

Publicato il 26/10/2020

N. 06460/2020REG.PROV.COLL.
N. 03757/2018 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 in appello iscritto al numero di registro generale 3757 del 2018,
proposto da

Rieco s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa
dagli avvocati Stefano Colombari e Tommaso Marchese, con domicilio
eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

contro

Comune di Ortona, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso
dall'avvocato Lorenzo Passeri Mencucci, con domicilio digitale come da
PEC tratta dai Registri di Giustizia;

Ecolan s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa
dall'avvocato Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso il suo studio
in Roma, via del Mascherino, 72;

nei confronti

A.N.A.C. - Autorità Nazionale Anticorruzione, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo - sezione staccata di Pescara (Sezione Prima) n. 00034/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ortona e di Ecolan s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 luglio 2020 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Maurizio Zoppolato, Lorenzo Passeri Mencucci, Stefano Colombari e Tommaso Marchese, ai sensi dell'art.4, comma 1, ultimo periodo, decreto-legge 28/2020,;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Ortona, unitamente ad altri 53 Comuni della Provincia di Chieti, detiene partecipazioni (per il 14,35%) nel capitale di Eco.lan s.p.a., società a totale partecipazione pubblica derivante dalla trasformazione del Consorzio comprensoriale smaltimento rifiuti Lanciano operante nella gestione del ciclo dei rifiuti.

1.1. Con delibera del Consiglio comunale 3 marzo 2017, n. 18, premessa l'intenzione di conferire alla Eco.Lan quale sua società *in house* la gestione del servizio di igiene urbana, il Comune approvava le modifiche dello statuto societario necessarie ad assicurare ai soci pubblici un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, unitamente allo schema dei patti parasociali tra i soci, per la sottoscrizione dei quali era dato mandato al Sindaco.

Con delibera del Commissario straordinario assunta con poteri del Consiglio comunale 10 maggio 2017, n. 13, era approvata la relazione *ex art. 34, comma 20, d.l. n. 179 del 2012*, illustrativa delle ragioni e della sussistenza dei requisiti per l'affidamento *in house* del servizio di igiene urbana alla Eco.Lan. s.p.a. ed approvata la proposta tecnica – economica

presentata dalla predetta società con la specifica indicazione delle modalità di organizzazione del servizio.

Con la deliberazione del Commissario straordinario assunta con i poteri della Giunta comunale 5 maggio 2017, n. 29 la proposta tecnica della Eco.Lan. s.p.a. era nuovamente approvata con mandato al Dirigente del Settore attività tecniche e produttive di effettuare le verifiche sulle condizioni e sui requisiti richiesti dall'ordinamento europeo e nazionale per l'affidamento *in house* avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, nonché i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

Con determinazione dirigenziale 6 giugno 2017 n. 583 era approvato lo schema di contratto con la Eco.Lan. s.p.a.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo – sez. staccata di Pescara Rieco s.p.a., operatore del settore, impugnava gli atti comunali.

I diversi motivi di ricorso possono essere così raggruppati:

A) vizi propri delle delibere comunali per : a1) assenza di una clausola di risoluzione apposta alle delibere di affidamento del servizio che consenta di limitarne gli effetti fino al momento dell'operatività degli enti di governo dell'A.t.o. – ambito territoriale ottimale cui è riservato dall'art. 3 – *bis*, comma 1 – bis d.l. n. 138 del 2013 le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli del settore rifiuti; a2) carenza dei poteri in capo al Commissario straordinario del Comune chiamato ad esercitare attività di amministrazione fino all'insediamento degli organi ed impedito, pertanto, dall'assumere decisioni in grado di vincolare il Consiglio comunale per un periodo di tempo così lungo come i nove anni di durata del contratto di servizio approvato; a3) inversione dell'ordinario rapporto tra il socio controllante e

la società controllata avendo il consiglio di amministrazione di Eco.Lan suggerito al Comune le modalità per l'esercizio del controllo analogo e il Comune essendosi limitato a recepire le indicazioni della società; a2) carenza di motivazione per mancato accertamento della corrispondenza dello statuto e dei patti parasociali ai requisiti richiesti dall'ordinamento per la conformazione della società al modello *in house*; a3) mancata approvazione del piano economico – finanziario asseverato di cui all'art. 3 – bis, comma 1 – bis d.l. 13 agosto 2011 n. 138 richiesto per il caso di affidamento *in house* del servizio; a4) omesso accantonamento di somme in bilancio come imposto dall'art. 3 – bis, comma 1 – bis, d.l. n. 138 del 2013 e, comunque, omessa verifica dell'impatto dell'affidamento *in house* sul bilancio comunale.

B) carenza dei requisiti per la qualificazione della Eco.Lan s.p.a. come società *in house* per: b1) assenza del controllo analogo per mancata precisazione delle modalità di deliberazione e dei quorum costitutivi e deliberativi del Comitato unitario e il Comitato tecnico, organi deputati ad esprimere l'indirizzo dei soci pubblici nei confronti degli organi amministrativi della società; b2) violazione dell'art. 11, comma 8, lett. d) d.lgs. n. 175 del 2016 nella parte in cui vieta di “istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società” per aver previsto che il controllo analogo fosse svolto mediante organi speciali, disciplinati dallo statuto societario e partecipati dai soli soci “affidanti”; b3) introduzione di due categorie di soci, i soci “affidanti” e i soci “non affidanti”, e così assegnato alla società al tempo stesso la veste di società *in house* per i primi e non *in house* per i secondi, in contrasto, peraltro, con il divieto dell'art. 4 d.lgs. n. 175 del 2016 di detenere mere partecipazioni in società di capitali; b4) per aver previsto che nell'assemblea sociale le generalità delle deliberazioni siano assunte con la presenza della sola maggioranza del capitale sociale e con il voto favorevole di un quarto del capitale stesso, nonché, per le deliberazioni di nomina e revoca delle cariche sociali e

