. 133, come da ultimo modificato dall'art. 15 d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, che ormai consente l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipate dall'ente locale, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in tema di *in house providing*, nella sola ipotesi eccezionale di

sussistenza di “particolari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento” che “non permettono un efficace e utile ricorso al mercato”, previo parere obbligatorio dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato. Resta, naturalmente, salva l’operatività della disciplina transitoria dettata dal comma 8 del citato art. 23-*bis*, incidente sulla durata del rapporto, ma esulante dai limiti oggettivi del presente giudizio.

Trova, dunque, applicazione - con riferimento a fattispecie anteriore all’abrogazione sancita dal d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 - la previsione dell’art. 113, comma 5 lett. c), d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, secondo cui i servizi pubblici locali di rilevanza economica possono essere affidati “a società a capitale interamente pubblico a condizione che l’ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o gli enti pubblici che la controllano”.

5.2.1.1. Tale essendo il quadro normativo di riferimento la Sezione ritiene non suscettibili di condivisione le due premesse concettuali da cui muove l’ordito argomentativo intessuto dalla sentenza appellata: la prima, secondo cui il controllo analogo sull’affidatario deve essere esercitato da ognuno dei soci individualmente inteso; la seconda secondo cui sussisterebbero indici in qualche modo tipizzati (diritto di veto e di recesso da parte di ciascuno dei soci in particolare) l’assenza dei quali escluderebbe in radice la praticabilità dell’affidamento domestico.

5.2.1.1.1. In merito al primo aspetto la Sezione deve ribadire che, secondo l’orientamento consolidato di questo Consiglio, da cui non v’è motivo di discostarsi, nel caso di affidamento *in house*, conseguente all’istituzione da parte di più enti locali di una società di capitali da essi interamente partecipata per la gestione di un servizio pubblico, il controllo, analogo a quello che ciascuno di essi esercita sui propri servizi, deve intendersi assicurato anche se esercitato non individualmente

ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo. Il requisito del controllo analogo deve essere quindi verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente (v. C.d.S., Sez. V, 24 settembre 2010, n. 7092; 26 agosto 2009, n. 5082; 9 marzo 2009, n. 1365).

Va osservato, al riguardo, che l'istituto dell'*in house providing* trova una precisa matrice comunitaria nei pronunciati della Corte di Lussemburgo. L'interpretazione della normativa interna

(art. 113, comma 5, lett. c), del D.Lgs. n. 267/2000 e s.m.i.) va dunque condotta sul filo di quei vincolanti precedenti, come accade ogniqualvolta il giudice nazionale si trovi a dover fare applicazione di nozioni forgiate in ambito sovranazionale.

La questione è stata per l'appunto esplorata, in modo esaustivo, da una recente pronuncia del Giudice comunitario.

Si fa riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia 13 novembre 2008, in causa C-324-07, sulla vicenda "Coditel Brabant SA".

Il Consiglio di Stato del Regno del Belgio aveva difatti sottoposto alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali pienamente conferenti rispetto all'oggetto del presente contenzioso. In dettaglio, il Consiglio di Stato belga era stato investito dal ricorso promosso da una società, per l'appunto la Coditel Brabant SA, avverso la decisione del Comune di Uccle di associarsi ad una società cooperativa di soli comuni ("Brutélé") e di affidare direttamente a quest'ultima la gestione della rete di teledistribuzione. Il Consiglio di Stato belga, dopo aver premesso che le decisioni della Brutélé erano prese, a maggioranza, dagli organi statuari composti da

rappresentanti delle autorità pubbliche associate, aveva dunque chiesto alla Corte europea:

"2) se i poteri ... esercitati, tramite organi statutari, da tutti i cooperatori, o da una parte di questi nel caso di settori o sottosettori di gestione, sulle decisioni della società cooperativa possano essere considerati tali da consentire loro di esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello esercitato sui loro propri servizi.

Se tali poteri e tale controllo, per poter essere qualificati analoghi, debbano essere esercitati individualmente da ciascun associato o se sia comunque sufficiente che vengano esercitati dalla maggioranza degli associati".

La Corte di giustizia ha risposto con le seguenti statuizioni di principio.

Con riferimento al primo quesito (sopra contrassegnato dal numero 2), il Giudice comunitario ha affermato che: "28. Per valutare se un'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest'esame deve risultare che l'ente concessionario è soggetto a un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detto ente (v., in tal senso, sentenze Parking Brixen, cit., punto 65, e 11 maggio 2006, causa C 340/04, Carbotermo e Consorzio Alisei, Racc. pag. I 4137, punto 36). ... 34. La circostanza che gli organi decisionali della Brutélé siano composti di delegati delle autorità pubbliche ad essa associate indica che queste ultime controllano gli organi decisionali dell'ente di cui trattasi e sono dunque in grado di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della Brutélé".