dell'approvazione dei bilanci, con il quorum deliberativo di cui all'art. 2369, comma 4, cod. civ. e, quindi, qualunque sia la parte di capitale rappresentata dai soci, con ciò escludendo che le decisioni più importanti per la vita della società siano condivise dalla generalità dei soci (discorso valido anche in relazione ai quorum costitutivi e deliberativi previsti per il Comitato unitario e i comitati tecnici); b5) per l'assenza, nell'ambito delle clausole statutarie, di un potere di veto in capo al Comune affidante in caso di atti contrastanti con gli interessi comunali e di un potere sanzionatorio in caso di scostamento tra gli indirizzi impartiti dai soci pubblici e gli atti del consiglio di amministrazione e, d'altra parte, per non aver previsto che la nomina dell'amministratore delegato sia espressione di tutti i Comuni controllanti; b6) per l'assenza di approfondimento sulla possibilità di realizzare effettivamente forme di controllo analogo mediante i patti parasociali dei quali non sono neppure indicati i Comuni aderenti; b7) per l'assenza nella Relazione di cui all'art. 34, comma 20, d.l. n. 179 del 2012 dell'accertamento in ordine al raggiungimento del requisito dell'attività prevalente a favore dei soci pubblici in misura pari alla soglia dell'80% del fatturato, considerato che gli elementi adottati costituiscono solamente proiezioni relative al successivo semestre prodotte dalla società..

C) assenza delle condizioni per poter disporre l'affidamento *in house* del servizio di igiene urbana a favore della Eco.Lan. per: c1) violazione dell'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 non avendo il Comune dato conto delle ragioni di preferenza per l'affidamento diretto in dipendenza delle "condizioni specifiche del mercato, relativamente al grado di concorrenza e al numero dei potenziali competitori", ma essendosi limitato a fare riferimento ai costi del medesimo servizio sostenuti da altri Comuni della Regione Abruzzo senza, però, approfondire le modalità dell'affidamento (mediante gara, società mista, *in house*), le tipologie di servizio (servizi o modalità di raccolta, realizzazione o gestione centri di raccolta, modalità di spazzamento o igiene urbana), l'entità dei servizi

(frequenze di svuotamento, superfici spazzate, ecc.) le caratteristiche del territorio, la data di affidamento e la sua durata; c2) mancata dimostrazione che l'affidamento *in house* fosse “*l’ottimale gestione delle risorse pubbliche*” (come richiesto dall’art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50 cit.) attraverso un serio confronto tra l’offerta della Eco.Lan e le condizioni di mercato; c3) mancata approvazione del piano economico – finanziario asseverato di cui all’art. 3 – *bis*, comma 1 – *bis* d.l. 13 agosto 2011 n. 138 richiesto per il caso di affidamento *in house* del servizio; c4) omesso accantonamento di somme in bilancio come imposto dall’art. 3 – *bis*, comma 1 – *bis*, d.l. n. 138 del 2013 e, comunque, omessa verifica dell’impatto dell’affidamento *in house* sul bilancio comunale; c5) assenza della predeterminazioni degli obiettivi annuali e pluriennali di spesa di cui all’art. 19 d.lgs. n. 175 del 2016 indispensabili per poter acquisire nuove attività che comportano spese di funzionamento

2.1. Si costituivano in giudizio il Comune di Ortona e Eco.Lan s.p.a. che concludevano per il rigetto del ricorso.

2.2. Con sentenza sez. I, 29 gennaio 2018, n. 34 il giudice di primo grado respingeva il ricorso, compensando tra le parti in causa le spese del giudizio.

Il tribunale, premesso che un precedente affidamento diretto del Comune di Ortona e di quello di Lanciano a Eco.Lan. era stato annullato per carenza di controllo analogo congiunto dei soci pubblici nei confronti della società (date le previsioni statutarie che non fornivano il Comune di adeguati strumenti di ingerenza e per il carattere non rappresentativo del Comitato assembleare per il controllo), riteneva le censure sub A) infondate per essere *ius receptum* che, nel caso di nomina di Commissario per la provvisoria gestione del Comune in seguito a scioglimento dello stesso, siano allo stesso attribuiti tutti i poteri spettanti al consiglio, alla giunta e al Sindaco, da ritenersi estesi a tutti gli atti di gestione dell’ente fino alla ricostruzione e all’insediamento del nuovo organo di nomina politica;

perché rispondente a prassi che la società che intenda acquisire la condizione di società *in house* proponga ai soci partecipanti modifiche statutarie che i soci siano chiamati ad approvare e per aver il Comune effettuato tutte le verifiche imposte dalla normativa in materia di servizi pubblici prima di procedere all'affidamento diretto; per essersi il Comune fatto carico del rispetto del requisito del fatturato di cui all'art. 16, comma 3, d.lgs. n. 175 del 2016, attraverso l'inserimento di una specifica clausola statutaria vincolante la società ad effettuare l'80% del suo fatturato nello svolgimento di compiti affidati dagli Enti locali, essendo, invece, la verifica in concreto del parametro fissata imposta nella successiva fase dell'affidamento del servizio *in house*; per essere riferite alla fase di affidamento le disposizioni di cui all'art. 3 bis, comma 1 bis del d.l. 138/2011 conv. in l. 148/2011; infondate le censure sub B) per aver le nuove disposizioni statutarie individuato due organi speciali – dei quali può consentirsi l'istituzione in caso di società *in house* – in grado, per composizione e poteri di ingerenza nei confronti degli organi amministrativi, di garantire un'effettiva ingerenza dei soci affidanti nella gestione della società, per gli altri, non affidanti, non potendosi escludere la detenzione di partecipazioni in vista di futuri affidamenti, ed in ragione delle ragionevoli previsioni che la società, nel prossimo triennio, fosse in grado di sviluppare la propria attività prevalente nella percentuale richiesta dell'80% con i soci pubblici affidanti; da respingere le censure sub C) per aver il Comune dato ampia motivazione delle ragioni di convenienza in termini economici della scelta per l'affidamento *in house* ed, in particolare, della possibilità di offrire il servizio all'utenza ad un costo inferiore a quello rinvenibile sul mercato.

3. Propone appello Rieco s.p.a.; si è costituita Eco.Lan. s.p.a. e il Comune di Ortona.

All'udienza 8 novembre 2018 la causa è stata assunta in decisione e il Collegio, con ordinanza 14 gennaio 2019, n. 293 ha rimesso alla Corte di

Giustizia dell'Unione europea due questioni ritenute rilevanti ai fini della decisione del giudizio che saranno meglio esposte nel prosieguo con conseguenza sospensione del giudizio.

In seguito a istanza di fissazione dell'udienza presentata da Rieco s.p.a. è stata fissata l'udienza pubblica per la decisione del merito.

Le parti hanno presentato memorie ex art. 73 comma 1, cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche.

All'udienza del 16 luglio 2020 la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

1. Il Comune di Ortona, nel dichiarato intento di affidare direttamente a Eco.Lan. s.p.a. il servizio di igiene urbana, si è attivato per farne una propria società *in house*, dando, peraltro, seguito a quanto stabilito da precedenti pronunce del Tribunale amministrativo regionale dell'Abruzzo – sez. staccata di Pescara che, nell'annullare un precedente affidamento diretto del medesimo servizio alla stessa società, aveva ritenuto i poteri attribuiti al Comitato assembleare inadeguati a consentire l'effettivo controllo dei Comuni affidanti sulla società e, d'altra parte, significativa l'assenza di patti parasociali che potessero assicurare a ciascun Comune un ruolo determinate in relazione alle decisione di gestione riguardanti il proprio territorio (sentenze n. 344 e 345 del 2016).

2. Svolta questa premessa è possibile esaminare i motivi di appello che sostanzialmente ripropongono in forma di critica alla sentenza di primo grado le ragioni del ricorso introduttivo del giudizio e che, per questo, possono essere affrontati secondo la tripartizione già esposta nella descrizione del fatto.

3. *Le censure sub A): sui vizi propri delle delibere comunali di approvazione delle modifiche statutarie e conferimento in via diretta del servizio di igiene urbana.*

3.1. Al Commissario straordinario era consentito adottare le delibere di approvazione dell'affidamento del servizio *in house* a Eco.Lan. s.p.a.

avendo il decreto di nomina (d.P.R. 16 marzo 2017) assegnato allo stesso “*i poteri spettanti al consiglio comunale, alla giunta e al Sindaco*”.

3.2. Non è ragione sufficiente a mettere in discussione l’esistenza del controllo analogo la circostanza che Eco.Lan., e non i Comuni partecipanti, abbiano assunto l’iniziativa delle modifiche delle clausole statutarie e della stipulazione dei patti parasociali: è del tutto comprensibile che, al fine di procedere alla conformazione della società al modello dell’*in house*, gli amministratori della società e gli organi comunali operino in sinergia; d’altronde, come evidenziato dal giudice di primo grado, dalla società sono pervenute ai Comuni esclusivamente delle proposte, sottoposte agli organi comunali e da questi approvate con motivate delibere di Giunta.

Vanno, dunque, respinti i primi quattro motivi d’appello.

4. *Le censure sub B): sulla carenza dei requisiti di legge per la qualificazione di Eco.Lan. s.p.a. come società in house.*

4.1. I Comuni esercitano il controllo analogo congiunto sulla Eco.Lan. s.p.a. mediante il Comitato unitario per il controllo analogo e il Comitato tecnico di controllo per ciascuna Divisione aziendale, previsti dalle disposizioni dello statuto societario.

Il Collegio ritiene tali organi validi strumenti di esercizio del controllo analogo congiunto sulla società *in house* da parte dei soci pubblici.

4.1.1. La Corte di Giustizia ammette che, in caso di società partecipata da più enti pubblici, il controllo analogo – indispensabile per la qualificazione come società *in house* (sin da Corte di Giustizia delle Comunità europee 18 novembre 1999 nella causa C-107/98 *Teckal*) – possa essere esercitato in forma congiunta (sentenza 13 novembre 2008 nella causa C-324/07 *Coditel Brabant SA*) e che, inadeguati a tal fine i poteri a disposizione dei soci secondo il diritto comune, sia necessario dotare i soci di appositi strumenti che ne consentano l’interferenza in maniera penetrante nella gestione della società, il controllo analogo consistendo, infatti, in una “*influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative*”

della società controllata” (art. 2 (Definizioni), comma 1, lett. c) d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica).

La Corte di Giustizia ha apprezzato quali validi strumenti per l’esercizio del controllo analogo congiunto (unitamente ai patti parasociali, sentenza 29 novembre 2012 nelle cause C-182/11 e 183/11 *Econord*) organi speciali come i Comitati unitari e i Comitati tecnici (nella sentenza 10 settembre 2009 nella causa C-573/07 *Sea*) a condizione che: a) in essi ogni socio pubblico abbia un proprio rappresentante e che le deliberazioni siano assunte con maggioranze formate per unità e b) che siano previsti poteri di controllo e di gestione tali da restringere l’autonomia decisionale del consiglio di amministrazione imponendo indirizzi e prescrizioni, nonché prevedendo poteri consultivi preventivi.