Onde risolvere il problema posto dal Consiglio di Stato belga la Corte di giustizia ha quindi enunciato il seguente principio: "42. ... - Con riserva di verifica da parte

del giudice del rinvio dei fatti attinenti al margine di autonomia di cui fruisce la società in causa, in circostanze come quelle di cui alla causa principale, ove le decisioni relative alle attività di una società cooperativa intercomunale detenuta esclusivamente da autorità pubbliche sono adottate da organi statutari di detta società composti da rappresentanti delle autorità pubbliche associate, il controllo esercitato su tali decisioni dalle autorità pubbliche in parola può essere considerato tale da consentire loro di esercitare sulla società di cui trattasi un controllo analogo a quello che esercitano sui propri servizi."

Sull'altro quesito, relativo alla possibilità di considerare "controllo analogo", ai sensi della sentenza Teckal, anche il controllo esercitato, non individualmente, ma congiuntamente da parte di più autorità socie, deliberando, se del caso, a maggioranza, la Corte ha ricordato che la sua giurisprudenza "impone che il controllo esercitato sull'ente concessionario da un'autorità pubblica concedente sia analogo a quello che la medesima autorità esercita sui propri servizi, ma non identico ad esso in ogni elemento (v., in tal senso, sentenza Parking Brixen, cit., punto 62). L'importante è che il controllo esercitato sull'ente concessionario sia effettivo, pur non risultando indispensabile che sia individuale."

La Corte, offrendo anche un'interpretazione autentica dei suoi precedenti in materia (con precipuo riferimento alle sentenze "Corame" e "Asemfo" le cui statuizioni si presentavano prima facie difficilmente conciliabili), ha poi chiarito che:

- allorquando "47. ... varie autorità pubbliche scelgono di svolgere le loro missioni di servizio pubblico facendo ricorso ad un ente concessionario comune, è di norma escluso che una di tali autorità, salvo che detenga una partecipazione maggioritaria nell'ente in questione, eserciti da sola un controllo determinante sulle decisioni di tale ente. Richiedere che il controllo esercitato da un'autorità pubblica in un caso del genere sia individuale avrebbe la conseguenza d'imporre una gara di

appalto nella maggior parte dei casi in cui un'autorità pubblica intendesse associarsi ad un gruppo formato da altre autorità pubbliche, come una società cooperativa intercomunale.";

- "48. ... un risultato del genere non sarebbe conforme al sistema di norme comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni. Si riconosce, infatti, che un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi (sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto 48). 49. Detta possibilità per le autorità pubbliche di ricorrere ai propri strumenti per adempiere alle loro missioni di servizio pubblico può essere utilizzata in collaborazione con altre autorità pubbliche (v., in tal senso, sentenza Asemfo, cit., punto 65).";

- pertanto, "50. Occorre quindi riconoscere che, nel caso in cui varie autorità pubbliche detengano un ente concessionario cui affidano l'adempimento di una delle loro missioni di servizio pubblico, il controllo che dette autorità pubbliche esercitano sull'ente in parola può venire da loro esercitato congiuntamente.";

- inoltre "51. Trattandosi di un organo collegiale, la procedura utilizzata per adottare la decisione, segnatamente il ricorso alla maggioranza, non incide.";

- "52. Siffatta conclusione non è inficiata dalla citata sentenza Coname. Di sicuro la Corte ha ivi considerato che una partecipazione dello 0,97% è talmente esigua da non consentire ad un comune di esercitare il controllo su un concessionario che gestisce un servizio pubblico (v. sentenza Coname, cit., punto 24). Tuttavia, in questo stralcio della sentenza considerata, la Corte non affrontava la questione se un siffatto controllo potesse essere esercitato in maniera congiunta.";

- "53. Del resto, in una sentenza successiva, cioè la citata sentenza Asemfo (punti 56 61), la Corte ha dichiarato che, in talune circostanze, la condizione relativa al

controllo esercitato dall'autorità pubblica poteva essere soddisfatta nel caso in cui tale autorità detenesse solamente lo 0,25% del capitale di un'impresa pubblica.".

Il Giudice di Lussemburgo ha quindi risolto la questione, così statuendo: "qualora un'autorità pubblica si associ ad una società cooperativa intercomunale i cui soci sono tutti autorità pubbliche, al fine di trasferirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità associate a detta società esercitano su quest'ultima, per poter essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, può essere esercitato congiuntamente dalle stesse, deliberando, eventualmente, a maggioranza.".

I principi di diritto enunciati nel caso "Coditel Brabant SA" consentono quindi di accedere alla tesi secondo cui, ai fini della configurabilità di un "controllo analogo", non è necessaria la ricorrenza, in capo ad un socio pubblico, di un potere di controllo individuale del singolo socio affidante sulla società-organo assimilabile a quello, individuale, delineato dai primi due commi dell'art. 2359 c.c.. La diversa linea tracciata dalla Corte di giustizia, alla quale il Collegio ovviamente aderisce, è invece nel senso dell'esigenza che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario sia effettivo, ancorché esercitato congiuntamente e, deliberando a maggioranza, dai singoli enti pubblici associati.