4.1.2. Questa Sezione, nella sentenza 30 aprile 2018, n. 2599, proprio in relazione al precedente statuto di Eco.Lan. s.p.a., per questa ragione oggetto di eccezione di giudicato c.d. esterno sulla medesima questione proposta dalle appellate, ha già ritenuto che un Comitato assembleare costituito al dichiarato fine di disciplinare la collaborazione tra i soci per l’esercizio del controllo analogo, se dotato di poteri vincolanti nei confronti del consiglio di amministrazione (come nel caso esaminato), costituisca una rilevante deroga ai meccanismi tipici di funzionamento della società di capitali in grado di assicurare ai soci pubblici, collettivamente considerati, un’influenza determinante e un controllo effettivo sulla gestione dell’ente partecipato.

4.1.3. V’è ora, però, l’art. 11, comma 9, lett. d) d.lgs. n. 175 del 2016 che stabilisce il divieto per gli statuti delle società a controllo pubblico di *“istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società”*.

È ragionevole, allora, domandarsi se sia ora precluso ai soci pubblici di istituire organi speciali per esercitare il controllo congiunto sulla società *in*

house.

Ritiene il Collegio che non vi sia divieto di istituire organi speciali.

4.1.4. Un primo argomento che spinge in tal senso è quello già evidenziato dal giudice di primo grado: il divieto è previsto in relazione alle “società a controllo pubblico” disciplinate appunto dall’art. 11, e non è ripetuto nell’art. 16 dedicato proprio alle società *in house*, la cui disciplina appare, pertanto, speciale e derogatoria.

D’altra parte – ed è questo l’argomento decisivo ad avviso del Collegio – rispetto alle società a controllo pubblico, per le quali, l’art. 2, comma 1, lett. m) d.lgs. n. 175 del 2016 richiede che il controllo si espliciti nelle forme dell’art. 2359 cod. civ., le società *in house* sono sottoposte a quella forma particolare di controllo pubblico che è costituita dal controllo analogo (come chiaramente precisato dall’art. 2, comma 1, lett. o) d.lgs. n. 175 del 2016).

Nell’elaborazione della giurisprudenza europea (seguita in ciò dalla giurisprudenza nazionale) il controllo analogo consiste in una forma di eterodirezione della società, tale per cui i poteri di *governance* non appartengono agli organi amministrativi, ma al socio pubblico controllante che si impone a questi ultimi con le proprie decisioni (così sin dalla sentenza 13 ottobre 2005 nella causa C-458/03 *Parking Brixen*).

4.1.5 La logica è esattamente opposta a quella del codice civile ove, per l’esigenza di garantire la separazione tra gestione dell’impresa sociale e proprietà della stessa, agli amministratori è riconosciuta la competenza gestoria con carattere generale; essi, pertanto, possono assumere tutti gli atti di gestione dell’impresa, non riservati ad altri organi, reputati necessari al conseguimento dell’oggetto sociale e all’assemblea spetta solo il controllo sulle modalità della gestione (salvo, naturalmente, le decisioni che comportano modifica sostanziale dell’oggetto sociale).

Lo statuto di una società *in house* in quanto società sottoposta a controllo analogo, non può ripetere regole e procedure previste per la società di

capitali di diritto comune.

La possibilità che l'art. 16 comma 2, lett. a) d.lgs. n. 175 del 2016 assegna agli statuti delle società *in house* di derogare alle disposizioni dell'articolo 2380 bis cod. civ., relativo ai poteri degli amministratori nel sistema societario ordinario, e dell'articolo 2409 *nonies* cod. civ., che disciplina i medesimi poteri in caso di sistema dualistico (ove è presente, cioè, un consiglio di gestione e un consiglio di sorveglianza), va intesa quale deroga all'ordinario sistema di gestione della società per azioni incentrata sul rapporto tra consiglio di amministrazione/assemblea sociale.

Lo statuto di una società *in house* pluripartecipata (e, dunque, dell'autonomia privata dei soci partecipanti) può, dunque, assegnare il potere gestorio ad organi assembleari diversi dal consiglio di amministrazione configurando, così, un peculiare sistema di amministrazione e controllo della società *in house*, nel quale gli amministratori sono privi di poteri decisionali propri, che derivano, invece, da altri organi della società, e che, comunque, non esercitano in piena autonomia rispetto ad essi.

4.1.6. Del resto, nel caso del controllo analogo in forma congiunta occorre tener conto di un aspetto particolare: i soci pubblici hanno necessità di concordare previamente le determinazioni da trasmettere agli organi di amministrazione della società.

Lo si ricava chiaramente dalle condizioni poste dall'art. 5, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per l'esercizio del controllo analogo congiunto: a) la composizione degli organi decisionali della società con la partecipazione dei rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti ovvero di rappresentanti di varie o di tutte le amministrazioni partecipanti, b) la capacità per le amministrazioni partecipanti esercitare congiuntamente la già ricordata influenza determinante e c) che non siano perseguiti interessi contrari a quelli delle amministrazioni controllanti.

I soci pubblici partecipanti nominano rappresentanti comuni negli organi decisionali, si accordano sulle decisioni più significative per la vita sociale, controllano reciprocamente che gli indirizzi elaborati non vadano a discapito dei propri interessi; esercizio “congiunto” sta, allora, per esercizio “condiviso”; descrive una modalità di gestione da parte dei soci pubblici controllanti caratterizzata da coordinamento delle decisioni affinché degli interessi pubblici perseguiti da ciascuno degli enti partecipanti si faccia sintesi nell’interesse pubblico comune perseguito dalla società nell’esecuzione del servizio.

Perché si abbia condivisione del controllo è, allora, indispensabile una *sedes* nella quale la volontà comune possa assumere la forma di determinazioni vincolanti per gli organi amministrativi e che non sia l’assemblea dei soci per la prevalenza che i soci di maggioranza vi esercitano secondo le ordinarie regole deliberative (principio di maggioranza azionaria) e per la predominanza, nelle deliberazioni ivi assunte, dell’interesse al risultato economico della società.

Tale luogo è ragionevole sia un organo assembleare speciale, come, nel caso di specie, il Comitato unitario per il controllo analogo e i Comitati tecnici di controllo per ciascuna Divisione.

4.1.7. Impostato in questo modo il ragionamento, però, è d’obbligo rilevare che non si può poi affermare, come fa il giudice di primo grado, che detti organi siano “*articolazioni dei singoli enti pubblici equiparabili ad uffici delle stesse amministrazioni emananti*” e non “*veri e propri organi societari atipici e aggiuntivi rispetto a quelli previsti dal codice civile*” (probabilmente riconducibili alla nozione di ufficio comune di cui all’art. 30 d.lgs. n. 267 del 2000); è vero, invece, che i Comitati (come, in genere, organi speciali di questo tipo, come le assemblee speciali di categoria) sono organi della società composti da rappresentanti degli enti locali partecipanti al capitale sociale, previsti dagli statuti societari e regolamentati da atti negoziali (regolamenti di funzionamento) deliberati dalla società stessa.

Corretta è, dunque, la critica dell'appellante a tale passaggio della sentenza, senza che ne venga, però, alcuna conseguenza sulla legittimità degli atti impugnati.

4.2. Non porta ad escludere la natura di società *in house* del Comune di Ortona la contestuale partecipazione al capitale sociale della Eco.Lan. di Comuni affidanti il servizio di igiene urbana e Comuni che non affidano (o non affidano ancora alla società) il medesimo servizio erogato a favore dei primi.

4.2.1. L'appellante lo ritiene impraticabile perché ne deriverebbe la violazione dell'art. 4 comma 2, lett. a) d.lgs. 175 del 2016 che consente alle amministrazioni pubbliche di mantenere partecipazioni societarie, anche di minoranza, esclusivamente per lo svolgimento, tra le altre, dell'attività di "produzione di un servizio di interesse generale": i soci non affidanti sarebbero meri soci finanziatori, titolari di partecipazioni societarie per riceverne utili ma non servizi e, dunque, per una ragione ritenuta non meritevole dal legislatore; per essi la società non sarebbe *in house* con la conseguenza che una stessa società si presenterebbe con una natura ibrida, per alcuni *in house*, per altri non *in house*.

4.2.2. La possibilità che una società *in house* sia partecipata contestualmente da soci pubblici affidanti il servizio di interesse generale e soci pubblici non affidatari – e che, dunque, all'interno del suo statuto siano distinte due categorie di soci pubblici, i soci affidanti e i soci non affidanti con il riconoscimento solamente ai primi di strumenti per l'esercizio del controllo analogo – è stata sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che ha fornito risposta con la sentenza 6 febbraio 2020 cause C-89/19 e C-91/19.

La Corte ha, in particolare, affermato che: "*l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale che impedisce ad un'amministrazione aggiudicatrice di acquisire partecipazioni al capitale di un ente*

partecipato da altre amministrazioni aggiudicatrici, qualora tali partecipazioni siano inidonee a garantire il controllo o un potere di veto e qualora detta amministrazione aggiudicatrice intenda acquisire successivamente una posizione di controllo congiunto e di conseguenza la possibilità di procedere ad affidamenti diretti di appalti a favore di tale ente, il cui capitale è detenuto da più amministrazioni aggiudicatrici”.

4.2.3. La Corte di Giustizia, in continuità con l’indirizzo consolidato, ha esaminato la questione dall’angolo visuale proprio del diritto euro – unitario, quello del rispetto delle regole dell’evidenza pubblica; in quest’ottica quel che interessa è che i soci pubblici affidanti siano in condizione di esercitare il controllo analogo congiunto, per gli altri è rimesso al diritto nazionale se consentire la detenzione di partecipazioni prive dei poteri di controllo; quel che è certo è che non potranno effettuare affidamenti diretti prima di acquisire anch’essi i medesimi poteri gestori dei primi.

4.2.4. Così impostata, la questione è del tutto irrilevante anche per l’odierno giudizio: qui si contesta la legittimità dell’affidamento diretto del servizio di igiene urbana disposto dal Comune di Ortona a favore di Eco.Lan. s.p.a.; quel che conta, per quanto chiarito dalla Corte di Giustizia, è che Eco.Lan. s.p.a. sia società *in house* del predetto Comune; che altri Comuni detengano partecipazioni senza esercitare poteri di controllo e che ciò avvenga in violazione dell’art. 4, comma 2, lett. a) d.lgs. n. 175 del 2016 non interessa per la legittimità degli atti impugnati, al più potrebbe comportare che gli altri Comuni si debbano attivare per la dismissione delle loro partecipazioni, ma si tratta di questione estranea al presente giudizio.

E ciò è perfettamente comprensibile: l’affidamento diretto ad una società *in house* è consentito a condizione che la società non sia terza rispetto all’ente affidante ma una sua articolazione; tra socio pubblico controllante e società v’è una relazione interorganica e non intersoggettiva; ma ben può accadere

che la medesima relazione non sussista tra la società ed altri suoi soci, e che per gli altri soci la società sia effettivamente terza.

4.3. Le disposizioni statutarie (artt. 10, 11 e 12) sulla composizione, il funzionamento e i poteri degli organi societari, ed in particolare del Comitato unitario per il controllo analogo, del Comitato tecnico di controllo e dell'Assemblea sociale, consentono l'effettivo esercizio del controllo analogo congiunto ai Comuni affidanti; un regolamento, già approvato dagli organi societari, ed in quella sede anche dal rappresentante del Comune di Ortona, ne completa la disciplina.

4.3.1. I poteri deliberativi dell'assemblea dei soci sono fortemente limitati dalle prerogative degli organi speciali mediante i quali è esercitato il controllo analogo (art. 13, c. 1, dello statuto: *“L'assemblea ordinaria delibera sulle materie ad essa riservate dalla legge e dal presente statuto , fatte salve le prerogative degli organismi per il controllo analogo di cui ai precedenti articoli 10, 11 e 12 e meglio specificate ai commi 3, 4 e 5 del presente articolo”*); risulta coerente con tale assetto la scelta di tener fermo l'ordinario principio della deliberazione a maggioranza azionaria in sede assembleare.