In effetti, l'impostazione del Giudice europeo trova riscontro nelle esperienze positive di molti Stati membri e, per quel che qui interessa, anche nel diritto amministrativo italiano che annovera diverse forme associative tra enti pubblici, anche per finalità di gestione in comune di pubblici servizi (si considerino, ad esempio, i consorzi di cui all' art. 31 del D.Lgs. n. 267/2000), in cui il controllo da parte del singolo ente sull'attività svolta, nell'interesse comune, dalla specifica forma associativa non è "individuale", ma intermediato e, quindi, inevitabilmente attenuato dall'applicazione delle regole sul funzionamento interno dell'istanza

associativa (conf. la recente delibera 24/ 2009 dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici).

5.2.1.1.2 In merito al secondo aspetto la giurisprudenza del Consiglio, escludendo la sussistenza di indici tassativi, reputa necessaria la valutazione del caso concreto al fine di verificare, se, alla luce della normativa statutaria e degli ulteriori fonti che regolano il rapporto tra affidatario e soci pubblici complessivamente traggurati, sussistano i presupposti del controllo analogo.

Occorre, in particolare, verificare che il consiglio di amministrazione della società di capitali affidataria *in house* non abbia rilevanti poteri gestionali di carattere autonomo, e che la totalità dei soci pubblici eserciti, pur se con moduli societari su base statutaria, poteri di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario, sicché risulta indispensabile, che le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante o, in caso di *in house* frazionato – come nella fattispecie in esame –, della totalità degli enti pubblici soci (v. C.d.S., Sez. V 24 settembre 2010, n. 7092; 11 agosto 2010, n. 5620).

Secondo la giurisprudenza comunitaria, formatasi segnatamente con riferimento a compagini multicomunali, occorre quindi, ai fini che qui rilevano, che gli enti soci esercitino un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società (v. C. giust. CE, Sez. II, 17 luglio 2008, C-371/05, caso Comune di Mantova; C. giust. CE, Sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, caso Coditel Brabant; C. giust. CE, Sez. III, 10 settembre 2009, causa C-573/07, caso Sea).

5.2.2. Orbene, applicando le enunciate coordinate normative e giurisprudenziali al caso di specie, deve pervenirsi alla conclusione della legittimità dell'affidamento del servizio disposto in favore della Contarina s.p.a., interamente partecipata da enti pubblici, tenuto conto dei seguenti indici significativi connotanti l'assetto organizzativo della società:

- a) l'art. 11, comma 4, dello Statuto in aggiunta alle competenze assembleari stabilite dall'art. 2364, comma 1, del codice, prevede la necessaria autorizzazione dell'assemblea dei soci ai fini dell'approvazione, da parte del consiglio di amministrazione, degli atti di programmazione della società e dei più importanti atti di gestione;
- b) gli articoli 10 e 16, comma 11, dello Statuto recano prescrizioni intese a vincolare il Consiglio di amministrazione, in sede di gestione ordinaria e straordinaria, al rispetto delle prescrizioni impartite, in sede di controllo analogo, dagli enti soci e trasfusi, in ottemperanza alle previsioni di cui all'art. 2341 bis c.c., in appositi atti formali e vincolanti;
- c) l'art. 5 della Convenzione stipulata tra i Consorzi ex art. 30 TUEL attribuisce all'assemblea consortile di ciascun ente socio il ruolo di strumento di controllo sull'andamento dell'amministrazione della società e, in particolare, del compito di procedere all'esame preventivo dei più significativi atti della società;
- d) ai sensi degli artt. 6, comma 2, e 7 della medesima Convenzione, è prevista l'istituzione di un Consiglio di partecipazione composto dai rappresentanti degli enti soci deputato all'esame preventivo dei principali atti societari;
- e) in forza dei successivi commi 3 e 4 del citato art. 6 della Convenzione si subordina l'esecuzione di tali atti gestori al nulla osta del Consiglio di partecipazione e si consacra la competenza del medesimo Consiglio ad esprimere pareri su ogni argomento messo all'ordine del giorno dell'assemblea societario ovvero a proporre argomenti da inserire all'ordine del giorno;
- f) l'art. 6, commi 5 segg. della Convenzione reca puntuali disposizioni in materia di poteri di vigilanza e di controllo esercitabili dal Consiglio di partecipazione grazie ad un sistema informativo che consente agli enti locali soci di essere costantemente informati circa l'attività della società mediante la periodica trasmissione di *report* di natura sia tecnica, sia amministrativa sia contabile, sia gestionale;