4.3.2. I patti parasociali, cui i Comuni affidanti possono aderire, costituiscono, come in precedenza accennato, valido strumento di esercizio del controllo analogo per la possibilità di coordinamento e raccordo tra le diverse posizioni dei soci aderenti e di orientamento delle decisioni assembleari; al riguardo, contrariamente, a quanto sostenuto dall'appellante, la mancata sottoscrizione degli stessi al momento dell'adozione degli atti impugnati – peraltro contestata dall'appellata che assume fossero stati approvati e sottoscritti al momento dell'affidamento – non toglie loro rilevanza in sede di verifica del controllo analogo del Comune sulla società.

4.3.3. La previsione statutaria che attribuisce al Comitato Unitario per il controllo analogo, cui partecipano tutti i Comuni affidanti con proprio

rappresentate, di designare i membri del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale dà piena attuazione alla prescrizione di cui all'art. 5, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, già in precedenza ricordato, che pone quale prima condizione per l'esercizio del controllo analogo congiunto, la presenza di rappresentanti delle amministrazioni aggiudicatrici all'interno degli organi decisionali della società.

4.3.4. Il potere di annullamento e di revoca degli atti del consiglio di amministrazione attribuito al Comitato unitario per il controllo analogo dall'art. 11, comma 3, lett. o) dello statuto per il caso in cui lo stesso sia in contrasto con gli interessi pubblici della collettività e del territorio cui si riferisce il servizio, non è una "disposizione inapplicabile" perché consente all'organo speciale di deliberare in senso contrario all'atto del consiglio di amministrazione e, nel caso in cui quest'ultimo non provveda al suo ritiro, di attivare le regole di responsabilità degli amministratori.

4.3.5. Lo stesso vale per il potere di veto riconosciuto al socio affidante dissenziente (dall'art. 10, c. 8 dello statuto in questi termini: "*Il dissenso eventualmente manifestato dal socio affidante ha carattere vincolante sull'operato del Consiglio di amministrazione e impedisce l'adozione dell'atto*") nei confronti degli atti del consiglio di amministrazione; il recesso è immaginato come *extrema ratio* alla quale il socio possa ricorrere in caso di una violazione continuativa delle direttive e degli indirizzi impartiti da parte del consiglio di amministrazione.

4.3.6. Il diritto di informativa e di accesso agli atti, sia pure previsto a favore dei rappresentanti degli enti locali quale sia la forma di gestione del servizio pubblico prescelta, completa in maniera adeguata il novero dei poteri di ingerenza riconosciuti al socio pubblico.

Vanno, pertanto, respinti i motivi di appello dal quattro al sette.

C) Le censure sub C): sulle condizioni per l'affidamento diretto del servizio di igiene urbana a Eco.Lan. s.p.a.

4.4. Precisato che il requisito dell'attività prevalente con il socio controllante di cui all'art. 16, comma 3, d.lgs. n. 175 del 2016 è condizione necessaria inter alia per qualificare la società controllata come società *in house* e, proprio per questa ragione, vincolo all'affidamento diretto secondo l'indicazione dell'art. 5, comma 1, codice dei contratti pubblici, il Collegio ritiene presente il predetto requisito nella misura dell'80% dell'attività svolta dalla Eco.Lan. s.p.a..

4.4.1. L'art. 5, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce che: *“Per determinare la percentuale delle attività di cui al comma 1, lettera b), e al comma 6, lettera c), si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione”*.

La delibera di affidamento diretto del servizio è stata adottata il 10 maggio 2017: il triennio da prendere in considerazione per la quantificazione del fatturato totale medio corrisponde quindi agli anni 2014-2016; tuttavia, come esposto nella relazione ex art. 34, c. 20, d.l. n. 179 del 2012 – che, dunque, contrariamente a quanto assunto dall'appellante, si occupa ampiamente della sussistenza di detto requisito – sino al 2014 la Eco.Lan. svolgeva il ruolo di mera centrale di committenza dei Comuni abruzzesi per l'affidamento delle attività rientranti nel ciclo integrato di gestione dei rifiuti e solo nell'ottobre 2014 in seguito a rilevante riorganizzazione ha acquisito capacità operativa diretta nella fornitura del servizio di igiene urbana.

La società rientra, pertanto, nella condizione prevista dall'ottavo comma del citato articolo 5 del codice dei contratti pubblici a mente del quale: *“Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato o la misura*

alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile”.

In sostanza, nel caso, come quello in esame, in cui vi sia stata riorganizzazione dell'attività, conta una proiezione sulla capacità della società di raggiungere l'80% del proprio fatturato con i soci pubblici che affideranno il servizio di igiene urbana.

Le proiezioni sono state effettuate da Eco.Lan s.p.a. e danno conto della possibilità di raggiungimento della percentuale di fatturato richiesta; precisamente si prevede un fatturato pari all'87,93% dell'intera attività svolta (e ciò anche a voler considerare al di fuori dell'attività affidata la gestione della discarica di Cerratina come ritenuto doveroso da parte dell'appellante, sebbene il conferimento in essa dei rifiuti da parte di soci non affidanti sia imposto dalla pianificazione regionale per sopperire alla carenza di impianti di trattamento).

La contestazione che ad esse muove l'appellante sono del tutto generiche; ne segue la reiezione anche dell'ottavo motivo di appello.

4.5. Il Collegio ritiene che il Comune abbia assolto all'onere di valutazione della congruità dell'offerta economica della società *in house* dandone compiuta motivazione nel provvedimento di affidamento diretto del servizio a mezzo rinvio alle ragioni della scelte per la gestione *in house* del servizio espone nella relazione ex art. 34, comma 20, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179.

4.5.1. L'art. 192, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prescrive che: “*Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuato preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei*

benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche”.

A sua volta l’art. 34, comma 20, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221 prevede che: *“Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l’economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l’affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell’ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall’ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”.*

4.5.2. Alla Corte di Giustizia è stato, dunque, richiesto di vagliare la conformità al diritto euro – unitario, e, segnatamente al principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e al principio di sostanziale equivalenza tra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche, delle disposizioni in precedenza citate, come interpretate nell’ordinanza di rimessione, che collocano gli affidamenti *in house* su di un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara in quanto consentiti a condizione che sia dimostrato il fallimento del mercato rilevante e, comunque, previa esposizione di una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi all’affidamento *in house*.

4.5.3. La Corte di Giustizia, nella sentenza 6 febbraio 2020 cause C-89/19 e C-91/19, precisato che la direttiva 2014/14 riconosce il principio della libera organizzazione della prestazione dei servizi, per il quale le autorità nazionali possono decidere liberamente quale sia il modo migliore per

gestire la prestazione dei servizi al fine di garantire un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, così come la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici (par. 36 che richiama la sentenza 3 ottobre 2019 causa C-285/18 *Irgita*), aggiunge che tale libertà non è, però, illimitata, in quanto va esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del TFUE - Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e, in particolare, della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (oltre che dei principi che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza, par. 37).

La conclusione cui giunge la Corte è, dunque, che gli Stati membri sono autorizzati a subordinare la conclusione di una "operazione interna" per la prestazione di un servizio (tra cui, appunto, l'affidamento *in house*) "all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificatamente connessi al ricorso all'operazione interna" (par. 41 – 42).

4.5.4. Riconosciuta la compatibilità della normativa interna con il diritto euro – unitario per la possibilità del legislatore nazionale di imporre specifiche limitazioni all'affidamento *in house* di un servizio da parte di un'amministrazione aggiudicatrice, va nuovamente spostata l'attenzione sull'interpretazione della norma interna.

Vanno allora richiamate precedenti pronunce che hanno interpretato il combinato normativo precedentemente citato: a) nella sentenza 16 novembre 2018, n. 6456 si è chiarito (par. 68 – 69) che le disposizioni di legge impongono di valutare la convenienza dell'affidamento del servizio secondo lo schema dell'*in house* rispetto all'alternativa costituita dal ricorso al mercato, attraverso una comparazione tra dati da svolgersi mettendo a confronto operatori privati operanti nel medesimo territorio

(salvo specificare le ragioni per le quali il raffronto non sarebbe stato utile) e giungere per questa via alla dimostrazione che quello fornito dalla società *in house* è il più economicamente conveniente ed in grado di garantire la migliore qualità ed efficienza; b) nella sentenza 31 luglio 2019, n. 5444 questa Sezione ha interpretato le condizioni imposte dall'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50 cit. nel senso che l'ente pubblico affidante è tenuto a fornire giustificazioni del mancato ricorso al mercato per l'approvvigionamento del servizio e a rappresentare i benefici derivanti alla collettività dalla forma di gestione *in house*; sulla base di tali premesse, in relazione al medesimo servizio oggetto dell'odierno giudizio (di igiene urbana), è stato considerato legittimo l'affidamento *in house* (nel caso di specie ad azienda speciale, ma senza che ne possano derivare differenze essendo anch'essa qualificabile come "operazione interna" per il diritto euro – unitario) per aver il Comune dimostrato che nelle passate gestioni il ricorso al mercato non aveva saputo garantire nel territorio comunale un livello adeguato di efficienza del servizio (segnatamente in punto di raggiungimento dei livelli di raccolta differenziata) e che il costo del servizio per i cittadini sarebbe diminuito; c) nel parere 29 marzo 2017, n. 774 la Sez. consultiva atti normativi ha affermato che l'affidamento diretto in favore di soggetti *in house* richieste non solo una valutazione giuridico – formale, ma anche la dimostrazione della "ragionevolezza economica" della scelta compiuta.

Anche quando è stato richiesto all'amministrazione aggiudicatrice di dimostrare che ricorra una situazione di fallimento del mercato, inteso nel senso di impossibilità a reperibile sul mercato un operatore economico disponibile a rendere il servizio alle condizioni richieste dall'amministrazione affidante nel proprio territorio, si è ritenuto che l'onere fosse assolto mediante "*un'indagine di mercato rivolta a comparare la proposta della società in house con un benchmark di riferimento, risultante dalle condizioni praticate da altre società in house*

operanti nel territorio limitrofo” (così Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2020, n. 1564)

4.5.5. La Corte costituzionale, con la sentenza 27 maggio 2020, n. 100, pronunciandosi proprio sulla questione di legittimità costituzionale dell’art. 192, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (sia pure per eccesso di delega), ha fornito precise indicazioni sull’interpretazione del dato normativo in esame (par. 9 e ss.): - la norma è espressione di una linea restrittiva del ricorso all’affidamento diretto che si rinviene nell’ordinamento da oltre un decennio e che costituisce la risposta all’abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali; - già l’art. 23 – bis d.l. 25 giugno 2008, n. 112 condizionava il ricorso all’affidamento *in house* ad un onere motivazionale rafforzato (in quel caso consistente nella sussistenza di “*condizioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato*”); - tale onere motivazionale consiste ora per l’art. 34, comma 20, d.l. n. 179 del 2012, nella esplicazione delle ragioni dell’affidamento diretto dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e ciò – conclude la Corte – “*non può che essere letto come necessità di rendere palesi (anche) i motivi che hanno indotto l’amministrazione a ricorrere all’in house invece di rivolgersi al mercato*”; - il legislatore delegato, con l’art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, si è posto in linea di continuità con tale indirizzo .