g)l'art. 10, comma 3 dello Statuto e l'art. 9, comma 5, della Convenzione disciplinano l'esercizio del potere di controllo da parte di ciascuna società singolarmente;

h)l'art. 16, comma 7 dello Statuto e l'art.10 della Convenzione riconoscono all'assemblea societaria il potere di adottare i provvedimenti consequenziali al riscontro delle violazioni commesse dagli amministratori e dai sindaci, come acclamate in sede di vigilanza e di controllo, stabilendo altresì che costituisce giusta causa per la revoca dell'amministratore la violazione degli obblighi relativi al controllo analogo di cui agli artt. 10 e 11 dello Statuto;

i)il contratto di servizio (artt. 14, commi 1 e 7) stabilisce che il Consorzio ha il potere di impartire alla società le disposizioni ritenute opportune in ragione dell'accertamento di inadempienze verificate in sede di controllo e ha facoltà, previa formale contestazione, di dichiarare la decadenza dalla concessione.

Sulla base di una valutazione unitaria e globale dei riferiti indici ricostruttivi dell'assetto organizzativo connotante struttura e funzione della società affidataria ed i rapporti tra la società predetta e gli enti locali affidanti, deve pervenirsi alla conclusione che ricorre un modulo organizzativo istituzionalizzato –fondato sullo statuto sociale, sull'organismo costituito in forza di convenzione ex art. 30 d. lgs. n. 267/2000 e sui singoli contratti di servizio, e dunque su strumenti organizzativi espressamente riconosciuti dall'ordinamento –, il quale assoggetta l'attività della società affidataria, anche sul piano dell'effettività, a poteri di indirizzo, vigilanza e controllo –sull'attività come sugli organi- dei Comuni soci affidanti, sganciati dall'entità della partecipazione societaria e divergenti dal comune modello societario codicistico, che appaiono indubbiamente idonei ad integrare il requisito del controllo analogo ai sensi dell'art. 113, comma 5 lett. c), d. lgs. n. 267/2000, con conseguente infondatezza dei dedotti motivi di ricorso di primo grado.

5.3. In merito al requisito della prevalente dedizione della società ai bisogni dei soci la Sezione, a confutazione dei rilievi svolti dalla sentenza gravata, osserva che detto requisito è soddisfatto dalle previsioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 4 dello Statuto, che circoscrivono l'attività prevalente della società all'ambito territoriale di pertinenza degli enti pubblici soci e richiamano espressamente i limiti posti dal dettato dell'art. 113, comma 5, lett. c) del testo unico degli enti locali. Ne deriva il recepimento anche dell'interpretazione restrittiva offerta sul punto dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale. L'art. 6, comma 2, lett. a, della convenzione ex art. 30 del TUEL contempla, inoltre, il necessario nulla osta del consiglio di partecipazione per il concorso di Contarina a gare finalizzate all'affidamento di servizi da parte di enti pubblici non soci, mentre, dal canto suo, l'art. 11, comma 4, n. 3, lett. a, dello statuto di Contarina s.p.a. richiede al riguardo la preventiva autorizzazione dell'assemblea dei soci.

Va soggiunto, questa volta in punto di fatto, che non risulta dedotto e tantomeno dimostrato lo svolgimento di attività extraterritoriali idonee a mettere in discussione il rispetto del precetto normativo oggetto dell'autovincolo di cui si è detto.

5.4. Non può infine trovare condivisione l'assunto sostenuto dal Primo Giudice secondo cui l'esternalizzazione della gestione del servizio disposta da Contarina s.p.a. in favore della precedente affidataria dimostrerebbe l'insussistenza dei presupposti, vuoi giuridici vuoi tecnico-economici, della gestione domestica.

Occorre, infatti, osservare che il sub-affidamento in favor di De Vizia s.p.a. è stato disposto per un limitato arco temporale in ragione della fisiologica esigenza di evitare soluzioni di continuità nelle more dell'espletamento delle attività preparatorie ed organizzative necessarie onde assicurare la piena operatività gestionale della Contarina. Si tratta, in definitiva, di una soluzione transitoria che, per la portata limitata nel tempo e per la ragionevolezza degli obiettivi

perseguiti, non contraddice la scelta di regime abbracciata dal Consorzio nel senso dell'adozione del modulo *in house*.

6. Il ricorso n. 10137/2008 deve essere quindi accolto. Ne consegue, in riforma della sentenza appellata, la reiezione del ricorso di primo grado.

L'accoglimento di detto ricorso implica, alla stregua delle considerazioni esposte al superiore punto 4, l'improcedibilità, per sopravvenuto difetto di interesse, del ricorso n. 2584/2010.

7. La complessità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, accoglie il ricorso 10137/2008 e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado. Dichiara altresì l'improcedibilità del ricorso n. 2584/2010.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Roberto Chieppa, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/03/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)