4.5.6. In via conclusiva sul punto, ritiene il Collegio che anche nell’attuale quadro normativo il ricorso all’affidamento *in house* del servizio è in posizione subalterna all’affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica per essere imposto all’amministrazione aggiudicatrice che a quello intenda ricorrere un onere motivazionale rafforzato, quale si ricava dal combinato disposto dell’art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 e dall’art. 34, comma 20, d.l. n. 179 del 2012.

Detto onere motivazione consiste nell'espone le ragioni di preferenza per l'affidamento *in house* rispetto al ricorso all'evidenza pubblica in punto di convenienza economica, di efficienza e qualità del servizio, così esplicitando le ragioni dell'esclusione del ricorso al mercato, e, di seguito, i benefici per la collettività, di modo che ne sia possibile il sindacato in termini di ragionevolezza, logicità e travisamento dei fatti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257).

4.5.7. La relazione ex art. 34, comma 20, d.l. n. 179 del 2012 approvata dal Comune di Ortona con la delibera di affidamento diretto del servizio di igiene urbana a Eco.Lan s.p.a. contiene un paragrafo (pag. 23) dedicato all' "*Analisi di efficienza ed economicità della scelta*": ivi è effettuato un raffronto con le condizioni economiche cui il medesimo servizio di igiene urbana, comparabile per qualità e quantità, è prestato in Comuni con caratteristiche demografiche e territoriali analoghe a quelle del Comune di Ortona che abbiano fatto ricorso a procedure di evidenza pubblica.

Risulta per questa via dimostrata la convenienza economica dell'affidamento *in house* del servizio.

Di seguito sono espone le ragioni che fondano la scelta dell'affidamento *in house* del servizio: - il prezzo proposto dalla società *in house* risulta nettamente inferiore a quello rinvenibile sul mercato per prestazioni simili; - l'affidamento *in house* si inserisce nella strategia complessiva della società Eco. Lan. rivolta a rafforzare la propria struttura organizzativa e industriale mediante una rete impiantistica sempre più sviluppata e operante su vari territori con importanti ritorni in termini di efficienza e di valore della quota di partecipazione del Comune nel capitale sociale; - le modalità tecnico – operative di prestazione del servizio proposte nel progetto tecnico – economico a corredo dell'offerta della società consentono di assicurare al territorio ottime condizioni di igiene, decoro e di immagine; - il superamento delle litigiosità con le società private contraenti a seguito di procedura di evidenza pubblica già verificatesi

sull'interpretazione delle clausole contrattuali e sull'esecuzione del contratto di appalto; - la possibilità per il Comune, nella veste di socio affidante in seno agli organi societari, di imporsi nelle scelte della società affidataria con conseguente adeguamento del servizio ad eventuali mutamenti del contesto urbanistico – territoriale senza che sia necessario procedere a modifiche contrattuali, e controllo costante di tutte le fasi esecutive, della sua preparazione e della sua rendicontazione.

4.5.8. Delle critiche che l'appellante rivolge alla decisione di affidamento *in house* del servizio di igiene urbana nessuna è convincente: sono esposte le condizioni del servizio rinvenibili sul mercato ed è dimostrata la maggiore convenienza dell'offerta proveniente dalla Eco.Lan. s.p.a.; i Comuni presi a raffronto presentano caratteristiche tali da rendere comparabili i servizi di igiene urbana ivi prestati con quello dal svolgersi nel Comune affidante, le ragioni dell'affidamento, ivi compresa la volontà di salvaguardare il valore patrimoniale della partecipazione al capitale societario, sono espresse conseguenza di una “*valutazione di tipo concreto, riscontrabile, controllabile, intellegibile e pregnante*”.

4.6. L'appellante non ha interesse a censurare la mancata adozione del piano economico – finanziario asseverato di cui all'art. 3 – *bis*, comma 1 – *bis*, d.l. 13 agosto 2011, n. 138 in quanto la sua adozione è imposta ai soli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali per lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete; essa, comunque, non è condizione per l'affidamento *in house* del servizio che un Comune debba rispettare e dal cui mancato rispetto possa derivare l'illegittimità dell'affidamento diretto.

Allo stesso modo non è condizione per l'affidamento *in house* l'obbligo di accantonamento (pro quota nel primo bilancio utile e successivamente ogni triennio di una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio) previsto dal citato art. 3 – *bis*, comma 1 – *bis*, d.l. n. 138 del 2011, a carico degli enti locali proprietari che

procedano ad affidamento *in house*; del mancato rispetto non può dolersi l'operatore economico che lamenti il mancato ricorso al mercato.

Identico discorso vale in relazione alla censura di violazione dell'art. 19, comma 5, d.lgs. n. 175 del 2016 ove è imposto ai soci pubblici delle società controllate di fissare obiettivi specifici sul complesso delle spese di funzionamento ivi comprese quelle per il personale delle società controllate nell'ottica del contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale.

4.7. Che la lunga durata dell'affidamento ad Eco.Lan. s.p.a. violi la previsione dell'art. 3 – *bis*, comma 1 – *bis*, d.l. 138 del 2011 nella parte in cui attribuisce le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, agli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali, è genericamente esposta poiché l'appellante non riferisce dell'esistenza di un ente di governo operativo nel territorio provinciale e, comunque, non risponde ad un suo interesse diretto ed immediato poiché non ne deriverebbe dall'eventuale accoglimento l'apertura al mercato da parte del Comune di Lanciano per la scelta dell'operatore, ma, semmai, la rimessione all'A.t.o. di ogni decisione al riguardo.

5. In conclusione, l'appello va respinto e la sentenza di primo grado integralmente confermata.

6. La complessità delle questioni poste dal giudizio giustifica la compensazione delle spese tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del presente grado del giudizio. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2020 tenutasi con le modalità di cui all'art. 4, comma 1, d.l. 30 aprile 2020, n. 28 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO